



SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Nº 7
CARACAS, 2021

HOMENAJE AL
Dr. Fernando Martínez Riviello

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez

Diego Castagnino

Fred Aarons P.

Roberto Hung Cavalieri

Luis E. Queremel Franco

Luis E. Fidhel Gonzáles

Jesús A. Villegas-Ruiz

María Alejandra Ruiz Gómez

Gerardo A. Valenzuela Segura

Rodrigo Quintero Bencomo

© REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777

ISSN: 2739-0020

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

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

Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 7 / Diciembre 2021

Publicación de la convocatoria: 11/10/2021

Recepción de artículos: del 11/10/2021 al 22/11/2021

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

Diseño y diagramación: www.megaeditorial.com

E-mail: info@megaeditorial.com

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

Caracas, Venezuela.



Signatory of





REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

VII EDICIÓN

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez
Diego Castagnino
Fred Aarons P.
Roberto Hung Cavaliere
Luis E. Queremel Franco
Luis E. Fidhel Gonzáles
Jesús A. Villegas-Ruiz
María Alejandra Ruiz Gómez
Gerardo A. Valenzuela Segura
Rodrigo Quintero Bencomo

Caracas - Venezuela
Diciembre 2021



**SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL**

Presidente Honorario
Alfredo Morles Hernández (†)

Comité Ejecutivo 2020 - 2021

Directora General
Nayibe Chacón Gómez

Secretario General
Diego Castagnino

Tesorero
Daniel Pérez Pereda

Director
Pedro A. Rengel Núñez

Director
Mario Bariona G.

Coordinador Internacional
Carlos Domínguez

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

Director-Editor
Diego Castagnino

Asesor Académico
Kimlen Chang de Negrón

Coordinador
Daniel Pérez Pereda

Estilo y Diagramación
Juan Marcano

Sumario

<i>Presentación y agradecimientos</i>	VII
Nayibe Chacón Gómez, Kimlen Chang de Negrón, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda	
<i>Semblanza del Dr. Fernando Martínez Riviello</i>	XI
Nayibe Chacón Gómez	

ARTÍCULOS

<i>Marca país: apuntes para un concepto jurídico.</i>	13
Nayibe Chacón Gómez	
<i>El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios previsto en el artículo 291 del Código de Comercio.</i>	25
Diego Castagnino	
<i>Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias.</i>	43
Fred Aarons P.	
<i>La caducidad y el contrato de seguro: ¿Garantía de seguridad jurídica o beneficio del garante malicioso? Una aproximación desde el derecho a la tutela judicial efectiva.</i>	65
Roberto Hung Cavalieri	
<i>La responsabilidad penal del abogado asesor tributario en Venezuela.</i>	103
Luis E. Queremel Franco.	

<i>La extinción de la sociedad mercantil: Situación patrimonial.</i> Luis E. Fidhel Gonzáles	119
<i>Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa.</i> Jesús A. Villegas-Ruiz	153
<i>Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: Breves reflexiones sobre los ordenamientos jurídicos de Argentina y Venezuela.</i> María Alejandra Ruiz Gómez	197
<i>Consecuencia jurídica de la suma 'indeterminada' en la letra de cambio.</i> Gerardo A. Valenzuela Segura	219
<i>Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado. Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades.</i> Rodrigo Quintero Bencomo	229
NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES	CCLV

Presentación y Agradecimientos

Nos complace presentar la Séptima Edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, en esta oportunidad, en homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello. Una vez más hemos cumplido con nuestra promesa de publicar nuestra Revista con una periodicidad semestral, lo cual, representa un reto enorme, pero en esta oportunidad fue doblemente retador, porque la presente edición coincidió con la preparación de una edición especial en homenaje a nuestro Presidente Honorario el Dr. Alfredo Morles Hernández.

Haber logrado publicar durante el año 2021, las dos ediciones ordinarias más una especial, es sin dudas, motivo de exaltación, como también lo es, ver los excelentes comentarios que recibimos constantemente sobre nuestra Revista por parte de la comunidad jurídica en general, la cantidad y calidad de artículos que se postulan para cada una de nuestras ediciones, la diversidad de autores provenientes de distintas ciudades del país e incluso con colaboración internacional, así como también, ver como los trabajos publicados son citados frecuentemente en tesis, trabajos universitarios, opiniones de despachos de abogados, artículos científicos, entre otros.

Contar ahora con una séptima edición de nuestra Revista es sumamente gratificante para todos los que trabajamos arduamente detrás de cada publicación, desde nuestro Comité Ejecutivo, Comité Editorial, revisores, hasta para nuestro magnífico equipo de diseño y diagramación. Con cada publicación vamos mejorando, siempre con la finalidad de ofrecerles cada día un trabajo de mejor calidad. Sus sugerencias son siempre bienvenidas y tomadas en cuenta.

Tras siete ediciones ordinarias y una especial, y ser una publicación indexada nacional e internacionalmente, el compromiso de nuestra Revista sigue siendo el mismo de siempre: 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.

La presente edición ha sido publicada en homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello, un profesor con una reputación intachable, que le dedicó su vida al estudio e investigación del derecho privado, del cual, muchos tuvimos la dicha de conocer y

aprender de su disciplina, organización y por, sobre todo, del respeto que le tenía al derecho como ciencia. Con este sencillo, pero emotivo homenaje, estamos poniendo a disposición una edición de la Revista que contiene artículos académicos sobre temas de mucha actualidad y que aportarán al estudio de nuestra disciplina jurídica.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la Sovedem (www.sovedem.com), el once (11) de octubre de 2021, 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 veintidós (22) de noviembre de 2021. 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 13 trabajos, que fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego. De los cuales, 8 fueron aprobados, 2 devueltos para su modificación, y 3 rechazados. Los trabajos devueltos para su modificación fueron enviados corregidos en el plazo establecido, por lo que en esta edición contamos con 10 trabajos aprobados.

Queremos agradecer a los 26 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. Marca país: apuntes para un concepto jurídico. Nayibe Chacón Gómez.
2. El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios previsto en el artículo 291 del Código de Comercio. Diego Castagnino.
3. Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias. Fred Aarons P.
4. La caducidad y el contrato de seguro: ¿Garantía de seguridad jurídica o beneficio del garante malicioso? Una aproximación desde el derecho a la tutela judicial efectiva. Roberto Hung Cavalieri.
5. La responsabilidad penal del abogado asesor tributario en Venezuela. Luis E. Queremel Franco.
6. La extinción de la sociedad mercantil: Situación patrimonial. Luis E. Fidhel Gonzáles.

7. Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa. Jesús A. Villegas-Ruiz.
8. Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: Breves reflexiones sobre los ordenamientos jurídicos de Argentina y Venezuela. María Alejandra Ruiz Gómez.
9. Consecuencia jurídica de la suma ‘indeterminada’ en la letra de cambio. Gerardo A. Valenzuela Segura.
10. Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado. Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades. Rodrigo Quintero Bencomo.

Agradecemos a los autores por su contribución.

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.

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

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

Caracas, diciembre de 2021

Comité Ejecutivo de Sovedem

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Dra. Nayibe Chacón
Directora General

Prof. Diego Castagnino
Director-Editor

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang
Asesor Académico

Semblanza del Dr. Fernando Martínez Riviello

Por Nayibe Chacón Gómez*

Fernando Martínez Riviello nació en la ciudad de Caracas el 15 de marzo de 1939, egresó como Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV) en el año 1962, Doctor en Derecho en el año 1964.

Ingresó como profesor a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV el 01 de mayo de 1979, alcanzando el escalafón de Profesor Titular. Dictó en la Escuela de Derecho de esa Facultad las asignaturas de Derecho Procesal Civil, Práctica Jurídica, Derecho Civil I – Personas e Introducción al Derecho; y en el Centro de Estudios de Postgrado dictó materias en la Especialización en Derecho Procesal Civil de la cual además fue miembro de su Comité Académico, y también tuvo a su cargo asignaturas en la Especialización en Derecho Constitucional. Tutor de gran cantidad de trabajos especiales de grado, así como tesis doctorales.

Adicionalmente, ejerció como Coordinador de la Especialización en Derecho Mercantil, junto con otras actividades de la administración universitaria, se destacó como Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Civil, Director del Instituto de Derecho Privado, y Representante profesoral en el Consejo de la Facultad. Autor de varias obras asociadas al Derecho Procesal y al Derecho Civil:

“La sentencia judicial en la teoría general del proceso”

“El juicio de desocupación”

“La terminación del contrato de arrendamiento y los derechos de preferencia de los arrendatarios”

“Notas sobre el retardo perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1987”

“La perención de instancia y la doctrina de la Sala Constitucional del TSJ”

“Las partes y los terceros en la teoría general del proceso”

Estos párrafos dan cuenta de la labor como docente, tutor e investigador dentro de la UCV, universidad que además lo honró otorgándole la Orden Dr. José María Vargas, la cual en palabras de la Rectora Cecilia García-Arocha “tiene un significado de compromiso, lealtad a su memoria y de apego a su legado de saber”.

* 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, Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Directora General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

Sin embargo, el Dr. Fernando Martínez Riviello tuvo un destacado ejercicio profesional, que se inició desde muy temprano desempeñándose como secretario de tribunales, juez asociado, e incluso como árbitro. Así como socio del escritorio jurídico “Martínez Riviello Murillo Olaizola y Asociados”; luego “Martínez Riviello y Asociados”, ubicado en la torre América, hermosa edificación diseñada por Carlos Gómez en el año 1978, ganador de un Premio Nacional de Arquitectura. Teniendo en esa oficina el Dr. Martínez Riviello una gran biblioteca jurídica, dedica principalmente a obras de Derecho Privado, tanto nacionales como extranjeras, entre las que se destacaban los libros de Introducción al Derecho de autores como Manuel Atienza y Miguel Reale, los cuales disfrutaba leer e ir resaltando con un marcador amarillo las partes más importantes.

Hacer una semblanza de una persona fallecida a la cual se le tuvo un alto aprecio no resulta ser una tarea fácil, especialmente por la dificultad que entraña separar o dejar por fuera las consideraciones subjetivas del perfil objetivo que tuvo esa persona en vida. En estas breves líneas, he procurado mi mayor esfuerzo, ya que el Dr. Fernando Martínez Riviello no solo fue director del Instituto de Derecho Privado en la UCV, lugar en el cual lo conocí, sino que además fue jurado de mi trabajo especial de grado en la Especialización en Derecho Mercantil, y tutor de mi tesis doctoral, ambos en el Centro de Estudios de Postgrado de esa casa de estudios.

La calidad y calidez humana del Dr. Martínez Riviello eran su sello personal, puesto que era desprendido y generoso con su conocimiento, y muestra de eso la obra que dejó y la significativa cantidad de estudiantes que fuimos sus pupilos en los estudios de derecho.

El Dr. Fernando Martínez Riviello falleció el 14 de enero de 2020, le sobreviven su esposa, la señora Rosario y sus hijos Adriana y Fernando Enrique.

Nayibe Chacón Gómez
Directora General de SOVEDEM

Marca país: apuntes para un concepto jurídico

Nayibe Chacón Gómez*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-13-23

Resumen: La marca país ha sido principalmente una construcción de marketing o de publicidad de las bondades que tiene una nación para su proyección y promoción como destino económico, y dentro de los muchos sectores de la economía que son explotados por un país, se destaca el posible atractivo como destino turístico. En este artículo se aborda los trabajos que desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se han realizado, por medio de cuestionarios a los países miembros, para alcanzar un concepto jurídico de esta figura, así como los mecanismos de protección, el contenido y alcance de las reivindicaciones de los derechos de su titular.

Palabras claves: conceptos jurídicos, marca país, sector turístico, promoción y posicionamiento de los países.

Nation-Brand: notes for a legal concept

Abstract: *The country brand has been mainly a marketing or advertising construction of the benefits that a nation has for its projection and promotion as an economic destination, and within the many sectors of the economy that are exploited by a country, the possible attractiveness stands out. as a tourist destination. This article addresses the work that the World Intellectual Property Organization (WIPO) has carried out, through questionnaires to member countries, to reach a legal concept of this figure, as well as the protection mechanisms, the content and scope of the claims of the rights of its owner.*

Keywords: *legal concepts, Nation-Brand, tourism sector, promotion and positioning of countries.*

Recibido: 11/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

* 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, Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Directora General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

Marca país: apuntes para un concepto jurídico

Nayibe Chacón Gómez*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-13-23

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- *Fundamento para el desarrollo de la marca país.*
2.- *Concepto jurídico de la marca país.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La aparición de la noción de “marca país” se remonta al año 1996, cuando el británico Simón Anholt, quien ha sido identificado como el creador del término, hacía la observación de que la reputación de los países se comportaba más bien como las marcas de empresas y productos y son igual de esenciales para el progreso, prosperidad y buena administración de esos países.¹

Cada nación es en sí misma una marca. La «marca» de un país existe, con o sin esfuerzos conscientes en su creación y desarrollo por parte de los gobernantes y ciudadanos de esa nación. Cada país tiene su «imagen» y la imagen de un país puede ser definida como la sumatoria de las creencias e impresiones que las personas tienen de ese lugar, basada en su geografía, historia, cultura, ciudadanos destacados, economía, desarrollo político y social. La percepción de esa imagen está basada en estereotipos culturales y sociales, en referencias históricas más o menos distorsionadas, en prejuicios.²

Desde la perspectiva jurídica la marca país forma parte del ámbito de estudio del derecho de la propiedad intelectual, particularmente se ubica dentro de los signos distintivos de la empresa, que en este asemeja el concepto de empresa a las actividades que son realizadas en los países; aunque el análisis y comprensión de la figura de la marca país, la han hecho que se confunda dentro de los temas de planificación del Estado de sus políticas públicas económicas, que buscan desarrollar y sacar ventaja de las características distintivas del país, destacándose su utilidad en el sector del turismo.

* 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, Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Directora General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

¹ Sharin Pablo De Roca, «Marca país: el registro de su identidad», *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, n° 3, (2016): 79, acceso 30 de noviembre de 2021, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6095924.pdf>

² Sharin Pablo De Roca, «Marca país: el registro...», 80.

Es menester advertir que no se puede confundir la marca país con una indicación geográfica o con la mención de “hecho en...” o “fabricado en...”, puesto que la marca país, como se detallará en este artículo, hace referencia al país en su conjunto y no un bien o servicio en particular producido en ese lugar.

La investigación realizada tiene como objetivo determinar el concepto jurídico de la marca país, para lo cual se inicia con los elementos que han dado lugar a su surgimiento y utilización como herramienta para el posicionamiento de los países que buscan incentivar la inversión extranjera dentro de todos los sectores económicos. Posteriormente se anota el concepto jurídico que ha sido elaborado por el consenso internacional de marca país; para finalmente describir como ha sido tomada la figura de la marca país en el territorio venezolano.

1.- Fundamento para el desarrollo de la marca país

El elemento medular de la marca país que ha dado lugar a su surgimiento y desarrollada es la característica de “diferenciación” de cada nación, que permite la construcción permanente de una identidad de marca y su forma es la imagen misma de una empresa, producto o país que se expone ante un mercado determinado. Para un país su identidad implica considerar el conjunto de características, valores y creencias con las que la sociedad se auto identifica y se autodiferencia de las demás.³

La marca país ha sido principalmente una construcción de marketing o de publicidad de las bondades que tiene una nación para su proyección y promoción como destino económico, y dentro de los muchos sectores de la economía que son explotados por un país, se destaca el posible atractivo como destino turístico. En este sentido, Echeverri y Estay-Niculcar, indican que la marca país es una estrategia para capitalizar la reputación de un país, y como estrategia, la misma debe ser susceptible de ser medida según ciertos indicadores, en particular, la marca país se mide por los resultados del comportamiento de tres variables: exportaciones, inversiones directas y turismo.⁴

Ya en 2005 Canelón había anotado que dentro de las instancias gubernamentales se encontraba presente y ha sido una constante tradicionalmente dentro de las políticas públicas el gran interés en atraer capitales mediante la suscripción de acuerdos bilaterales, mediante el incentivo generado por

³ Lina María Echeverri Cañas; Eduardo Rosker; y Martha Lucía Restrepo, «Los orígenes de la marca país Colombia es pasión», *Estudios y Perspectivas en Turismo*, vol. 19, n° 3, (2010): 414, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180716755006>

⁴ Lina María Echeverri Cañas y Christian Estay-Niculcar, «El rol del turismo en la consolidación de la marca país de Argentina», *Revista Científica “Visión de Futuro”*, vol. 17, n° 2, (2013): 187, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357935481006>

un clima de inversión que promueva y favorezca la entrada de firmas extranjeras, por lo que se requiere de la promoción focalizada, vía campañas de mercadeo, de los sectores económicos que ostenten verdaderas ventajas competitivas; y entrañen un efecto multiplicador en cuanto a la activación de cadenas de producción, transferencia de tecnología y nuevos conocimientos a la fuerza de trabajo, aumento de la calidad de la oferta nacional y generación de empleos.⁵

En este sentido, Canelón sostiene que la marca país es una percepción que tiene el público (consumidores, inversionistas, colectivos, gobiernos, público en general), directos e indirectos, reales o potenciales, respecto a los países, que tienen su énfasis en características o particularidades de estos con relación a los otros países, tales como: variantes climáticas, productos y servicios, empresas y corporaciones, instituciones y sistemas de gobierno, sectores económicos, especialización productiva y grado de internacionalización de la economía, posicionamiento económico – riesgo país, relaciones internacionales, aspectos culturales, artísticos, folklóricos, gastronómicos, antropológicos, historia y estructura social.⁶

Por su parte, Fuentes define la marca país como una marca integral, la cual es un “sistema vivo que conforma una red compleja de diferentes conceptos, interacciones y determinantes para que esta sea viable, dinámica y proyectual.”⁷

La estructura del sistema de gestión de una marca integral de ciudad o de país está constituida⁸ por una red con tres nodos base: entorno de gestión, estructura de marca y construcción de vínculos. De manera creciente en las últimas décadas, la gestión de marca se ha convertido en uno de los temas obligados para los gobiernos y las organizaciones privadas y públicas de las ciudades y de los países. Este nuevo frente de gestión cobra gran importancia, ya que gracias a su planificación se pueden evidenciar logros importantes en el fortalecimiento de la competitividad y la imagen de las ciudades y de los países.⁹

Kuazaqui enfatiza en que los países expresan imágenes que pueden influenciar las valoraciones de productos y servicios, por lo que es necesario que lleven a cabo la gestión con el fin incrementar la competencia y su aprovechamiento. El desarrollo de una marca país es preciso apuntalar no solo en su identidad sino también en recalcar

⁵ Agrivalca Ramsenia Canelón Silva, «La Marca-País Venezuela», *Comunicación: estudios venezolanos de comunicación*, n° 129, (2005): 10, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://64.227.108.231/PDF/COM2005129.pdf>

⁶ Agrivalca Ramsenia Canelón Silva, «La Marca-País...», 11.

⁷ Sandra Fuentes Martínez, «Sistema de gestión comunicacional para la construcción de una marca ciudad o marca país», *Signo y Pensamiento*, vol. 27, n° 51, (2007): 82, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86005108>

⁸ Edmir Kuazaqui, «Marcas francesas: análisis a partir dos arquetipos de marca-país», *Revista Eletrônica de Negócios Internacionais (Internext)*, vol. 7, n° 2, (2012): 95, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=557557878006>

⁹ Sandra Fuentes Martínez, «Sistema de gestión comunicacional...», 82-83.

los aspectos particulares que permiten distinguir y competir con otras naciones, con el propósito de llegar a materializar un destacado posicionamiento en los diversos mercados objetivos de interés.

La necesidad de contar con requerimientos técnicos para el desarrollo y el alcance de la finalidad de la marca país queda claro según lo anotado por Brigneti en el caso de la marca “Perú Ahora” creada por el publicista Jorge Salmón, basado en que el país está de moda, y cuya trascendencia para vender al Perú como país exportador o susceptible de recibir a los inversionistas, teniendo como antecedente que de la década de 1970 ha habido catorce (14) intentos de marca país en la nación peruana, los cuales no han perdurado, debido a que no gozaron del apoyo de los gobiernos de turno ni de la continuidad en las estrategias.¹⁰

El sistema de gestión de la marca país con miras a alcanzar esas finalidades de promoción y desarrollo de los distintos sectores económicos de un país, tiene unos requerimientos técnicos, que han sido enlistados por Canelón como:

- 1° el establecimiento de un ente responsable;
- 2° el diagnóstico estratégico (nacional e internacional), consistente en la medición de la imagen percibida por los grupos meta (actuales y potenciales) dentro de los mercados de interés, para identificar, evaluar y sopesar aquellos atributos (positivos o negativos) que se conectan con el país; al mismo tiempo que se delinea el posicionamiento de los competidores y sus atributos centrales;
- 3° Plan estratégico de marketing y comunicaciones, destinado a elevar los sectores y productos con mayor potencial y diferenciar a esos “puentes mentales” que facilitan la penetración, y son susceptibles de generar predisposiciones favorables;
- 4° Consenso de sectores involucrados, que incluyen al Estado, las instituciones públicas y privadas, el sector de exportación y turismo, para enmarcar los esfuerzos aislados en un solo cuadro común y contundente;
- 5° Implementación del plan., que apunta hacia el anclaje de los mensajes en conceptos medulares (que no coyunturales), pivoteados sobre las diversas ventajas competitivas del país, dando lugar a un sistema integrado y homogéneo de comunicaciones, circunscrito a un cierto repertorio de palabras e íconos bandera. A ello se adiciona la unificación del mensaje emitido por los múltiples “voceros” de la imagen país, en aras de su cristalización en diferentes targets.
- 6° Seguimiento y Monitoreo.¹¹

¹⁰ Héctor Brigneti Badiola, «“Perú Ahora”: Una marca país», *Ingeniería Industrial*, n° 26, (2008): 102, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337428492006>

¹¹ Agrivalca Ramsenia Canelón Silva, «La Marca-País...», 12.

Brigneti anota que los principales beneficios, que a la vez se confunden con la función de una imagen de marca país se traducen en una rápida identificación mundial de las ventajas comparativas, que, además de generar una “sombriilla” o “efecto paraguá” que potencia la oferta turística y comercial, incrementan el tráfico de negocios y facilitan la venta de productos, servicios y destinos, al tiempo que ofrece mayor poder de negociación y de apertura e incursión en los diferentes mercados.¹²

Del análisis de los datos arrojados por el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) se enlistan los siguientes fundamentos para desarrollo de la marca país, a saber:

- Promover el turismo
- Atraer inversiones
- Atraer trabajadores
- Aumentar las exportaciones
- Promover los productos o servicios nacionales
- Aumentar la competitividad
- Fomentar las relaciones exteriores
- Promover la cultura, las tradiciones, los valores o los aspectos positivos del país a nivel nacional y en el extranjero
- Mejorar la visibilidad del país¹³

Por otra parte, hasta ahora todo lo mencionado en cuanto al fundamento del desarrollo de la marca país, ha sido en provecho de la competitividad y del posicionamiento de cada país por medio del fomento de sus características particulares, no se puede perder de vista lo postulado por Vélez, acerca de una vertiente negativa de la marca país, aun siendo un vector esencial en la economía capitalista, no deja de ser una herramienta peligrosa que desnaturaliza la cultura para convertirla en un producto de consumo mientras se apropia de tradiciones y elementos sociales despojados ya de su complejidad epistemológica.¹⁴

¹² Héctor Brigneti Badiola, «Perú Ahora»: Una..., 103.

¹³ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Respuestas al cuestionario sobre la protección de la marca país en los estados miembros», *Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas*. Cuadragésima tercera sesión Ginebra, 23 a 26 de noviembre de 2020, acceso 30 de noviembre de 2021, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_43/sct_43_8_rev.pdf

¹⁴ Víctor Luis Vélez García, «La Marca-país: reflexiones sobre la obsesión por rentabilizar la cultura», *Indialogs: Spanish journal of India studies*, vol. 5, (2018): 113-114, acceso 30 de noviembre de 2021, https://revistes.uab.cat/indialogs/article/view/v5-velez/pdf_40

A esto se le puede sumar que el propio Simon Anholt ha manifestado que “las marcas país no existen. Son solo un mito y un mito bastante peligroso.”¹⁵

La sola idea de que a un país (o ciudad, o región) se le pueda “poner marca”, de la misma forma en que una empresa “le poner marca” a sus productos y servicios, es tan inútil como absurda. En los doce años transcurridos desde que acuñe el término “marca país” no he visto un ápice de evidencia, un solo estudio bien hecho, que demuestre que los programas de marketing comunicacional, los slogans o los logos hayan jamás alterado la percepción internacional de un determinado lugar.¹⁶

Sin embargo, desde la perspectiva del sector de la economía dedicado al turismo, la idea de la marca país para la promoción de un determinado destino, sigue siendo pertinente, y así parece ser vista por las organizaciones internacionales, entre las que figura la OMPI.

2.- Concepto jurídico de la marca país

Recientemente la OMPI se ha preocupado no solo en una minuciosa elaboración del concepto jurídico de la marca país por medio de la elaboración y análisis de un cuestionario respondido por un número significativo de los países miembros de esa organización, sino también del contenido y alcance de la protección que se genera para el titular de los derechos que da el reconocimiento de dicho signo.

Debido a la ausencia de una definición multilateralmente aceptada en relación con lo que constituye un “signo país”, también denominado “marca país”, (...) se les definirá tentativamente como un signo adoptado por un Estado (constituido usualmente por un logo, símbolo o emblema) que se usa para apoyar la implementación de políticas orientadas a difundir la identidad nacional y promover la imagen de un país, en particular para desarrollar el turismo, atraer las inversiones, promover las exportaciones, generar la competitividad, y brindar una imagen positiva de la cultura, las tradiciones y los aspectos positivos de un país, tanto a nivel interno como externo.¹⁷

Del análisis realizado por el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la OMPI, la marca país se encuentra definida como “un signo que constituye un elemento visual de una política o estrategia

¹⁵ Simon Anholt, «Las marcas país», *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n° 161, (2008): 194, acceso 30 de noviembre de 2021, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2925556&orden=1&info=link>

¹⁶ Simon Anholt, «Las marcas...», 193.

¹⁷ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Recopilación de preguntas sobre la protección de la marca país en los estados miembros», *Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas*. Cuadragésima tercera sesión Ginebra, 23 a 26 de marzo de 2020, acceso 30 de noviembre de 2021, https://www.wipo.int/docdocs/mdocs/sct/es/sct_43/sct_43_3_rev_2.pdf

destinada a promover la identidad nacional y/o la imagen del país.”¹⁸ De Roca manifiesta que al igual que ocurre con las marcas comerciales, la marca país busca diferenciar al país de otros con los que compite, pero adicionalmente, la marca país intentará transmitir seguridad y apertura para inversiones extranjeras, que ambiciona condensar el prestigio y la historia que envuelve a sus ciudadanos y que, finalmente, se torna en el mejor aliado de los esfuerzos exportadores de sus empresas locales.¹⁹

Aun no se ha establecido el contenido y alcance de la protección que otorga la marca país, puesto que la misma no cuenta con una regulación exclusiva, es decir, en los países en los cuales se ha incorporado tipo de signo se ha hecho bajo diversas formas y modalidades.

La ausencia de un marco conceptual y normativo internacional armonizado ha tenido como consecuencia que el trato de los signos país o marcas país sea diferente de un país a otro, y que en muchos de ellos no se les haya dado aún un reconocimiento que tenga en cuenta su naturaleza sui generis. Esta ausencia de un reconocimiento generalizado de los signos país o marcas país en los Estados miembros ha llevado a una diversidad de tratamientos desde el punto de vista jurídico.²⁰

En el caso de Venezuela, el Decreto N° 4.427 de fecha 29 de enero de 2021, autoriza la creación de una Fundación del Estado denominada “Instituto Marca País”, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.058 de esa misma fecha, el cual tiene por objeto, el fortalecimiento y ejecución de las políticas, actividades, acciones, planes y programas especiales implementados por el Ejecutivo Nacional en el uso y la promoción de la Marca País, a través de los diferentes sectores de la economía nacional tales como: El turismo, cultura, comercio exterior, inversiones entre otros, para así posicionar nuestro país en el mundo contribuyendo de esta manera al desarrollo sostenible.

CONCLUSIONES

La idea de un país como una marca atiende a conceptos tanto de las políticas públicas en materia de economía, como a la dimensión propia de los signos distintivos de la empresa, siendo el Estado el que se presenta como una organización que bajo esa distinción busca promocionar y promover generalmente el sector del turismo, haciendo énfasis a las ventajas competitivas del país, o de alguna o algunas regiones de éste.

¹⁸ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Respuestas al cuestionario sobre...», 4.

¹⁹ Sharin Pablo De Roca, «Marca país: el registro ...», 81.

²⁰ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Recopilación de preguntas sobre...», 4.

Aun cuando el uso del término marca país tiene más de dos décadas, desde la perspectiva jurídica, aun no se ha arribado a un concepto único e inequívoco, así como tampoco se tiene claridad en cuanto a su contenido y alcance de las reivindicaciones que otorga al titular de esa marca, que en todo caso será el propio Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Anholt Simon, «Las marcas país», *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n° 161, (2008): 194, acceso 30 de noviembre de 2021, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2925556&orden=1&info=link>
- Brigneti Badiola, Héctor, «“Perú Ahora”: Una marca país», *Ingeniería Industrial*, n° 26, (2008): 99-109, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337428492006>
- Canelón Silva, Agrivalca Ramsenia, «La Marca-País Venezuela», *Comunicación: estudios venezolanos de comunicación*, n° 129, (2005): 8-16, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://64.227.108.231/PDF/COM2005129.pdf>
- De Roca, Sharin Pablo, «Marca país: el registro de su identidad», *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, n° 3, (2016): 77-95, acceso 30 de noviembre de 2021, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6095924.pdf>
- Echeverri Cañas, Lina María y Estay-Niculcar, Christian, «El rol del turismo en la consolidación de la marca país de Argentina», *Revista Científica “Visión de Futuro”*, vol. 17, n° 2, (2013): 186-200, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357935481006>
- Echeverri Cañas, Lina María; Rosker, Eduardo; y Restrepo, Martha Lucía, «Los orígenes de la marca país Colombia es pasión», *Estudios y Perspectivas en Turismo*, vol. 19, n° 3, (2010): 409-421, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180716755006>
- Fuentes Martínez, Sandra, «Sistema de gestión comunicacional para la construcción de una marca ciudad o marca país», *Signo y Pensamiento*, vol. 27, n° 51, (2007): 80-97, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86005108>
- Kuazaqui, Edmir, «Marcas francesas: análisis a partir dos arquetipos de marca-país», *Revista Eletrônica de Negócios Internacionais (Internext)*, vol. 7, n° 2, (2012): 89-106, acceso 30 de noviembre de 2021, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=557557878006>
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Recopilación de preguntas sobre la protección de la marca país en los estados miembros», *Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas*, Cuadragésima tercera sesión Ginebra, 23 a 26 de marzo de 2020, acceso 30 de noviembre de 2021, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_43/sct_43_3_rev_2.pdf

Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Respuestas al cuestionario sobre la protección de la marca país en los estados miembros», *Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas*, Cuadragésima tercera sesión Ginebra, 23 a 26 de noviembre de 2020, acceso 30 de noviembre de 2021, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_43/sct_43_8_rev.pdf

Vélez García, Víctor Luis, «La Marca-país: reflexiones sobre la obsesión por rentabilizar la cultura», *Indialogs: Spanish journal of India studies*, vol. 5, (2018): 107-115, acceso 30 de noviembre de 2021, https://revistes.uab.cat/indialogs/article/view/v5-velez/pdf_40

El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-25-42

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y por falta de vigilancia de los comisarios, regulado en el artículo 291 del Código de Comercio, tomando en consideración los más recientes criterios del Tribunal Supremo de Justicia y los principios del Buen Gobierno Corporativo. Así mismo, se justificará el uso del arbitraje societario como medio alterno para la resolución de dichas controversias.

Palabras claves: Denuncias, sociedades mercantiles, jurisprudencia.

The complaint procedure for administrative irregularities in the compliance of administrator's duties and lack of vigilance by commissars

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the complaint procedure for irregularities in the fulfillment of the duties of the administrators and for lack of vigilance of the commissioners, regulated in article 291 of the Commercial Code, taking into consideration the most recent criteria of the Supreme Justice Court and the principles of Good Corporate Governance. Likewise, the use of corporate arbitration as an alternative means for the resolution of such controversies will be justified.

Keywords: Complaint, commercial companies, jurisprudence.

Recibido: 11/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

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

El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-25-42

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *Legitimación activa y protección al accionista minoritario. Naturaleza jurídica y finalidad del procedimiento. Respeto al debido proceso. Una visión desde el Buen Gobierno Corporativo. Arbitralidad objetiva y artículo 291 del Código de Comercio.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

El artículo 291 del Código de Comercio¹ establece la posibilidad de que los socios puedan denunciar ante el juez de comercio, graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios. El Juez podrá ordenar, luego de haber oído a los administradores y al comisario, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, uno o más comisarios, quienes emitirán un informe.

Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el proceso. En caso contrario, establece el referido artículo 291, que el Tribunal acordará la convocatoria inmediata de la asamblea de accionistas, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente para la sociedad. Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un solo efecto.

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

¹ Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

Dicho artículo ha sido objeto de múltiples interpretaciones y fue modificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En el presente trabajo se analizarán los criterios vigentes y se proporcionarán recomendaciones para su aplicación.

1. Legitimación activa y protección al accionista minoritario

El primer elemento que se debe tomar en cuenta al momento de estudiar el artículo 291 del Código de Comercio, es que su redacción originaria fue modificada mediante una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 12/05/2015², en la que se declaró inconstitucional las disposiciones del referido artículo en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente manera:

“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, los socios podrán denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden”.

La Sala Constitucional eliminó dicho requisito por considerar que se trataba de una exigencia que coartaba el acceso a la justicia, a una tutela judicial efectiva, y al derecho a la igualdad de los socios minoritarios que no contaran con el quórum exigido, imposibilitándolos de alertar al juez cuando tuvieran fundadas sospechas de graves irregularidades por parte de los administradores y comisarios.

Por otro lado, si bien es cierto que los socios minoritarios podrían acudir a presentar sus denuncias ante el comisario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Comercio, la Sala Constitucional³ ha indicado que ello no les permite acceder a los órganos jurisdiccionales ante la falta de acción de dichos comisarios, pues estos sólo están obligados de informar del reclamo a la Asamblea si los socios reclamantes tiene más de la décima parte del capital social o si ellos la estiman fundada, por lo que sus sospechas o denuncias podrían incluso quedar silenciadas a discreción del comisario, quien por cierto, podría ser parte de dichas irregularidades.

² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

La Sala Constitucional⁴ señaló que el artículo 310 *ejusdem* somete a los socios a utilizar un sistema mediatizado, esto es, a través de órganos internos de la compañía, que no satisface los requerimientos de acceso a la justicia, ya que, tal como está concebido, no provee de una razonable oportunidad para su ejercicio.

Por su parte, la Sala de Casación Civil ha señalado⁵ que el criterio de interpretación realizado por la Sala Constitucional⁶ sobre el artículo 291 del Código de Comercio, lo tendrá en cuenta para casos futuros, incluso extensibles al artículo 310 *ejusdem*, pues los socios minoritarios no pueden quedar desprotegidos frente a supuestas irregularidades en la administración de la empresa.

En este sentido, la Sala Constitucional ha sustentado su criterio de protección de los derechos de los socios minoritarios al considerar que la limitación fundada en el capital establecido en el artículo 291 del Código de Comercio es⁷:

i. Violatorio al derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, a la tutela judicial efectiva y a obtener una decisión con prontitud.

Existe una evidente incompatibilidad entre el régimen de limitación de los derechos de los socios minoritarios contemplado en el Código de Comercio de 1955 y la Constitución de 1999⁸, en la cual se establece en su artículo 26 que toda persona tiene derecho de acudir a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. Así, la oportunidad de acceso a la justicia debe ser plena y aplicada de manera amplia y progresista.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 11/03/2016, número de expediente: 2015-000025. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/186155-RC.000162-11316-2016-15-025.HTML>, Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 18/10/2018, número de expediente: 2017-000539. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/301787-RC.000492-181018-2018-17-539.HTML> y, Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 16/12/2020, número de expediente: 2019-000309. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/311111-RC.000312-161220-2020-19-309.HTML>

⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial Nº 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

Además, el artículo 51 de la Constitución establece que toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de estos, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.

La redacción original del artículo 291 del Código de Comercio limitaba la posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a los socios, ya que les exigía que debían estar representados por al menos la quinta parte del capital social para poder denunciar los hechos ante el Tribunal de comercio, por lo que aquellos socios que no lograran alcanzar tal exigencia no podían acceder a los órganos de administración de justicia.

Por otro lado, el artículo 257 de la Constitución contempla al proceso como instrumento de justicia que viene a satisfacer al mismo tiempo el interés individual comprometido por el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la actividad jurisdiccional.

En este sentido, la Sala Constitucional⁹ considera que no se podría permitir el sacrificio de la tutela jurisdiccional, bien porque la práctica desnaturalice los principios que lo constituyen o porque sea la propia ley la que, por su imperfección, impida tal función tutelar. La redacción original del artículo 291 del Código de Comercio impedía que los socios minoritarios pudieran obtener la tutela jurisdiccional, imperfección que se corrigió con la sentencia de la Sala Constitucional del 12/05/2015¹⁰.

ii. Violatorio al debido proceso como garantía de la persona humana.

La Constitución consagra en su artículo 49 el derecho al debido proceso como una garantía de la persona humana, y la Sala Constitucional¹¹ ha señalado que, los preceptos que instituyen al proceso se crean en atención a los lineamientos constitucionales, a objeto de hacer efectivo el control constitucional de las leyes.

Si una ley procesal o material establece una forma que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho subjetivo, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad, tal y como ocurrió con el artículo 291 del Código de Comercio.

⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

iii. Violatorio al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

El artículo 21 de la Constitución indica que todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia, no se permiten discriminaciones, y exhorta a la ley para que garantice las condiciones jurídicas y administrativas para que esa igualdad sea auténtica, real y efectiva.

La Constitución de 1999 se redujo la posibilidad del legislador de establecer restricciones, excepciones o privilegios que no se justifiquen entre el trato dado a unos y otros, pues la única diferencia que se permite al respecto es el trato desigual de los desiguales¹².

Exigirles a los socios que deban alcanzar a representar una quinta parte del capital social constituye una discriminación que, los excluye de pleno derecho, y supone una limitación a su participación en el seno de la sociedad. Todos los tipos de socios, sean mayoritarios o minoritarios, tienen un legítimo interés en el bienestar de la compañía y en su adecuado funcionamiento, por lo que no se concibe una exigencia que limite el correcto desenvolvimiento de sus derechos.

Además, tal limitación es contraria al propio texto del Código de Comercio, ya que el artículo 292 señala que las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, si los estatutos no disponen otra cosa. Si los socios tienen iguales derechos, no hace sentido limitarles el acceso a los órganos de administración de justicia.

De esta manera, la Sala Constitucional concluyó¹³ que todos los accionistas que deseen denunciar sus sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, deben ser tratados de forma igualitaria, pues el diferenciarlos y limitarles sus derechos por el solo hecho de contar con un capital social reducido no es una desigualdad justificada. Su interés en el bienestar de la compañía y de su correcto funcionamiento es igualmente legítimo.

Coincidimos plenamente con los criterios jurisprudenciales antes señalado, y consideramos que están en línea con las modernas tendencias internacionales que procuran proteger los derechos de los socios minoritarios. Además, la declaratoria de nulidad del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio no puede entenderse

¹² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 27/07/2006, número de expediente: 04-2504. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1457-270706-04-2504.HTM> , Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17/02/2006, número de expediente 05-1337. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/266-170206-05-1337.HTM>

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/05/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

contrario al principio de las mayorías que rige en materia societaria, tampoco podría decirse que favorece situaciones litigiosas innecesarias, y mucho menos que resulta inconveniente para el sano funcionamiento de las sociedades mercantiles. Tal y como se indicará más adelante, el ejercicio del derecho contemplado en la referida norma debe hacerse de buena fe y la denuncia debe tratarse de sospechas “fundadas” de irregularidades.

Por último, y aunque pueda sonar reiterativo, la legitimación activa para la presentación de la denuncia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Comercio, le corresponde únicamente al socio, sea mayoritario o minoritario, pero jamás a terceras personas distintas a los socios.

2. Naturaleza jurídica y finalidad del procedimiento

La Sala Constitucional ha señalado de manera reiterada¹⁴ que el procedimiento contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio puede admitirse como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, debido a que las decisiones que adopte el Juez no crean cosa juzgada, no existe una verdadera contención, y por qué se tutela en forma unilateral un interés.

El procedimiento no se inicia por un libelo de demanda, sino mediante una denuncia de los hechos irregulares por parte del socio que se considera afectado, por lo que la Sala Constitucional¹⁵ ha sido clara al señalar que no se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

La decisión del Juez se limitará a constatar las supuestas irregularidades denunciadas respecto al cumplimiento de sus deberes por parte del administrador, y de las faltas de vigilancia del comisario, “...no pudiendo aquél obligar a la asamblea a decidir a favor de los denunciantes mediante sentencia de condena”¹⁶.

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>, Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>

El Juez tiene limitadas facultades en el procedimiento establecido en el artículo 291 del Código de Comercio, ya que la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, únicamente está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias¹⁷, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente a la sociedad¹⁸.

La Sala Constitucional en sentencia del 13 de agosto de 2002¹⁹, señaló que la finalidad del procedimiento estipulado en el artículo 291 del Código de Comercio es salvaguardar los derechos de las minorías societarias, razón por la cual, se dispone que, si el Juez considera que existen fundados indicios sobre la veracidad de las denuncias, podrá convocar una asamblea extraordinaria.

De tal manera que, a criterio de la Sala²⁰, el artículo 291 *ejusdem* no faculta al Juez a pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco a imponer a la asamblea las medidas que se deban tomar. Es decir, el juez sólo tiene la obligación de oír a los administradores y comisarios, para poder dictar una providencia con conocimiento de causa²¹. En la sentencia del 5 de noviembre de 2021²² la Sala Constitucional señaló que los jueces deben tener presente los principios de racionalidad y proporcionalidad, que les permitan determinar si la actuación del socio minoritario puede o no calificarse de jurídicamente legítima.

Así, el juez podrá convocar una asamblea extraordinaria para que los socios deliberen y resuelvan, y dicha convocatoria no debe prejuzgar sobre las irregularidades denunciadas ni sobre la responsabilidad de las personas, es decir, el juez no emite ningún juicio de valor sobre los hechos denunciados, y más bien será la asamblea extraordinaria la instancia que resolverá respecto a tales denuncias.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 20/07/2006, número de expediente: 05-2397. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM>

¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM> y Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

²¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>

²² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

Si en la asamblea extraordinaria luego de deliberar sobre los hechos denunciados se decide (siguiendo las reglas correspondientes a la toma de decisiones, contempladas en los estatutos de la sociedad) rechazar la denuncia, dicha decisión será obligatoria para todos los socios, y el socio denunciante no podrá efectuar otro reclamo sobre los mismos hechos, excepto, si tal decisión es contraria a los estatutos o a la Ley, caso en el cual, el socio afectado podrá hacer oposición de conformidad con lo establecido en el artículo 290 del Código de Comercio.

3. Respeto al debido proceso

El artículo 291 del Código de Comercio es sumamente claro en cuanto a los pasos que debe seguir el juez durante el procedimiento. Primeramente, se establece la obligación que tiene el juez de oír a los administradores y comisarios, previo a ordenar la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios *ad hoc*, y debe determinar la caución que los denunciantes deben prestar por los gastos que se originen.

Lo anterior significa que la inspección de los libros no lo puede hacer el juez directamente, debe ser realizado por los profesionales que se designen para tal fin. Es por ello que la Sala Constitucional ha indicado que en estos casos no es aplicable la sana crítica o máximas de experiencia²³.

Por otro lado, no está en el libre arbitrio del juez escuchar o no a los administradores y comisarios, la norma exige que estos sean necesariamente oídos como paso previo a la orden de realizar la inspección de los libros de la compañía por expertos asignados a tal fin²⁴, para en definitiva, valorar si existen motivos para acordar la convocatoria inmediata de una asamblea de accionistas, donde se discuta sobre las irregularidades denunciadas, pues corresponde a la asamblea de accionistas, como máxima autoridad del órgano societario, tomar las decisiones sobre el gobierno y rumbo de la compañía²⁵.

²³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

En segundo lugar, será solo luego de visto el informe del o los comisarios, que el Juez podrá: “...*declarar la terminación del procedimiento si a su juicio considera que no existen indicios sobre la veracidad de las denuncias, o, por el contrario, si constata que existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea*”²⁶.

Lo cierto es que, tales decisiones requieren como presupuesto fundamental que existan “*fundadas sospechas*” de “*graves irregularidades*”, por lo que el Juez debe tener presente los principios de racionalidad y proporcionalidad, que le permitan determinar si la actuación del socio minoritario puede o no calificarse de jurídicamente legítima, en especial en los trámites del procedimiento de irregularidades administrativas, en la medida que la actuación judicial concreta del socio minoritario se adecúe con la finalidad perseguida por la norma aplicable (legal o estatutaria) que formalmente establece el derecho a la minoría²⁷.

Si el Juez no cumple con los pasos antes señalados estaría violando el debido proceso²⁸ y podría estar extralimitándose de sus atribuciones²⁹.

4. Una visión desde el Buen Gobierno Corporativo

El Buen Gobierno Corporativo es un sistema a través del cual las actividades empresariales son dirigidas, ejecutadas y controladas, bajo principios éticos y organizativos, orientados hacia la transparencia e igualdad en el ejercicio de las funciones por parte de los administradores de la sociedad con respecto a sus accionistas y acreedores, así como también, con miras a la armonización de los conflictos de intereses entre accionistas y administradores producto de la separación entre la propiedad y el control, contribuyendo con la reputación empresarial y con la materialización de sus fines sociales de manera eficiente.

Tal y como lo señalara la Sala Constitucional en la decisión N° 1420 del 20 de julio de 2006³⁰, a raíz de escándalos financieros globales, ha cobrado un nuevo empuje a nivel internacional las mejores prácticas postuladas por el Buen Gobierno Corporativo.

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

²⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

²⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 20/07/2006, número de expediente: 05-2397. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM>

El principio de “derecho y trato equitativo de los accionistas” está contemplado en la mayoría de los instrumentos de *soft law* en materia de Buen Gobierno Corporativo³¹, el cual consiste en que todo socio de la misma categoría debe ser tratado con equidad. Se trata del pleno reconocimiento de los derechos de los socios y de los mecanismos para su ejercicio, ya que estos, independientemente de que sean mayoría o minoría, son los verdaderos dueños de la empresa y son quienes aportan el capital para el ejercicio de su actividad.

Dicho principio aparece como medida para impedir que quienes se hagan del control de la compañía lo utilicen –no en beneficio de la sociedad- sino en la satisfacción de sus propios intereses, a expensas de los minoritarios.

Exigir un mínimo del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales como lo establecía el artículo 291 del Código de Comercio, o para que el comisario informe de reclamos a la Asamblea, como lo hace el artículo 310 *ejusdem*, constituyen fórmulas superadas, por atentar contra derechos fundamentales de los accionistas minoritarios.

Ahora bien, ello no debe confundirse con la posición jurídica del socio que se adquiere mediante la suscripción de las acciones en la sociedad, ya que, esta condición jurídica va atada a la titularidad de una o varias acciones que traen consigo una serie de derechos, facultades y obligaciones, que cualifican su posición dentro de la sociedad³².

El principio de derecho y trato equitativo de los accionistas procura garantizar que el accionista pueda ejercitar libremente los derechos de los que es titular, especialmente, aquellos relacionados con la posibilidad de tener información sobre el desarrollo de la actividad social, tener acceso a la información contable, participar en las asambleas, hacer valer su voz y voto, y por supuesto, contar con los medios legales de defensa de sus derechos e intereses, como por ejemplo, poder presentar ante el juez de comercio las denuncias sobre fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y de falta de vigilancia de los comisarios.

³¹ Por ejemplo: CAF. Banco de Desarrollo de América Latina. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE”. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

³² José Luis Díaz Echegaray, “Los derechos mínimos del socio”. (Barcelona, Ediciones Experiencia, 2005), p. 13.

La inclusión en los estatutos sociales de una norma similar a la redacción modificada por la Sala Constitucional del artículo 291 del Código de Comercio, contribuye con la generación de confianza de los inversores minoritarios, ya que les garantiza un mecanismo legal igualitario y no discriminatorio, que les permita hacer valer su voz y denunciar cuando tengan fundadas sospechas de irregularidades por parte de los administradores y comisarios.

Lo anterior no puede transformarse en un abuso de derecho por parte de los socios minoritarios, conducta que ha sido denominada por la doctrina como “la tiranía de la minoría”³³. Sería inconcebible que estos tomen por costumbre ejercer acciones judiciales injustificadamente, con el único propósito de entorpecer el giro normal de la sociedad³⁴, tampoco, se puede constituir en un medio para la toma de control de la sociedad mercantil por parte de los socios minoritarios, o para el desarrollo de un verdadero “terrorismo judicial”³⁵ que “...tiene lugar mediante la creación de varios juicios, en apariencia independientes, que se van desarrollando para formar con ellos una unidad fraudulenta, dirigida a que en una o varias causas la víctima quede indefensa o disminuida en su derecho, aunque los procesos aparezcan desligados entre sí, con diversas partes y objetos, que hasta podrían impedir su acumulación”³⁶.

De ocurrir dicha conducta, se debería entender como una violación grave del socio al deber de lealtad y fidelidad al interés social, es por ello que, el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio debe hacerse de buena fe, además, la propia norma señala que los socios deben tener “fundadas sospechas de graves irregularidades”, es decir, la formulación de la denuncia está supeditada al cumplimiento de tal requisito, el cual se presenta como medida para alcanzar un equilibrio entre conceder a los socios minoritarios la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, y evitar el ejercicio injustificado y abusivo de tal derecho como estrategia para obstaculizar el ejercicio de la actividad de la sociedad.

³³ Lina Henao, “El abuso de la posición jurídica del socio”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 97-129. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4046/4848>

³⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 04/08/2000, número de expediente: 00-1723. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/909-040800-00-1723.HTM>, criterio ratificado en reiteradas oportunidades, por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 30/10/2001, número de expediente: 00-0500. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2068-301001-00-0500.HTM>.

5. Arbitrabilidad objetiva y artículo 291 del Código de Comercio

Otra buena práctica ampliamente recomendada por los códigos de Buen Gobierno Corporativo³⁷ es la inclusión de cláusulas compromisorias de sumisión al arbitraje, para dirimir conflictos intra-societarios.

Si bien el arbitraje societario no está regulado expresamente³⁸ en la Ley de Arbitraje Comercial³⁹ venezolana, la jurisprudencia⁴⁰ ha aceptado expresamente su uso, y autores como Carlos Lepervanche⁴¹ y Mario Bariona⁴², han indicado que no cabe dudas sobre la legalidad del arbitraje societario en el país, sustentándose en lo establecido en el artículo 258 de la Constitución, en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, en concatenación con los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto a la constitucionalización de los medios alternos de resolución de controversias⁴³.

Desde el punto de vista de la arbitrabilidad objetiva, es perfectamente válido someter a arbitraje societario el supuesto de hecho previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, no solo porque no existe una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico venezolano, sino también porque la Sala Constitucional en la sentencia Nro. 1186, dictada el 18 de julio de 2008, en el caso de la interpretación del artículo 258 de la Constitución, fue muy clara al señalar que: “(...) *para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes*”⁴⁴.

³⁷ CAF. Banco de Desarrollo de América Latina. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁸ A diferencia de otros países, como España, el cual fue regulado expresamente a partir de la reforma del 2011, tal y como se señala en el Informe sobre Arbitraje Societario en España de la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

³⁹ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 11/05/2011, número de expediente: 2011-0129. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.HTML> y Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 22/02/2011, número de expediente: 20110065. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00247-23211-2011-2011-0065.HTML>

⁴¹ Carlos Lepervanche M., “Solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”, en Revista Business, (Caracas, CEDCA, 2010), pp 49-51. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf

⁴² Mario Bariona, “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”, en Revista Business, (Caracas, CEDCA, 2012), pp 56-59. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17/10/2008, número de expediente: 08-0763. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 18/07/2008, número de expediente: 08-0763. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1186-180708-08-0763.HTM>

Tal y como lo ha reconocido expresamente la Sala de Casación Civil⁴⁵, la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo que en definitiva ha causado la pasividad de los particulares respecto de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas y ha originado desinterés en poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener el restablecimiento del orden jurídico infringido.

Acordar que los conflictos societarios sean resueltos mediante arbitraje y especialmente, elegirlo como medio para la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, cumple con los requerimientos exigidos por la Constitución de ofrecer una posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a toda persona, garantizando además, el debido proceso, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

La celeridad, flexibilidad y confidencialidad que ofrece el arbitraje, son solo algunos de los incentivos para que los socios lo utilicen para dirimir sus conflictos societarios, y especialmente, puedan ejercer el derecho contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio de una manera mucho más expedita.

CONCLUSIONES

El artículo 291 del Código de Comercio regula el procedimiento para que los socios puedan denunciar ante el juez de comercio, cuando tengan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios.

La redacción originaria del referido artículo ha sido objeto de múltiples interpretaciones y fue modificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar inconstitucional el requisito de exigir a los socios minoritarios que deban ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales.

Mismo criterio se debe aplicar al interpretar el artículo 310 del Código de Comercio, debido a que las sospechas o denuncias del socio minoritario podrían quedar silenciadas a discreción del comisario.

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia de fecha 08/02/2002, número de expediente: 2000-000532. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>

El procedimiento contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio puede admitirse como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual no se inicia por un libelo de demanda, sino mediante una denuncia de los hechos irregulares por parte del socio que se considera afectado.

La decisión del juez no es de condena, constitutiva ni declarativa, únicamente está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente a la sociedad.

El juez no debe pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco a imponer a la asamblea las medidas que se deban tomar.

El artículo 291 del Código de Comercio es sumamente claro en cuanto a los pasos que debe seguir el juez durante el procedimiento, no seguirlo, se violaría el debido proceso.

La declaratoria de nulidad del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio contribuye con la generación de confianza de los inversores minoritarios, ya que les garantiza un mecanismo legal igualitario y no discriminatorio, que les permita hacer valer su voz y denunciar cuando tengan fundadas sospechas de irregularidades por parte de los administradores y comisarios.

Los socios deben tener “fundadas sospechas de graves irregularidades”, es decir, la formulación de la denuncia está supeditada al cumplimiento de tal requisito, el cual se presenta como medida para alcanzar un equilibrio entre conceder a los socios minoritarios la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, y evitar el ejercicio injustificado y abusivo de tal derecho como estrategia para obstaculizar el ejercicio de la actividad de la sociedad.

La inclusión de cláusulas compromisorias de sumisión al arbitraje, para dirimir conflictos intra-societarios, constituye una buena práctica ampliamente recomendada por los códigos de Buen Gobierno Corporativo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Bariona, Mario. “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”, en Revista Business, (Caracas, CEDCA, 2012), pp 56-59. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf

Castagnino, Diego Tomás. “Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil. (2000-2020)”. (Caracas: AB Ediciones, 2021).

Díaz Echegaray, José Luis. “Los derechos mínimos del socio”. (Barcelona, Ediciones Experiencia, 2005)

Henaó, Lina. “El abuso de la posición jurídica del socio”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 97-129. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4046/4848>

Lepervanche M., Carlos. “Solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”, en *Revista Business*, (Caracas, CEDCA, 2010), pp 49-51. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf

Instrumentos de *soft law*:

CAF. Banco de Desarrollo de América Latina. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en:

https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Club Español del Arbitraje. “Informe sobre Arbitraje Societario en España”. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE”. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

Legislación:

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

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 26/07/2000, número de expediente: 00-0293. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/809-260700-00-0293.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 04/08/2000, número de expediente: 00-1723. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/909-040800-00-1723.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 30/10/2001, número de expediente: 00-0500. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2068-301001-00-0500.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 13/08/2002, número de expediente: 01-1210. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1923-130802-01-1210.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17/02/2006, número de expediente 05-1337. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/266-170206-05-1337.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 20/07/2006, número de expediente: 05-2397. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 27/07/2006, número de expediente: 04-2504. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1457-270706-04-2504.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17/10/2008, número de expediente: 08-0763. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 18/07/2008, número de expediente: 08-0763. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1186-180708-08-0763.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 12/5/2015, número de expediente: 05-0709. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 5/11/2021, número de expediente: 19-0444. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia de fecha 08/02/2002, número de expediente: 2000-000532. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 11/03/2016, número de expediente: 2015-000025. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/186155-RC.000162-11316-2016-15-025.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 18/10/2018, número de expediente: 2017-000539. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/301787-RC.000492-181018-2018-17-539.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 16/12/2020, número de expediente: 2019-000309. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/311111-RC.000312-161220-2020-19-309.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político – Administrativa:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 22/02/2011, número de expediente: 20110065. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00247-23211-2011-2011-0065.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 11/05/2011, número de expediente: 2011-0129. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.HTML>

Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias

Fred Aarons P.*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-43-64

Resumen: El propósito de este análisis es considerar los aspectos relevantes del principio de indivisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas, así como las causas y los efectos jurídicos y económicos del eventual fraccionamiento de las acciones. El presente trabajo inicia con unas consideraciones sobre las sociedades por acciones, y la aplicabilidad del principio de indivisibilidad de las acciones, identificando las múltiples causas que inciden en el fraccionamiento de acciones y sus efectos prácticos, proporcionando alternativas para eliminar las fracciones de las tenencias accionarias, enumerando los derechos de los accionistas en caso de fraccionamiento, analizando la responsabilidad de los administradores, para finalmente, hacer referencia al fraccionamiento de acciones en la economía moderna.

Palabras claves: Indivisibilidad de acciones, fraccionamiento de acciones, derechos del accionista.

Considerations regarding the principle of indivisibility and the fractioning of corporate shares

Abstract: *The purpose of this analysis is to consider the relevant aspects pertaining to the principle of indivisibility of shares in corporations, as well as the causes and legal, and economic effects of the eventual fractioning of the shares. This work begins with some considerations on corporations and corporate shares, and the applicability of the principle of indivisibility of shares. Special attention is given to (i) identifying the multiple causes that prompt the fractioning of shares and their practical effects; (ii) providing alternatives aimed at eliminating share fractioning; (iii) highlighting the rights of the shareholders in the event of share fractioning; (iv) analyzing the fiduciary responsibility of the administrators in corporations when dealing with share fractions and (v) making reference to the impact of share fractioning in the modern economy.*

Keywords: *Indivisibility of shares, share fractions, shareholder's rights.*

Recibido: 22/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela (UCV); Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UCV. Árbitro y Mediador acreditado ante instituciones nacionales e internacionales.

Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias

Fred Aarons P.*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-43-64

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. La sociedad por acciones y los aportes. 2. Las acciones. 3. El principio de indivisibilidad de las acciones. 4. Las causas y los efectos prácticos del fraccionamiento de las acciones. 5. Algunas alternativas para eliminar las fracciones de las tenencias accionarias. 6. Los derechos de los accionistas en caso de fraccionamiento. 7. La indivisibilidad de acciones y la responsabilidad de los administradores. 8. El fraccionamiento de acciones en la economía moderna.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Este artículo representa el inicio de una serie de notas breves relativas a asuntos del Derecho Mercantil, con el fin de formular consideraciones básicas acerca de aspectos puntuales que tienen incidencia en la actividad económica actual.

Nuestra intención es discutir temas que pueden ser de interés para aquellos involucrados en actividades vinculadas al Derecho Mercantil e identificar oportunidades de mejora en el quehacer de la actividad empresarial. Nuestros planteamientos no se circunscriben exclusivamente a una jurisdicción o régimen legal en particular, sino más bien buscan atender a una audiencia amplia que pueda beneficiarse de los planteamientos aquí formulados.

El principio de indivisibilidad de las acciones no es nuevo. Sin embargo, la noción del fraccionamiento de acciones tiende a ocupar un mayor espacio en la actividad

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela (UCV); Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UCV. Árbitro y Mediador acreditado ante instituciones nacionales e internacionales.

mercantil y económica de la actualidad. Por tal razón, hemos propuesto los referidos asuntos como punto de convergencia para promover la noción del Derecho Mercantil como instrumento dinámico, eficiente y transparente en favor de la sociedad y de los ciudadanos que la conforman.

La noción de valor en la empresa reviste una importancia determinante en su funcionamiento, razón por la cual es necesario rescatar cualquiera herramienta que promueva el reconocimiento de dicho valor. Si bien la aplicación del principio de indivisibilidad de las acciones proporciona certeza en la administración de las sociedades por acciones en lo que concierne a identificar y reconocer los derechos societarios en cabeza de un representante único en situaciones de copropiedad de las acciones societarias, no es menos cierto que el fraccionamiento de las acciones reconoce el valor económico de los aportes efectivamente efectuados por los socios.

Es por lo cual, el fraccionamiento de acciones no debe ser percibido como un mero número decimal producto de un ejercicio matemático. Por el contrario, debemos asegurar que dicho valor económico sea debidamente reconocido y considerado objetivamente en la realización de las operaciones negociables susceptibles de producirse en el ámbito del Derecho Mercantil, cuyos efectos repercuten de forma favorable en la actividad económica en general.

Nuestra intención es resaltar temas de interés propios del ámbito del Derecho Mercantil, con el fin de abrir la discusión dirigida a promover la actualización de ese conjunto normativo para, a su vez, contribuir con el impulso de la actividad comercial y económica. Nuestros esfuerzos están dirigidos a atender los retos que imponen la globalización y la digitalización de la economía, como eventos inexorables que inciden en la actividad diaria de la humanidad. Adicionalmente, intentamos promover cambios puntuales en relación con temas específicos de manera que amplíe el impacto del Derecho Mercantil en la sociedad actual.

La serie de notas que iniciamos con este artículo -relativo a la indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias- pretende atraer la atención de los lectores acerca de temas puntuales de interés en el ámbito del Derecho Mercantil, que tengan un efecto práctico en el desenvolvimiento comercial de la sociedad en la que el lector forme parte integrante.

1. La sociedad por acciones y los aportes.

El surgimiento de la sociedad anónima o por acciones está vinculado con la creciente actividad económica promovida en el siglo XVII por las compañías establecidas para el comercio de las Indias Orientales y Occidentales. Dichas actividades comerciales fueron promovidas por las rutas de comercio, resultado de los descubrimientos

geográficos ocurridos en los siglos XV y XVI. A partir de esa necesidad de desarrollar el comercio y de financiar los grandes costos de tal emprendimiento surge la figura de la sociedad anónima bajo tres modalidades sucesivas. Primeramente, como compañías distintas de las sociedades colectivas y en comandita, - con el capital dividido en pequeñas alícuotas, denominadas acciones, - de manera que se pudiera atraer capitales privados entre múltiples participantes accionarios. Así surge la primera sociedad por acciones identificada en el año 1.602 como la compañía holandesa de las Indias Orientales. Posteriormente surgen similares entidades en España en el año 1.612; en Inglaterra en el año 1.621 y sucesivamente en Francia y el resto de Europa.

Al inicio de este proceso de formación de las sociedades por acciones, las mismas eran entidades semi públicas con privilegios monopolísticos en la explotación comercial. Posteriormente, como consecuencia del capitalismo liberal producto de la Revolución Francesa, el código de Comercio Napoleónico configuró la figura de la sociedad anónima por voluntad de los socios. Primeramente, supeditada a la autorización gubernamental, para luego estar supeditada a la aprobación de las escrituras fundacionales por los tribunales de Comercio, según requerirá el Código de Comercio español de 1.829. Hoy en día, la sociedad por acciones se rige esencialmente sin la injerencia del Estado en la vida social, mediante la voluntad de los accionistas, según régimen de igualdad de derecho¹.

Las acciones tenían originalmente la función de instrumentos probatorios, como sucedía con el *biglietto cartulare*, pero debido al crecimiento de las compañías y para facilitar la negociación de los derechos sociales, comenzaron a emitirse títulos al portador. Con ello, las acciones se transformaron en documentos dispositivos necesarios para el ejercicio y la transmisión de los derechos sociales; es decir en títulos de crédito. De hecho, el éxito de la sociedad anónima se debió en gran parte por la transformación del certificado de acciones en títulos de crédito, puesto que permitió el flujo del dinero de ahorro a la sociedad por acciones como un tipo novedoso de organización económica, ante la posibilidad de retirarse cuando se quisiera emplear aquí el dinero en otros asuntos². De allí que las acciones fueran ofrecidas como un valor de cambio más atractivo que el dinero, puesto que constituyen una cuota del patrimonio social que no queda expuesta a los riesgos de la depreciación, por lo que permite así obtener una renta, en la medida que se abonen dividendos³.

¹ Rodrigo Uría, et al., “Curso de Derecho Mercantil I”, Segunda edición, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 806.

² N. Gasperoni, “Las acciones de las sociedades comerciales”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1950, p. 69.

³ Sergio Suarez, “Notas para una historia de las sociedades”, Foro de Derecho Mercantil Revista Internacional, Bogotá, Legis, 2007, p. 146.

En la actualidad, la emisión de acciones es un elemento determinante y de la esencia de la sociedad anónima.

Según la posición clásica liderada por Renaud, debemos distinguir la acción (i) como parte del capital social, ya que es una de las partes en que se divide el capital social de la sociedad anónima. Esta división se expresa tanto en una suma de dinero como en una cuota parte del capital social; (ii) como derecho principalmente de participar en los beneficios de la sociedad anónima; y (iii) como título apto para circular y transmitir dichos derechos⁴.

La sociedad por acciones - a diferencia de la sociedad de personas regidas por las cuotas de participación-, están representadas por acciones y tienen un capital mínimo indispensable para su constitución⁵. Cada acción constituye una alícuota del capital social de la sociedad por acciones. Por lo que representa un importe aritmético que es submúltiplo del monto de su capital.

La característica esencial de la sociedad por acciones reside en que los accionistas responden únicamente por el aporte patrimonial que efectúan mediante la suscripción y pago de acciones en la sociedad. Por lo que la eventual quiebra de la sociedad por acciones no alcanza personalmente a sus accionistas. La vinculación del accionista con la sociedad surge entonces mediante la adquisición de acciones y su desvinculación societaria se verifica con la enajenación de éstas.

Los aportes accionarios representan el capital social de la sociedad por acciones - objeto de su propiedad - y éste, a su vez, equivale al patrimonio independiente con el que la sociedad por acciones responde a sus acreedores.

Según Ferrara, *“la acción es un documento que atestigua la aportación de una parte del capital social o, como se dice también en sentido figurado: representa una fracción del capital social y confiere a su poseedor la calidad de socio. Tiene, pues, una función de legitimación, en cuanto que quien la posee puede ejercer los derechos del socio, y una función de transferencia, en cuanto que quien transmite el documento transfiere la calidad de socio”*⁶.

El aporte de los accionistas en la sociedad por acciones se divide en porciones de igual monto, denominadas acciones que representen de manera unitaria la medida de la participación de los accionistas para efectos internos de la sociedad por acciones y ante terceros. Esta representación deriva en que la acción se configura en un título de

⁴ Joaquín Garrigues, “Curso de Derecho Mercantil”. Tercera Edición, Madrid, Silverio Aguirre Torre, 1959, pp. 376 y ss.

⁵ Francesco Messineo, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tomo V Relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1979, p. 360.

⁶ Francisco Ferrara, “Empresarios y Sociedades. Editoriales de Derecho Reunidas”, Madrid, 1948.

crédito que evidencia un título de participación. De allí se infiere que los derechos de participación inherentes a las cuotas son incorporados y materializados en la llamada acción, ya sea mediante la expresión “título” o “certificado” de acción, instrumento que resalta la cualidad de accionista en el sentido de compartir los beneficios resultantes de la gestión de la sociedad y de compartir proporcionalmente sus pérdidas⁷.

En consecuencia, la acción conlleva un valor económico, puesto que, por una parte, equivale a una porción del patrimonio individualmente considerado, aportado por el accionista en la sociedad por acciones; y por la otra, representa una porción del valor económico autónomo reflejado en el patrimonio social de la sociedad por acciones.

De la vinculación entre la sociedad por acciones y las acciones surge la importancia de analizar el régimen general aplicable a éstas en la sociedad por acciones y, en particular, estudiar el alcance del principio de indivisibilidad de las acciones, así como los aspectos prácticos y jurídicos que se plantean por su fraccionamiento.

La relevancia de estos temas está vinculada esencialmente con la pertinencia de considerar el alcance del principio de indivisibilidad de acciones establecido en la normativa de regulación comercial en el ámbito internacional y su impacto en la coyuntura actual.

2. Las acciones

Las acciones equivalen al aporte de los inversionistas en las sociedades por acciones, que corresponden a una parte o la totalidad del capital social de las sociedades por acciones. Dicho capital social se determina según el capital suscrito y pagado efectuado por los accionistas en acciones de un valor nominal común. Desde la perspectiva patrimonial, el valor de las acciones es nominal y de conformidad con tal valor, se negocian al momento de constitución de la sociedad por acciones. En la medida que se acumule superávit mediante reservas y revalorizaciones, el valor comercial de las acciones tiende a incrementarse en el tiempo - generándose así primas sobre el valor nominal de las acciones.

Las acciones pueden ser comunes u ordinarias, al no otorgar privilegios especiales a sus tenedores o titulares en relación con otras acciones. En contraposición, las acciones pueden ser privilegiadas cuando conllevan beneficios adicionales a los otorgados a las acciones comunes. Las acciones privilegiadas pueden tener derecho a dividendos acumulables, - o bien no ser acumulables, - así como cualquier otra prerro-

⁷ Francesco Messineo, “Manual de Derecho... p. 394

gativa o derecho de carácter económico. Asimismo, los dividendos serán participativos según otorguen o no, además del dividendo preferencial de las acciones privilegiadas, derecho a percibir el dividendo asignado a las acciones comunes. Por otra parte, las acciones privilegiadas serán consideradas convertibles cuando sean susceptibles de ser canjeadas por unas acciones comunes, según los términos que determine la asamblea de accionistas de la sociedad por acciones⁸.

3. El principio de indivisibilidad de las acciones

La doctrina moderna considera a la acción como la fracción del capital, como derecho de participación y como título de crédito⁹.

El capital de una compañía anónima se divide en acciones puesto que en función de dicho precepto se establece el criterio de la proporcionalidad de los aportes y se determina, en consecuencia, la responsabilidad de los accionistas ante terceros por los actos jurídicos ejecutados por la sociedad por acciones.

El número de acciones determina la condición de socio y gradúa la participación en los beneficios (derecho al dividendo), en la administración social (derecho de voto), en la emisión de nuevas acciones (derecho de preferencia) y en la división del patrimonio de la sociedad (derecho a una cuota de liquidación)¹⁰.

Cada acción resulta una parte alícuota del capital social, porque está dividido en un número determinado de partes iguales. Cuando los títulos toman como referencia el carácter de alícuota, se trata de acciones de cuota, en tanto si parten de la noción de suma de dinero, se les denomina acciones de suma. Este último es el tipo que generalmente adoptan las acciones en múltiples jurisdicciones, incluyendo Venezuela, dado que el Código de Comercio requiere que el título contenga “el precio de la acción”.

En la práctica, las acciones de cuota son desconocidas, aunque cada vez que el capital se divida en acciones de igual valor, cada una de ellas representa una parte alícuota del capital, además de representar una suma de dinero.

⁸ Ángel María Fierro M., “El patrimonio en las sociedades comerciales, aplicaciones jurídicas y contables”, Tercera edición, Bogotá, ECOE Ediciones, 2004, p.80

⁹ Alfredo Morles Hernández, “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo II, Las Sociedades Mercantiles, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1986, pp. 639 y ss.

¹⁰ Joaquín Garrigues, “Curso de Derecho... p. 379.

La acción es un derecho indivisible, es decir, el valor numérico de la acción sin duda puede dividirse entre varias personas, pero la cualidad de socio que la acción atribuye es indivisible. Si por herencia o por otro título una acción fuese adjudicada a varios, tendrían que nombrar entre ellos un representante que ejerciese unipersonalmente los derechos de socio¹¹.

Según el Profesor Pedro Pineda León, la acción trae entre sus peculiares características de ser indivisible, -aun cuando puede dividirse en fracciones y por esencia ser cedibles¹².

La acción es indivisible tanto respecto a la sociedad emitente como respecto del accionista, puesto que la acción es la unidad en la que está dividido el capital social de la sociedad por acciones. En caso de dividirse esa unidad, ello implicaría una modificación unilateral del contrato de sociedad¹³.

El derecho en un número muy amplio de jurisdicciones consagra el principio de la indivisibilidad de las acciones, conforme al cual, si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas, la compañía no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola, que los propietarios deben designar como único dueño¹⁴. Asimismo, el artículo 209 de la ley 19.550 vigente en la República Argentina establece que las acciones son indivisibles. Dicha norma reconoce que si existe copropiedad se aplican las reglas del condominio y la sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.¹⁵ Del mismo modo, en España el artículo 66 de la Ley de sociedades anónimas establece la indivisibilidad de las acciones, al igual que sucede en múltiples otras jurisdicciones.

De igual manera, un sin número de Estatutos Sociales de compañías anónimas establece usualmente la indivisibilidad de las acciones:

A manera de ejemplo, reproducimos el texto de una estipulación estatutaria social de una compañía anónima en la cual se resalta el principio de indivisibilidad de las acciones, según los términos siguientes:

¹¹ Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho... p. 379

¹² Pedro Pineda León, "Principio de Derecho Mercantil", Mérida, s/f, p. 426.

¹³ Manuel Acedo Mendoza; Acedo de Lepervanche, Luisa Teresa, "La Sociedad Anónima", Caracas, Ediciones Schnell, 1985, p. 240.

¹⁴ Artículo 299 del Código de Comercio de Venezuela

¹⁵ Respecto al condominio, la ley argentina dispone que éste es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada persona por una parte indivisa. Las partes de los condominios se presumen iguales, excepto que la ley o el título disponga otra proposición. Las normas del condominio se aplican de forma subsidiaria a cualquier disposición legal o convencional aplicable a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes. Véase artículos 1983 y 1984 de la Ley de Sociedades argentina.

“ARTICULO. Indivisibilidad de las Acciones. Las acciones son indivisibles respecto a la compañía anónima, y podrán ser emitidas en títulos que representen una o más de ellas. Los títulos serán firmados conjuntamente por el Presidente de la Junta Directiva y el Vicepresidente de la Junta Directiva; o por sus respectivos suplentes personales actuando conjuntamente, o por el o los funcionarios que ellos de común acuerdo y de manera escrita designen; o bien por la persona o las personas que acuerde la Junta Directiva” (Subrayado nuestro).

La indivisibilidad no está vinculada con el concepto de inescindibilidad, según el cual los derechos singulares de la acción no pueden atribuirse a personas diferentes, salvo cuando se trata de supuestos de excepción tales como la prenda, el usufructo o el embargo de acciones.

En cuanto a la indivisibilidad de las acciones en una sociedad anónima, en conclusión, no hay disposición alguna en la legislación nacional vigente que prohíba que las fracciones de acciones sean agrupadas por diferentes medios legales para permitir que los tenedores de tales fracciones puedan alcanzar numéricamente una unidad accionaria, con el fin de que le sean acreditados plenamente sus derechos societarios. Cuando los tenedores de las fracciones alcancen una unidad accionaria mediante cualquier mecanismo aceptable para la sociedad anónima, éstos deberán designar a un titular para el ejercicio de los derechos de socio, no estando la sociedad por acciones obligada a inscribir ni a reconocer a todos los copropietarios, sino a uno únicamente.

La indivisibilidad, por otra parte, conlleva la responsabilidad solidaria de los copropietarios frente a la sociedad por las obligaciones resultantes de la condición de accionistas. Asimismo, es pertinente resaltar que la aplicación del principio de indivisibilidad de las acciones permite a los titulares o tenedores accionarios, según sea el caso, el ejercicio de los derechos de carácter económico y los de carácter político que son inherentes a la condición de accionista. A manera de referencia, los derechos de carácter económico incluyen el derecho de suscripción preferente en caso de emitirse nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones, el derecho de participar en utilidades de la sociedad por acciones, así como a participar en el patrimonio resultante de su liquidación. Por otra parte, los derechos de carácter político incluyen el derecho de información, el derecho de asistir y votar en las asambleas de accionistas de la sociedad por acciones, así como el derecho a impugnar los acuerdos societarios.

4. Las causas y los efectos prácticos del fraccionamiento de las acciones

El Derecho Mercantil es una rama dinámica determinada en buena medida por el ritmo de los negocios, razón por la cual habrán circunstancias en las cuales se producirá el fraccionamiento de acciones, el cual no contradice el principio de indivisibilidad de las acciones, sino más bien busca otorgar un tratamiento práctico y legal en medio

de vicisitudes negociables que pueden bien producirse en el ámbito de las sociedades mercantiles anónimas, con el consecuente efecto tanto para los accionistas poseedores de acciones fraccionadas, como para la sociedad anónima y sus administradores.

A manera de referencia, se presentan a continuación diferentes supuestos que generan fraccionamiento de acciones, -en virtud de la aplicación del principio de indivisibilidad de las acciones-, y las alternativas prácticas para abordarlos.

A. La suscripción de acciones

La indivisibilidad de acciones tiene también implicaciones en la suscripción de acciones, puesto que no pueden concurrir a la suscripción de una acción en particular varias personas ya que toda acción es indivisible y debe tener un solo titular¹⁶.

B. Las acciones emitidas con derecho de preferencia

El derecho de preferencia de los accionistas se caracteriza por la suscripción privilegiada que ostentan los accionistas en toda nueva emisión de acciones, de acuerdo con la cantidad proporcional de acciones que los accionistas posean en la fecha de determinación respectiva.

El derecho de preferencia en cuestión se ejerce en función de la porción alícuota de propiedad originaria del accionista. Por lo tanto, la aplicación de dicho derecho de preferencia tiende a producir resultados fraccionados que deben ser asignados íntegramente al titular del derecho de preferencia.

C. La comunidad ordinaria y las acciones

La copropiedad o comunidad ordinaria de las acciones tiene como consecuencia que solo uno de los copropietarios -o un tercero designado por éstos- sea designado titular de la acción para representar válidamente a los accionistas de la sociedad por acciones, ya sea para participar y votar en las asambleas societarias, ejercer los derechos de información, retirar dividendos, o ejecutar acciones judiciales contra la sociedad por acciones. Es de particular relevancia tomar en consideración que el régimen legal aplicable a la comunidad ordinaria y las limitaciones impuestas por ley servirán de referencia para determinar los alcances de la copropiedad establecida entre los comuneros.

¹⁶ César Vivante, "Tratado de Derecho Mercantil", Volumen II, las sociedades mercantiles, Madrid, Editorial Reus, 1932, p. 171.

D. La comunidad conyugal y las acciones

En el caso de la comunidad conyugal y no habiendo capitulaciones matrimoniales de por medio, se entiende en principio que, -salvo que el régimen legal aplicable establezca lo contrario-, la administración de los bienes de la comunidad conyugal será ejecutada por ambos cónyuges. No obstante, la sociedad por acciones deberá reconocer a uno solo de los cónyuges como titular de las acciones de su propiedad, salvo que se acredite la debida representación del otro cónyuge a los efectos societarios.

E. El *Share Slicing* en los mercados bursátiles internacionales

La empresa de corretaje de valores *Charles Schwab Inc.*, con base en la ciudad de San Francisco, Estado de California de los Estados Unidos de América ha promovido un novedoso mecanismo para la adquisición a bajo costo de cualquier acción en el mercado bursátil americano que esté inscrita o registrada en el índice S&P 500. Esta alternativa de inversión bursátil llamada *Share Slicing* permite la adquisición, con por lo menos una inversión inicial de cinco dólares americanos, de fracciones de acciones de cualquiera de las compañías que estén inscritas en el índice S&P 500, aun cuando el precio de la acción sea mayor de este monto. El esquema *Share Slicing* propuesto por dicha empresa de corretaje bursátil permite, alternativamente, la adquisición de una porción parcial accionaria por un monto mínimo de 5 dólares americanos, o la adquisición de múltiples porciones fraccionadas al mismo tiempo. En consecuencia, este mecanismo permite facilitar el acceso por un mayor número de personas al mercado de valores bursátiles, razón por la cual se amplían los beneficios para (i) la obtención de dividendos en proporción a la fracción de las acciones poseídas; (ii) la inversión hasta en 30 compañías con un mínimo de solo 5 dólares por transacción, sin importar el costo de una simple acción de cualquiera de estas compañías. Por otra parte, se puede adquirir tantas fracciones accionarias y con la frecuencia que se desee.¹⁷ Otras empresas de corretaje de valores internacionales disponen de similares programas de inversión con fracciones accionarias.

F. Las acciones y la transmisión *mortis causa*

La indivisibilidad de las acciones surge en interés de la sociedad por acciones y de los accionistas. En el caso de la sociedad por acciones, para evitar que las sucesivas divisiones patrimoniales que ocurren, en particular por causa de muerte, causen inconvenientes en la administración de la sociedad por acciones. Mientras que, en el caso

¹⁷ <https://www.schwab.com/fractional-shares-stock-slices>

de los accionistas, para que el título accionario conserve su facilidad de circulación¹⁸. Por lo anterior, es usual que la transmisión *mortis causa* tienda también a provocar el fraccionamiento de acciones.

G. El tratamiento de los “*Split*” accionarios

Las acciones pueden fraccionarse en título de menor valor nominal, para facilitar su negociación en el mercado bursátil (*Split*). Este fenómeno, a decir del maestro Morles, no debe confundirse con la división. A las sociedades por acciones - particularmente a las cotizadas en bolsa -, se le aplican operaciones *Split* para dividir el valor nominal de las acciones, de manera que se pueda aumentar su número y promover su liquidez. Por otra parte, se puede aplicar las operaciones *contra Split* o *reverse Split* cuando una sociedad por acciones eleva el valor nominal de las acciones, con la finalidad de reducir su volatilidad¹⁹.

El *Split* conlleva un incremento del número total de acciones emitidas de la sociedad por acciones sin que ello implique un incremento de su posición patrimonial. Habría que considerar la necesidad de modificar los estatutos sociales de la sociedad por acciones cuando haya que incrementar el número de acciones autorizadas o una modificación del valor par de la acción.

H. Las acciones y los “*spin-off*” de sociedades por acciones

Los *spin-off* de sociedades por acciones son una forma de desinversión corporativa según la cual una parte o segmento del negocio de la sociedad por acciones sea separada en una subsidiaria. Así mismo la separación se puede hacer en favor de los accionistas de la sociedad por acciones, a quienes se le adjudica acciones que representen la porción correspondiente al segmento del negocio separado. Dado que el *spin-off* se ejecuta en función del valor patrimonial del segmento del negocio objeto de separación, se configura en una transacción en la cual sería frecuente que se produzca el fraccionamiento de las acciones en ambas empresas intervinientes. En consecuencia, habría que aplicarse las consideraciones que hemos formulado previamente para reagrupar las acciones y atender su fraccionamiento.

¹⁸ César Vivante, “Tratado de Derecho...” p. 216.

¹⁹ Rodrigo Uría, et al., “Curso de Derecho...” p. 864.

I. El pago de dividendos en acciones

Se producirían tenencias fraccionadas como consecuencia del pago de dividendos en efectivo reinvertidos automáticamente en la sociedad anónima de que se trate, cuando el monto del dividendo pagado en efectivo no alcance para adquirir una unidad accionaria sino tan solo una fracción de dicha unidad. De igual manera, se produciría un fraccionamiento de acciones en caso de verificarse el pago de dividendos en acciones según la porción accionaria detentada por los accionistas de la sociedad por acciones de que se trate.

J. Los gravámenes y las garantías sobre las fracciones de acciones

Se denomina gravamen al impuesto o carga que se aplica sobre un bien, riqueza o propiedad que pertenece a una persona y para indicar que se encuentra comprometido.²⁰ Una garantía es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de una obligación y así proteger los derechos de alguna de las partes de una relación comercial o jurídica.²¹ Las porciones fraccionadas de las acciones son susceptibles de ser objeto de la imposición y ejecución de gravámenes y garantías sobre éstas, como consecuencia del valor económico que tienen las fracciones de acciones.

K. Las obligaciones convertibles en acciones

La valoración de una sociedad por acciones representa el monto que un inversionista pagaría por ésta, tomando en consideración los activos, las obligaciones y las expectativas de futuras utilidades o ganancias. La valoración es de la esencia para los inversionistas, puesto que sin ésta es imposible determinar objetivamente cuánto una porción de propiedad accionaria costaría a un inversionista.

Una obligación convertible es un instrumento de deuda que automáticamente se convierte en capital, según ocurran ciertos eventos determinados, a un precio de descuento de lo que un inversionista pagaría normalmente. Las obligaciones convertibles son ampliamente utilizadas en rondas iniciales de financiamiento de las sociedades por acciones porque al diferir la necesidad de una valoración tiende a ser preferida por los inversionistas sofisticados. Las obligaciones convertibles en acciones combinan la protección de la deuda, puesto que se percibe el pago antes que los accionistas, mientras se mantiene la posibilidad de obtener un mayor potencial de ganancia en función de la inversión efectuada.

²⁰ <https://www.significados.com/gravamen>

²¹ <https://economipedia.com/definiciones/garantia.html>

Todas las obligaciones convertibles tienen una tasa de interés determinada por las condiciones del mercado. Si la obligación llega a hacerse exigible previo a la conversión en capital, el monto financiado incluirá los intereses causados a la fecha. Por el contrario, si la obligación es convertida, todos los intereses causados serán añadidos al monto de capital, tomando en cuenta el descuento de conversión que sería aplicable, a los fines de determinar el monto total de dinero que será convertido en capital.

El descuento es una retribución por el mayor riesgo asumido por los inversionistas en un proceso inicial de conversión dentro del proceso de desarrollo de una sociedad por acciones. Esta es una herramienta muy utilizada en esquemas de financiamiento y de capitalización de sociedades por acciones que inician su actividad empresarial. En consecuencia, la conversión de obligaciones en acciones puede resultar en el fraccionamiento de acciones, según el valor societario que se alcance a determinar.

L. La conversión de acciones privilegiadas en acciones ordinarias

La emisión de acciones preferidas es un mecanismo usual de obtención de fondos para sociedades por acciones que inician su actividad en el mercado de inversión. El beneficio fundamental que tienen las acciones preferidas es que sus tenedores reciben dividendos en anticipación a los dividendos que pudiesen recibir los accionistas comunes. Este dividendo puede ser acumulativo o no acumulativo, según se acumulen en un período de tiempo determinado.

Debemos recordar, sin embargo, que los accionistas privilegiados tendrían derecho preferente sobre los accionistas comunes al momento de liquidarse la sociedad por acciones. Esta circunstancia otorga un mecanismo de salida beneficioso en comparación con los accionistas comunes. La conversión es resultado de una gestión voluntaria por parte del accionista privilegiado, quién tiene el derecho de convertir su tenencia de acciones preferidas a acciones comunes, en cualquier momento o circunstancia. Según esta conversión sea efectuada de acuerdo con un índice de conversión determinado, puede resultar en el fraccionamiento de acciones.

M. La dación de acciones en pago

Ante una deuda preexistente en la posición financiera de la sociedad por acciones, la dación en pago se configura en un mecanismo indirecto de conversión de deuda en inversión que podría producir como resultado el fraccionamiento de acciones, según el factor de conversión aplicable y el resultado decimal obtenido.

N. Las fusiones y adquisiciones de sociedades por acciones

Las empresas y su capital pueden plantear planes que requieren cambios dirigidos a aumentarlo, así como reestructurarlo según diversas variables financieras, para satisfacer los objetivos empresariales requeridos. La valoración de las empresas es un asunto de relevancia para efectos patrimoniales y de los accionistas. Para lo cual se dispone de diferentes métodos, entre los que están el método de flujo de caja descontado, el de valoración del *Goodwill* y el del valor económico agregado²².

En el caso de la fusión, la agrupación de los accionistas de las sociedades por acciones fusionantes es una característica esencial. En cambio, en un proceso de transformación-fusión, si dos sociedades colectivas se fusionan para constituir una sociedad anónima, las partes de interés se intercambiarían por acciones de la entidad resultante. En ambos casos se afectaría el valor de la participación social, la cual representa una fracción del capital de la sociedad dividido en fracciones iguales, equivalentes a una acción cada una²³.

Es pertinente resaltar en el caso de la fusión de las sociedades anónimas que la relación de canje o paridad de cambio estará determinada por la valuación de los activos netos de las sociedades fusionantes, razón por la cual no debería imponerse a los accionistas la cesación de derechos a la fracción excedente ni la adquisición de porciones complementarias para alcanzar una unidad accionaria.

Como parte de los requisitos exigidos por las autoridades de las sociedades por acciones reguladas – por ejemplo, entidades bancarias, empresas de seguro, entre otras – para la tramitación y ulterior aprobación de fusiones, las sociedades fusionantes consignan un plan de distribución de acciones. Entre los aspectos relevantes del referido plan de distribución de acciones, es pertinente resaltar los siguientes:

- a. Los términos de la distribución de acciones resultante de la fusión están determinados fundamentalmente por la valoración efectuada de las sociedades fusionantes a la fecha de aprobarse la fusión, según el método denominado flujo de caja del patrimonio, o cualquier otro razonablemente aplicado.²⁴

²² Armando Parra Escobar, “Planeación tributaria y organización empresarial”, Cuarta edición, Bogotá, Legis, 2006, p. 41.

²³ Julio C. Otaeguí, “Fusión y escisión de sociedades comerciales”, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, pp.64 y ss.

²⁴ Es una medida de la cantidad de efectivo disponible para los accionistas de una empresa después de que se hayan pagado todos los gastos, reinversiones y deudas.

- b. El resultado de la valoración obtenida determina la relación patrimonial entre las sociedades fusionantes, y según la misma la proporción de acciones que debía adjudicarse a los accionistas de la sociedad resultante, incluyendo cualquier supuesto de absorción, al momento de efectuarse la fusión, según la aprobación emitida por las autoridades regulatorias competentes.

5. Algunas alternativas para eliminar las fracciones de las tenencias accionarias

Las tenencias accionarias fraccionarias no son ajenas al funcionamiento de las sociedades anónimas y no afectan en modo alguno el concepto de indivisibilidad de las acciones, según explicamos previamente. De hecho, se puede producir tenencias fraccionadas como consecuencia, por ejemplo, del pago de dividendos reinvertidos automáticamente en la sociedad anónima de que se trate, cuando el monto del dividendo pagado en efectivo no alcance para adquirir una unidad accionaria, sino tan solo una fracción de ésta.

En todos los supuestos anteriores podría producirse el fraccionamiento de acciones, según los resultados de la operación matemática de que se trate. Ante tal circunstancia, algunos practicantes han sugerido que, en caso de producirse un decimal de la acción, se deseché el decimal en el cálculo del número de acciones a suscribir. Nos permitimos considerar contraproducente dicha propuesta, puesto que ese decimal conlleva un valor económico que le corresponde legítimamente a los accionistas afectados. Según se explicó previamente, el principio de indivisibilidad de las acciones no se desvirtúa al producirse el fraccionamiento de las acciones. En caso de desecharse el decimal, se privaría a los accionistas de un valor económico susceptible de ser negociado a discreción de estos, por lo que se estaría causando un perjuicio económico indebido.

En caso de que se opte por eliminar las porciones fraccionarias, se podría considerar las alternativas siguientes:

- a. Modificar los estatutos sociales de la sociedad por acciones, con el fin de reducir el valor nominal de cada acción. Estimamos que esta alternativa es contraproducente tanto desde el punto de vista de percepción de la sociedad por acciones ante el mercado como desde la perspectiva económica, ante el eventual efecto inflacionario que podría incidir adversamente.
- b. Promover el acuerdo dentro del seno de los distintos grupos accionarios de la sociedad por acciones, en el sentido de reagrupar las fracciones accionarias que éstos detentan con el fin de reducir el total de porciones fraccionarias.

- c. Considerar el establecimiento de un programa de recompra de acciones con recursos de la sociedad por acciones.
- d. Promover la adquisición de fracciones de acciones por un valor en libros determinado por parte de personas que sean accionistas de la sociedad por acciones y que estén dispuestas a adquirirlas.

En caso de que la sociedad por acciones opte por no eliminar las fracciones accionarias, tal decisión no tendría consecuencia legal ni económica adversa, puesto que las porciones fraccionarias son el resultado exclusivo de una determinación de valor de la sociedad por acciones de que se trate. Ante tal circunstancia, un número amplio de jurisdicciones establece el derecho facultativo en los estatutos sociales de las sociedades por acciones de que las acciones serán emitidas en títulos que representan UNA o más de ellas, no fracciones.

El hecho que los accionistas de la sociedad por acciones sean tenedores de porciones fraccionarias de acciones no atenta contra el principio de indivisibilidad de las acciones, ni atenta contra sus derechos patrimoniales y societarios, por lo que no es imprescindible reagrupar las acciones para eliminar porciones fraccionadas de acciones resultantes de cualquiera de las transacciones que haya podido causar el fraccionamiento accionario ni modificar los estatutos sociales de la sociedad por acciones.

Sin perjuicio de lo antes señalado, las acciones pueden ser reagrupadas, en el sentido que el valor nominal puede ser aumentado mediante el canje de las acciones viejas por nuevas de un mayor valor nominal, aun sin alterar el capital social. En caso de reagrupamiento, se debe tomar en cuenta la situación de los accionistas que quedan con “saldos” o “restos” de acciones, cuando éstos no presentan múltiplos del índice de reagrupamiento, ofreciendo una alternativa a su situación²⁵.

6. Los derechos de los accionistas en caso de fraccionamiento

Las porciones fraccionarias son usualmente el resultado de la valoración aplicada para efectuar una transacción societaria, por lo que los accionistas de la sociedad por acciones que poseen fracciones accionarias como consecuencia de la valoración resultante de un proceso de fusión, -por ejemplo-, y el eventual aumento de capital de la sociedad por acciones, según los términos antes indicados, tienen derecho a lo siguiente:

²⁵ Alfredo Morles Hernández, “Curso de Derecho... p. 646.

- a. que la sociedad por acciones registre en el libro de accionistas la totalidad de su tenencia accionaria, incluida la porción fraccionaria.
- b. que la sociedad por acciones emita títulos accionarios por las unidades accionarias únicamente, de conformidad con lo eventualmente dispuesto en sus estatutos sociales.
- c. A recibir dividendos en acciones por las porciones accionarias.
- d. A que la sociedad por acciones registre la acción a nombre de dos o más titulares de fracciones, quienes como copropietarios designan un representante común frente a la sociedad por acciones.
- e. A que la sociedad por acciones otorgue un término a los tenedores de fracciones para que las negocien entre sí, con el fin de emitirse títulos valores de libre circulación en el mercado que incorporen el derecho a una fracción.
- f. A que se alcance un acuerdo parasocial entre los accionistas de la sociedad por acciones para que se produzcan cesiones a los accionistas dueños de fracciones de la porción que se requiera para poder completar la unidad accionaria²⁶.

No obstante, a los efectos de las asambleas de accionistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 del Código de Comercio venezolano, dado que el fraccionamiento de unidades accionarias provoca que varias personas sean tenedoras de manera acumulada de una unidad accionaria, la sociedad por acciones no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola persona como propietario, según la designación efectuada por los tenedores respectivos.

El hecho que las acciones sean indivisibles no permite concluir que las porciones fraccionadas estén prohibidas, mucho menos cuando son el producto de la valoración patrimonial obtenida.

7. La indivisibilidad de acciones y la responsabilidad de los administradores

Como consecuencia de lo anterior, la Junta Directiva de la sociedad por acciones, en ejercicio de la suprema dirección de sus negocios y la determinación de la política a seguir en sus actividades, tiene la responsabilidad de regular el proceso de distribución accionaria según la transacción de que se trate, asegurando el cumplimiento de los aspectos formales siguientes:

²⁶ Laureano F. Gutiérrez Falla, "Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, p. 414.

- a. La verificación de la propiedad de las acciones según conste su inscripción en el Libro de Accionistas de la sociedad por acciones, a la fecha de aprobarse la transacción propuesta que haya generado el fraccionamiento de acciones.
- b. Dejar constancia del nombre del propietario de cada título y número que lo distingue, asegurando que los mismos dispongan de todos aquellos requisitos necesarios.
- c. Registrar en el Libro de accionistas de la sociedad por acciones a todas y a cada una de las personas que sean accionistas con indicación del número de acciones que posean y de cualquier otra circunstancia especial u observación que la administración de la sociedad por acciones considere necesaria destacar, incluyendo operaciones de venta, de garantía, o medidas judiciales de que sean objeto las acciones, cuyos actos serán objeto de control de legitimidad formal y capacidad legal requerida por parte de la junta directiva o de quien haya sido delegado por ésta, lo cual se reflejará necesariamente en el Libro de Accionistas.
- d. Otorgar un plazo prudencial a los accionistas de la sociedad por acciones para la consignación de sus certificados de acciones, según sea pertinente, y la emisión de nuevos certificados de acciones que evidencien la condición de todos y cada uno de los accionistas registrados en la fecha de aprobación de la transacción propuesta.

8. El fraccionamiento de acciones en la economía moderna

La economía mundial está influenciada crecientemente por la globalización y la digitalización. El Derecho Mercantil es una rama dinámica determinada en buena medida por el ritmo los negocios, razón por la cual habrán circunstancias en las cuales se producirá el fraccionamiento de acciones, el cual no contradice el principio de indivisibilidad de las acciones, sino más bien busca otorgar un tratamiento práctico y legal en medio de vicisitudes negociables que pueden producirse en el ámbito de las sociedades por acciones, con el consecuente efecto tanto para los accionistas poseedores de porciones fraccionadas, como para la sociedad por acciones y sus administradores.

En consecuencia, no es casualidad que, si bien el principio de indivisibilidad de las acciones representa una norma uniforme en la regulación comercial de múltiples jurisdicciones, el fraccionamiento de acciones haya tenido una relevancia cada vez mayor. De allí que la indivisibilidad de acciones y su fraccionamiento no sean conceptos mutuamente excluyentes. Si bien es cierto que el principio de indivisibilidad de las acciones rige para determinar los derechos de titularidad accionaria y el consecuente ejercicio de los derechos que derivan de dicha titularidad, el fraccionamiento de las acciones conlleva un valor económico que no se puede desvirtuar bajo circunstancia alguna.

Por tal razón, corresponde asignarle una relevancia mayor a las situaciones que producen el fraccionamiento de las acciones como mecanismo de generación de valor económico en las sociedades por acciones y sus accionistas. La referencia obligatoria a nivel mundial es la constante aplicación del fraccionamiento accionario en los mercados bursátiles, al punto de poder transar fracciones de acciones como mecanismo aplicable en la adquisición de acciones para mitigar los precios de adquisición en virtud de su alta cotización bursátil. De allí que la tendencia internacional vaya dirigida a otorgarle mayor importancia al fraccionamiento de acciones, fundamentalmente por el valor económico que estas fracciones representan. Todo ello sin necesidad de desvirtuar el principio de indivisibilidad de las acciones.

CONCLUSIONES

La consecuencia fundamental del principio de indivisibilidad de las acciones radica en que los co-propietarios de acciones deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, así como deben responder solidariamente frente a la sociedad por las obligaciones resultantes de su cualidad de accionistas. En consecuencia, la sociedad por acciones reconoce a un solo propietario o accionista por cada acción suscrita.

La aplicación del principio de indivisibilidad de las acciones no implica la posibilidad de impedir el fraccionamiento de éstas.

El fraccionamiento de las acciones conlleva el reconocimiento de un valor económico en la porción o fracción accionaria. Por lo tanto, no debe ser asumido como un simple ejercicio matemático de eliminación de decimales, especialmente cuando el fraccionamiento es consecuencia del resultado cuantitativo *pro rata* de la valoración económica patrimonial de la sociedad por acciones.

El Derecho Mercantil requiere mantener una disposición dinámica para promover un marco regulatorio eficiente acorde con las necesidades del mercado. En tal sentido, es importante promover instrumentos negociables que dinamicen la actividad económica. Si bien es cierto que la indivisibilidad de las acciones pretende facilitar la gestión de los administradores de las sociedades por acciones al simplificar el esquema de representación y asignación de derechos en el caso de las acciones propiedad de múltiples copropietarios, no es menos cierto que el fraccionamiento accionario reconoce el valor económico intrínseco que tiene dicha porción o alícuota. Estas circunstancias no hacen del principio de indivisibilidad de las acciones y de su fraccionamiento dos conceptos mutuamente excluyentes. En todo caso, son opciones complementarias que deben servir para promover transparencia, eficiencia y gestión dinámica en la administración de las sociedades por acciones.

El reto que se impone en nuestro entorno es promover normativas que se adecúen a los tiempos, preservando en todo momento la seguridad jurídica mínima necesaria, y que se orienten en favor de una gestión eficiente en la administración de la sociedad por acciones.

Al reconocerse el valor económico resultante del fraccionamiento de acciones, se proporciona una herramienta de negociación adicional a las sociedades por acciones. Semejante efecto contribuye, sin duda alguna, a dinamizar los mercados de renta variable en favor del desarrollo de la actividad económica en general.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Mendoza, Manuel; Acedo de Lepervanche, Luisa Teresa. “La Sociedad Anónima”. (Caracas, Ediciones Schnell, 1985).
- Ferrara, Francisco. “Empresarios y Sociedades”. (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1948).
- Fierro M., Ángel María. “El patrimonio en las sociedades comerciales, aplicaciones jurídicas y contables”. Tercera edición. (Bogotá, ECOE Ediciones, 2004).
- Garrigues, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tercera Edición. (Madrid, Silverio Aguirre Torre, 1959).
- Gasperoni, N. “Las acciones de las sociedades comerciales”. (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1950).
- Gutiérrez Falla, Laureano F. “Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas”. (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988).
- Messineo, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Tomo V Relaciones obligatorias singulares. (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1979).
- Morles, Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1986).
- Otaeguí Julio C. “Fusión y escisión de sociedades comerciales”. (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981).
- Parra Escobar, Armando. “Planeación tributaria y organización empresarial”. Cuarta edición. (Bogotá, Legis, 2006).
- Pineda León, Pedro. “Principio de Derecho Mercantil”. (Mérida, s/f).
- Suarez, Sergio. “Notas para una historia de las sociedades”. Foro de Derecho Mercantil Revista Internacional. (Bogotá, Legis, 2007).
- Uría, Rodrigo et al. “Curso de Derecho Mercantil I”. Segunda edición. (Madrid, Thomson Civitas, 2006).
- Vivante, César. “Tratado de Derecho Mercantil”. Volumen II, las sociedades mercantiles. (Madrid, Editorial Reus, 1932).

La caducidad y el contrato de seguro: ¿Garantía de seguridad jurídica o beneficio del garante malicioso?

Una aproximación desde el derecho a la tutela judicial efectiva

Roberto Hung Cavalieri*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-65-102

Resumen: La caducidad para reclamar judicialmente indemnizaciones rechazadas por aseguradoras es generalmente entendida como el transcurso fatal del tiempo sin que pueda suspenderse o interrumpirse. La creación doctrinal preconstitucional de la caducidad puede vulnerar el derecho constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Reflexiones sobre su creación, textos venezolanos en materia de seguro, indebida concurrencia de caducidad y prescripción, la “solidaridad impropia” de derecho comparado, entre otros, son temas de seguro que el foro judicial venezolano debe discutir y definir ante la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva y su conocimiento por la justicia constitucional.

Palabras claves: Caducidad, Contrato de seguro, Rechazo de indemnización.

The expiration and the insurance contract: Guarantee of legal certainty or benefit of the malicious guarantor? An approach from the right to effective judicial protection

Abstract: The “caducidad” as time limitation of judicial claims is generally considered as the fatal passage of time without the possibility of being suspended or interrupted. The preconstitutional doctrinal creation of the caducidad as mean of expiration of the right to action in cases may violate the constitutional right of access to justice and effective judicial relieve. Considerations on its creation, Venezuelan texts on insurance law, undue concurrence with the prescription as means of expiration of rights, the idea of “improper solidarity” from comparative law, among others, are matters that must discussed and defined at the Venezuelan legal forum considering the risk of potential infringement of the right to obtain effective judicial relieves.

Keywords: Time limitation of judicial claims, Insurance contract, Rejection of insurance claims.

**Recibido: 16/11/2021
Aprobado: 04/12/2021**

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, LLM en Derecho Económico Europeo de la Université de D’Aix-Marseille, especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Maestrando en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional. Titulación conjunta Universidad de Girona y Universidad de Génova. Profeso Derecho Constitucional, Profesor Invitado Université Paris Pantheon Sorbonne 1 año 2021-2022. E-mail: rhungc@gmail.com.

La caducidad y el contrato de seguro: ¿Garantía de seguridad jurídica o beneficio del garante malicioso?

Una aproximación desde el derecho a la tutela judicial efectiva

Roberto Hung Cavalieri*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-65-102

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- *Las aseguradoras, los bancos y otros malos de la partida.* 2.- *La caducidad: un tipo con paternidad y nacionalidad desconocida. Entre derechos prescriptibles y acciones caducibles.* 3.- *Los textos del ordenamiento jurídico venezolano sobre contrato de seguros.* 4.- *Sobre la caducidad en materia de seguros: una institución no ligada al mero transcurso del tiempo.* 5.- *Indebida concurrencia de múltiples institutos extintivos de derechos que se traduce en franca violación de derechos constitucionales.* 6.- *Sobre la solidaridad impropia en materia de seguros como institución de creación doctrinal, al igual de la caducidad, que bien vale observar.* 7.- *Entre la autonomía de la voluntad contractual y la imperatividad de la norma. La interpretación pro asegurado y la prevalencia de condiciones favorables al asegurado en materia de caducidad.* 8.- *La caducidad y su cómputo. La notificación del rechazo. Interpretación y aplicación pro actione y pro asegurado.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Venezuela: Un lamentable el último lugar en la valoración de estado de derecho ¿Qué tiene esto que ver con la caducidad en el contrato de seguro?

En la evaluación del Índice de Estado de Derecho del año 2021 (Rule of Law Index 2021) publicado el pasado 14 de octubre de 2021, llevado adelante por el Proyecto

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, LLM en Derecho Económico Europeo de la Université de D'Aix-Marseille, especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Maestrando en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional. Titulación conjunta Universidad de Girona y Universidad de Génova. Profeso Derecho Constitucional, Profesor Invitado Université Paris Pantheon Sorbonne 1 año 2021-2022. E-mail: rhunge@gmail.com.

de Justicia Mundial (World Justice Project)¹ en el que se sometieron a examen 139 estados, Venezuela resultó en el último lugar, última posición que repite al igual que el año pasado en la que se evaluaron once países menos.

Como información de interés cabe destacar que los estados con mejor evaluación fueron los siguientes: Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Alemania y Holanda, mientras que los que quedaron más rezagados fueron: Afganistán, Camerún, Egipto, Congo, Camboya y nuestro país, Venezuela.

¿Y qué tiene que ver esto con la caducidad en el contrato de seguro? Pues que entre los principales aspectos y múltiples áreas evaluadas son y nos permitimos destacar con indicación de su posición: Límites de los poderes del gobierno (139/139), Ausencia de corrupción (129/139), Gobierno Abierto (136/139), Derechos Fundamentales (135/139), Orden y seguridad (132/139), y Cumplimiento Regulatorio (139/139), se evaluaron también el sistema de administración de justicia, tanto el sistema de Justicia Penal que quedó también en la posición 139 y el sistema de Justicia Civil, que quedó en el penúltimo lugar, el 138, superando solo a Camboya.

Estos resultados, y más específicamente en los temas que nos interesan, los sistemas de administración de justicia y la experiencia vivencial nos hace reflexionar sobre la desatención que desde hace ya bastante tiempo tenemos de la idea de derecho y del proceso que se muestran como ajenos a lo que debe ser vivir en un país medianamente normal, lo que es extensivo a derechos e instituciones de carácter adjetivo y es aquí donde una aproximación a la caducidad y su importante relación con la prescripción como medio extintivo de derechos, siendo su tratamiento en procesos judiciales de gran interés e importancia lo que además debe hacerse a la luz de principios constitucionales como el de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso, cuya materialización y ejercicio en nuestro país como hemos visto han salido muy mal parados.

Tomando como inicio la reflexiones y consideraciones sobre la administración de justicia en Venezuela y su pésimo desempeño para adentrarnos en el estudio de instituciones procesales de gran importancia como la demanda, la citación, lapsos procesales, actas procesales y tantas otras se encuentra la caducidad, cuyo estudio no debe hacerse de manera irreflexiva y en abstracto como si no tuviese incidencia interés más allá de los casos que particulares conocidos por instancias judiciales, sino en un contexto más amplio como lo es su efecto en la percepción de seguridad jurídica que

¹ Disponible en: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf>

debe proporcionar un estado que se precie de ser un estado de derecho, y con mucha más razón ante la actual situación venezolana cuya institucionalidad, en este caso del sistema de administración de justicia reclama importantes adecuaciones y una lectura conforme a los valores y principios constitucionales antes referidos.

1.- Las aseguradoras, los bancos y otros malos de la partida

Siendo este trabajo sobre la caducidad en materia de contrato de seguros, es prácticamente imposible no imaginar una situación, como las muchas que ocurren en las que algún asegurado luego haber tenido un siniestro amparado por el contrato de seguro al hacer su reclamación le son exigidos un sin número de requisitos, algunos irracionales que parecieran más bien obstáculos en una carrera llena de tropiezos y frustraciones para poder tramitar y gestionar su debida indemnización, algo que no se hace más fácil en países con frágil institucionalidad democrática, para que luego, por la razón que sea, sea rechazada por la aseguradora esa reclamación mediante notificación –acto al que le dedicaremos especial atención- iniciando luego el asegurado otro periplo más, un camino tortuoso, el de la vía judicial que ya vimos, se plantearía es el peor sistema de administración de justicia del planeta, salvo Camboya², y en el que podemos tener la plena seguridad que si la garante puede oponer como excepción la caducidad de la acción por que transcurrió el lapso para demandar, ello con total independencia a que sea la aseguradora la que se encuentre en mora con sus obligaciones o haya actuado maliciosamente.

Tampoco es muy difícil de imaginar ante estas situaciones de desinstitucionalización generalizada de un país y en las que pueden generarse tensiones entre agentes sociales, suelen usarse las mismas con fines de prácticas abusivas y maliciosas, así como otras que si bien no son tales, pueden resultar en la precaria prestación de servicios, lo que en nada contribuye con una adecuada percepción de seguridad jurídica del país y desincentivando la inversión, en especial de actividades como las de nuestro interés en este estudio como el seguro, pero también en el sector financiero, como el caso de la banca, y otras como el comercio y la industria en general, telecomunicaciones, servicios de energía, transporte, salud y más, que por su naturaleza y gran número de usuarios, en las que la existencia de prácticas abusivas, dan pie a la generación de matrices de opinión de que sería necesario exigir al Estado mayores y más estrictos controles, lo que a su vez es utilizado por otros agentes políticos e ideológicos que vendiendo la supuesta protección de los afectados por estos malos de la partida, aprovechan para intervenir actividades de estricto ámbito privado originándose así todo un círculo vicioso.

² Entre la puntuación de ambas evaluaciones 138 y 139 el sistema de justicia venezolano resulta el de peor desempeño de los 139 países evaluados

Aseguradores y asegurados, bancos y ahorristas, proveedores de servicios y clientes, empleadores y empleados, propietarios e inquilinos, son solo algunas categorías que suelen ser utilizadas para crear situaciones de tensión entre sí manifestando supuestas desigualdades que a medida atiende a ideas falaces de falsos dilemas de los que se justifican graves invasiones e intervenciones en esas áreas de lejos de promoverlas las desalientan, siendo por ello importante el tratamiento objetivo de esenciales institutos jurídicos de dichas actividades y entre las que se encuentra la caducidad.

Es una evidente realidad que actores como las aseguradoras y la banca, han sido y son esenciales para el desarrollo de las sociedades y los estados como hoy los conocemos, aquí la importancia de que cuando se analiza y hace referencia a la noción de legislación o regulación de determinadas actividades, en modo alguno puede entenderse que tales puedan constituir restricciones y limitaciones al desarrollo de esas esenciales actividades, por el contrario, la idea de legislación ha de atender a la generación de ambientes favorables para la promoción, potenciación y crecimiento, en este nuestro caso de estudio del contrato de seguro. Por ello la importancia del estudio de las instituciones jurídicas, en este caso de la caducidad en el contrato de seguro desde una óptica mucho más amplia, conforme a la naturaleza y finalidad propia del contrato que es la indemnización en caso de ocurrencia del siniestro y en cumplimiento de los principios de tutela judicial, efectiva, acceso a la justicia y debido proceso.

2.- La caducidad: un tipo con paternidad y nacionalidad desconocida. Entre derechos prescriptibles y acciones caducibles

Antes de entrar a mayores profundidades sobre la caducidad, y más específicamente en el contrato de seguro, hemos de insistir y advertir que el contenido de ese ensayo se hace desde el ordenamiento jurídico venezolano, lo que hay que destacar desde este momento ya que si bien desde diferentes ordenamientos el tratamiento de instituciones jurídicas puede variar, por lo general existen semejanzas en su acepción general, lo que no ocurre de igual manera con el caso de la caducidad, lo que cada vez queda en evidencia en la que a medida que se acude a mayor número de referencias bibliográficas y trabajos especializados comparados en procura de más profundo estudio, ya que en algunos ordenamientos puede acercarse más a la noción de prescripción, en otros a los de la perención de la instancia, algunos refieren a que conlleva la extinción del derecho y otros los de la acción, por lo que cuando se hace alguna referencia de algún autor, debe prestarse atención al ordenamiento del estado a que se refieren sus investigaciones ya que como se asomara en el caso que nos ocupa, la caducidad tiene concepciones y alcance distintos, más aún en el caso de la relación contractual de seguro.

En materia de instituciones extintivas de derechos por el transcurso del tiempo, sobre la prescripción no existen mayores dudas sobre su ascendencia romana, razón por la cual su evolución, desarrollo e implementación en los ordenamientos derivados suele ser muy similar, lo que podría afirmarse se potenció a inicios del siglo XIX con la implementación del Código Napoleónico en cuya estructura se inspiraron muchos de nuestros códigos y en los que como en el caso del Código Civil venezolano destinan un título y articulado específico para su exhaustivo desarrollo³, en el que incluso existe una norma que lo define:

“La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la Ley.”

Como podemos observar respecto de la prescripción no existen mayores dudas de su paternidad, el derecho romano, así como de su definición y hasta de su nacionalidad, que siendo de cada uno de nuestros ordenamientos, en mayor grado son muy similares, en especial su origen legislativo, que como podemos ver se encuentra previsto en el Código Civil, lo que no es así como veremos respecto de la caducidad.

En el caso de la caducidad como método extintivo, sea del derecho, de la acción, de la pretensión o de la instancia, que identifica con la perención en Venezuela, su origen, no es del todo claro, ello a pesar de que es prácticamente generalizado indicar que fue en Alemania su creación, la cual no fue y no es legislativa como la prescripción sino doctrinaria.

En efecto, al investigar sobre la caducidad, su origen, creación y desarrollo, a diferencia como ocurre con la prescripción, ella no está creada ni desarrollada legislativamente, no existe ni en el Código Civil ni en ningún otro texto de rango legal enunciado alguno que disponga la caducidad es esto o aquello, tampoco encontramos, o al menos yo no he podido hacerlo, texto legislativo que indique que puede ser interrumpida o suspendida la caducidad o no, todo lo que conocemos y repetimos sin cesar de manera automática sobre la caducidad de que corre fatalmente sin posibilidad de su interrupción o suspensión lo hacemos no obstante no exista un enunciado legal que lo establezca y sin embargo así lo aceptamos y aplicamos, lo que si aparecen en normas es que simplemente se indica que tal o cual lapso es de caducidad y ya, pero no existe, por lo menos en el caso de Venezuela disposición de desarrolle la institución, lo que debe ser no muy distintos en otros ordenamientos de tradición de derecho continental.

³ Código Civil venezolano artículos 1.952 al 1.987.

Consecuencia de lo anterior, no es de extrañar por qué en estudios profundizados sobre el tema de la caducidad destinan especial atención para su comprensión analizar el tiempo y circunstancia de su creación, que no debemos olvidar que es doctrinaria, la cual se atribuye su nacimiento en Alemania a inicios del siglo XX, lo que la hace mucho más reciente a la milenaria prescripción, en ese mismo sentido observamos como Fernando Vidal Ramírez hace especial referencia a que en el Código Civil alemán de 1900 si bien no consideraba a la prescripción como extintiva de derechos, que si lo ha sido para nosotros como sucesores de la tradición romana, se introducía la noción de pretensión como equivalente de la acción y que la extinción por el transcurso del tiempo era de la pretensión del derecho subjetivo de lo cual resultaría ese desarrollo doctrinal que diera luz a la caducidad.⁴

Otro trabajo cuyo contenido es de similar interés es el de Osvaldo Lagos Villarreal, quien luego de afirmar que el concepto doctrinal de caducidad es muy nuevo, señala que es alemán, indicando que sus antecedentes se retrotraen al siglo XIX en los que autores como Fick, Demelius y Unger vinculan esta duración de la caducidad para el ejercicio de los derechos con la propia vigencia de los mismos, atribuyendo, como hacen muchos otros autores a Grawein el mayor desarrollo doctrinal de este asunto partiendo que “en la determinación de los efectos del tiempo sobre los derechos” y quien desarrolla “cinco casos en que el vencimiento de un plazo legal extingue un derecho: la caducidad legal, la prescripción y figuras semejantes, la usucapión, los plazos presuntivos y los plazos preclusivos.”, en los que:

“En la caducidad legal, el tiempo es la medida de duración de la eficacia de un hecho que puede crear un derecho. En la prescripción, el tiempo es la medida del hecho destructivo del Derecho, que se expande a lo largo de cierto lapso. En la usucapión, el tiempo es la medida de un hecho creador del Derecho. En los plazos presuntivos, el tiempo es la medida que determina la duración de un hecho que constituye el fundamento para presumir la cesación de un derecho. En los plazos preclusivos jurídico-materiales, el tiempo es la medida.”⁵

De gran interés es el desatacar lo desarrollado por Pedro Antonio Lucena González en su Tesis Doctoral donde menciona los orígenes y desarrollo histórico de la prescripción extintiva y de la caducidad y afirma que no siempre existieron, concluyendo, en similar modo a lo expresado con anterioridad de que la prescripción extintiva ha sido la primera que se originó y mucho después la caducidad que cataloga como figura

⁴ Fernando Vidal Ramírez, Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad. Ponencia presentada en el Congreso Internacional del Derecho Civil “El Derecho Civil en el Perú hoy, propuestas y perspectivas de cambio”, Lima 2012. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i11.6>

⁵ Lagos Villarreal, Osvaldo. PARA UNA RECEPCIÓN CRÍTICA DE LA CADUCIDAD. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4, 2005, pp. 81-105. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile
Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838857003>

técnicamente no definida en los estos legales, atribuyendo igualmente a Grawein gran importancia de su creación,⁶ obra de la que destaca lo señalado por Leo Rosenberg en cuanto a que “si por caducidad entendemos “extinción de un derecho –*Recht*– o una exigencia –*Anspruch*– por la llegada de un *dies ad quem*, fundando esa extinción inmediatamente en el precepto legal y condicionada por el transcurso del plazo y por el no ejercicio o no ejecución de un acto por el acreedor, o bien por el no reconocimiento del obligado, o la no realización de un suceso dotado por la ley de eficacia suspensiva; y por prescripción, “extinción de una exigencia –*Anspruch*– por la llegada de un *dies a quem* ... todo igual a la caducidad”, nos encontramos con que la única diferencia entre prescripción y caducidad es que la primera se refiere únicamente a *Anspruch* y la segunda a todo tipo de *Rechte* de los que las *Anspruche* son una especie.”, concluyendo que por esa mínima diferencia, no habría lugar construir dos figuras distintas, destacando que Rosenberg reconduce la prescripción y la caducidad a la unidad.

Si bien a primeras luces ese párrafo pareciera no darnos mayores ilustraciones en cuanto a la distinción y tratamiento de esa diferencia entre prescripción y caducidad, que en su desarrollo en el foro judicial ha generado posiciones pétreas en cuanto a que su principal diferencia en casos llevados a procesos judiciales es que para una, la prescripción que es de creación legal le son procedentes causas de suspensión e interrupción, mientras que para la caducidad, que es de creación doctrinal se le impide toda posibilidad de interrupción o suspensión, atribuyéndosele como de manera prácticamente ritual que ella “transcurre fatalmente”.

Al margen de las discusiones sobre si la caducidad se corresponde más con los derechos exigibles durante un tiempo determinado, es decir de la temporalidad de los derechos y por ello que se establecería igualmente un tiempo para su acción, lo que es una realidad, es que en la aplicación de ambos institutos estamos presentes ante la pretendida pérdida y extinción de un derecho o de la acción que lo garantiza por el transcurso del tiempo, cuyo transcurso es generalmente referido que corre fatalmente, lo que en casos como el venezolano en materia de contrato de seguros como se verá, resulta en el más que absurdo, en la transgresión del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva al verificarse la posibilidad de que exista un derecho vigente al no haber prescrito sin la posibilidad de que pueda ser reclamado en sede judicial por estar caduco, situación que la lectura constitucional del instituto de la caducidad está llamada a resolver.

⁶ Pedro Antonio Lucena González. “Contribución al estudio de la prescripción y la caducidad”. Tesis Doctoral en la Universidad Complutense de Madrid de mayo de 1883, reeditada y publicada en el año 2015.

Si bien la expresión, el *nomen* de la “caducidad” es utilizado en algunos ordenamientos jurídicos para denominar al instituto procesal mediante el cual decae un procedimiento judicial ante la inactividad de las partes en el cumplimiento de sus cargas procesales y por el transcurso del tiempo en tal situación de inactividad, lo que en tales ordenamientos es conocido como la “caducidad de la instancia” y que se identifica en el derecho procesal venezolano con el instituto adjetivo de la perención, en nuestro sistema jurídico el *nomen* y noción de caducidad, se identifican mucho más con la prescripción, ello a pesar de específicas diferencias y que no podría suspenderse o interrumpirse por generarla extinción de derechos igualmente justificado en el transcurso del tiempo sin que su titular lo haya ejercido, en este caso reclamado judicialmente.

Prolijo y extenso ha sido el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Venezuela en relación con la prescripción y la caducidad como institutos extintivos de “derechos”, de la “acción o de la “pretensión”, así como de manera particular, sobre la principal y esencial diferencia entre ambos, específicamente sobre la caducidad en cuanto al fatal transcurso del tiempo para que operen sus efectos extintivos, afirmándose que en modo alguno puede ser suspendida ni interrumpida como ocurre en el caso de la prescripción, sea la ordinaria o las llamadas prescripciones breves, de las que no se niega tal posibilidad de interrupción o suspensión, todo lo cual se encuentra debidamente reconocido en el ordenamiento jurídico que desarrolla tal instituto como lo es el Código Civil entre sus artículos 1.952 al 1.987, tratamiento legislativo preclaro del cual carece el instituto de la caducidad, pues si bien el instituto de la caducidad aparece en diversos textos normativos, su desarrollo legislativo no ha generado estudios detallados como ocurre con la prescripción que como se ha referido, uno de de creación legal mientras que el otro doctrinaria, resultando entonces que ante la fijación de algún plazo en un texto normativo, en atención a su naturaleza deberá tratarse de prescripción o de caducidad y según sea el caso, el mismo debe ser susceptible de interrupción o suspensión.

No se considera objeto del ensayo en examen profundo de la diferencia entre prescripción y caducidad en el ordenamiento jurídico venezolano, por cuanto constituyen institutos absolutamente diferentes a pesar de que su finalidad material sea similar en cuanto se refiere a la extinción de “derechos”, de la “acción o de la “pretensión”, es innecesaria la cita y transcripción de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto, debiendo en tal sentido únicamente considerar y tener clara esa fundamental concepción entre ambos institutos, y que como se desarrollará infra, entre sí, son excluyentes y en modo alguno concurrentes, en especial ante la caducidad en materia de seguros que por su naturaleza, posee elementos adicionales a la dimensión temporal por el transcurso del tiempo para su verificación.

3.- Los textos del ordenamiento jurídico venezolano sobre contrato de seguros

Así como al inicio del presente ensayo se reflexionó sobre el lamentable último lugar de Venezuela en el Índice de Estado de Derecho el año 2021 y nos referimos al pésimo desempeño del sistema de administración de justicia, en materia de ordenamiento jurídico y pretendida “legislación” en materia de contrato de seguro, encontramos que no es muy distinto en el sentido de los textos con ese pretendido contenido normativo ajeno al proceso de formación de leyes en el que se haya cumplido el debido proceso legislativo.

En Venezuela, la materia de seguros, al igual que muchas otras han sido afectadas por el fenómeno de la desconstitucionalización del estado en los que suele ser un elemento característico la indebida práctica de ser abordada abusivamente por la llamada legislación excepcional, esto es, mediante decretos justificados en leyes habilitantes o declaratorias de emergencias, lo que nos hace dudar sobre su genuina noción de ley como acto emanado de un proceso legislativo, y más aún racional, aspectos que si bien son de gran interés escapan del alcance del presente trabajo pero de los que pueden ahondarse en otros ensayos.⁷ Desconstitucionalización que en casos extremos como el de Venezuela llega hasta el punto de pretender atribuírsele contenido normativo cual leyes, incluso leyes orgánicas a actos sub legales, en ocasiones considerando que les asiste fuerza derogatoria de aquello de jerarquía superior, es decir de rango de ley, lo que afecta gravemente todo el marco de institucionalidad necesaria tanto para el sistema normativo general como el del sector asegurador en particular.

Así las cosas, y con relación a nuestro tema, en Venezuela en el año 2001 fue dictado un Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro⁸ y posteriormente, en el año 2016, fue dictada por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora la Providencia N° FSAA-9-00-661 contentiva de las “Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora”.⁹

Observamos de ambos textos, más allá de las consideraciones sobre su validez, especialmente respecto de la Providencia y la usurpación de autoridad en que incurriría la Superintendencia de la Actividad Aseguradora en sustituirse en el poder legislativo

⁷ Roberto Hung, “LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA A LA VENEZOLANA. Delegación legislativa y Emergencia. Vulneración de Derechos Humanos y la desconstitucionalización del Estado afectación de la seguridad jurídica” ponencia en el VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo homenaje al Prof. Carlos Ayala C. “Dialogo judicial y control de convencionalidad. Estados de excepción y DDHH, Derecho Administrativo y DDHH. Los poderes del juez constitucional y contencioso administrativo”. Universidad Monteávila. 10 y 11 de noviembre de 2016. Universidad Monteávila. ISBN 978-980-410-048-2. Caracas, Febrero 2017. Págs. 357 - 383.

⁸ Decreto No 1.505 con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001.

⁹ Gaceta Oficial N° 40.973 del 24/08/2016.

nacional al pretender dictar normas que son de estricta reserva legal y que sus enunciados sean considerados derogatorios de los previstos en el Decreto, acto del que su validez también pueden hacerse notables incisiones sobre su constitucionalidad, ambos en su articulado hacen referencia tanto a la caducidad como a la prescripción como medios extintivos de derechos, tales son los casos de los artículos 55 y 56 en el Decreto Ley de contrato de seguros y los artículos 57 y 58 en la Providencia sobre “Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora”, enunciados que rezan así:

Del Decreto:

Artículo 55: Si dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de rechazo de cualquier reclamación, el tomador, el asegurado o el beneficiario del seguro no hubiere demandado judicialmente a la empresa de seguros, acordado con ésta someterse a un arbitraje o solicitado el sometimiento ante la autoridad competente, caducarán todos los derechos derivados de la póliza con respecto al reclamo formulado que haya sido rechazado.

Artículo 56. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben a los tres (3) años contados a partir del siniestro que dio nacimiento a la obligación.

De la Providencia:

Artículo 57: El tomador, el asegurado o el beneficiario perderá todo derecho a ejercer acción judicial contra la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, o convenir con esta a someterse al arbitraje, si no se hubiere hecho antes de transcurrir el plazo de un (1) año, contado a partir de la fecha de notificación, por escrito:

1. Del rechazo, total o parcial, del siniestro.
2. De la decisión de la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, sobre la inconformidad del tomador, del asegurado o del beneficiario respecto a la indemnización o al cumplimiento de la obligación a través de proveedores de insumos o servicios.

Artículo 58. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben a los tres (3) años contados a partir del siniestro que dio nacimiento a la obligación.

Leemos de los enunciados de ambos textos, que pese a algunas diferencias en su redacción, se identifican en lo sustantivo de su contenido en los que se destaca un claro tratamiento diferenciado entre lo que es la caducidad del derecho para ejercer las acciones, que en caso del Decreto (artículo 55) indica que es de doce (12) meses, haciendo mención expresa de que se está ante un lapso de “caducidad” y en la Providencia (artículo 57), que si bien no indica expresamente el nomen de caducidad, es implícita su intención de referirse a este mecanismo de extinción de “ejercer todo derecho de

acción” por el transcurso de un (01) año contado desde la notificación válida que se haga del rechazo del siniestro, tema de gran interés desarrollar pero que se hará más detalladamente en posterior sección aparte.

4.- Sobre la caducidad en materia de seguros: una institución no ligada al mero transcurso del tiempo

En la materia de seguros el instituto de la caducidad adquiere matices especiales que trascienden la apreciación meramente del elemento temporal, e impone la existencia de otros elementos particularmente esenciales y no se limita al simple transcurso del tiempo previsto, sin cuyo concurso no opera tal caducidad en cuanto a efectos extintivos o cesación de algunos de los elementos previstos por el contrato de seguros, que no pueden permanecer ajenos al estudio y consideraciones del presente ensayo, así como tampoco resultan aplicables e imponen el examen en la interpretación de las consecuencias derivadas de la violación de normas como las contenidas en el derecho constitucional cuyos principios y valores son jerárquicamente superiores como el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Conviene resaltar la visión de los autores Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez en, “La caducidad como causal para el no pago de la indemnización en el Contrato de Seguro”¹⁰ que nos permitimos transcribir de seguidas:

“En materia de seguros, la institución de la caducidad no está ligada al transcurso del tiempo sino a la inobservancia por una de las partes del contrato de seguro a sus obligaciones o cargas aceptadas al momento de celebrar el negocio jurídico, con lo cual se constituye en un instrumento de prevención y al mismo tiempo de sanción”.

Así las cosas, y siguiendo la misma línea de pensamiento, entre otros Picerd y Beson, Isacc Halperin y Rubén y Gabriel Stiglitz, destacan que la extensión y alcance del rubro de caducidad generalmente concebido no se desplaza de la misma manera y bajo la misma filosofía en el derecho de seguros, al afirmar que la palabra caducidad es usualmente empleada para identificar una de las causas excluyentes del pago de la indemnización, no se identifica con la variable tiempo o inercia o de un sujeto, sino que está referida a una conducta que ejecutada por el asegurado merece reproche por su contenido fraudulento¹¹ al presentar la caducidad en el contrato de seguro como un instituto de sanción que supone la necesidad de reprimir conductas que atacan la espina

¹⁰ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez, “La caducidad como causal para el no pago de la indemnización en el Contrato de Seguro”. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, ISSN 0121-8697, N°. 16, 2001, págs. 249-267, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=619140>

¹¹ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 251.

dorsal de este tipo de contrato, como lo es la buena fe¹², ... caducidad que resulta aplicable cuando el tomador o el asegurado no cumplen de manera certera, precisa o de buena fe sus deberes o cargas contractuales y consecuentemente, lleva aparejada la extinción del derecho del asegurado a percibir el pago de la indemnización por la ocurrencia de un siniestro¹³, situación igualmente exigible a las obligaciones asumidas por la aseguradora.

Cabe destacar entre los caracteres más relevantes de lo que señalan los autores como “*la calidad al interior del contrato*” de seguro:

A. La caducidad ha de ser expresa, la misma no consiente interpretaciones extensivas o análogas¹⁴.

Ello ante la naturaleza de la caducidad que comporta la extinción de un derecho, o más específicamente de la “pretensión”.

De manera que al relacionar la institución con el cuerpo normativos venezolano se evidencia que la caducidad con el carácter señalado se identifica con el artículo 4.5 tanto del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro como de la Providencia N° FSAA-9-00-661, debido a que las cláusulas relativas a la caducidad de derechos del tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado deben ser de interpretación restrictiva, a menos que la interpretación los beneficie, criterio de interpretación no solo aplicable a la caducidad convencional, sino a la legal, e incluso a la inaplicabilidad de la caducidad en absoluto.

B. Su prueba, recae en el asegurador.

Refieren los autores citados que si la caducidad constituye un factor de no pago de la indemnización, es de toda lógica que su ocurrencia ha de probarse por la parte interesada, que en este caso es la aseguradora, sin perjuicio de la existencia de países en los que es a la aseguradora que se le impone el lapso de caducidad para ello, en especial la culpa o negligencia del asegurado¹⁵.

C. La carga no ejecutada por el asegurado debe revestir cierta transcendencia¹⁶.

Este carácter de la caducidad en materia de seguros es fundamental, ya que no solo obliga al asegurado a cumplir cargas que pudieran ser de imposible, dificultosa u

¹² Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 253.

¹³ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 254.

¹⁴ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 255.

¹⁵ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 256.

¹⁶ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez..., p. 258.

onerosa ejecución, resultaría en una verdadera ordalía al verse frustrado en la material ejecución de una legítima indemnización a la que tiene derecho.

5.- Indebida concurrencia de múltiples institutos extintivos de derechos que se traduce en franca violación de derechos constitucionales

Entendiendo que los institutos de la caducidad y la prescripción son diferentes entre sí, incluso por la similitud de sus consecuencias jurídicas y materiales respecto de la extinción de un derecho, acción o pretensión por el decaimiento e imposibilidad de hacer efectivo un derecho sustantivo, sea por la extinción del propio derecho o por la pérdida del derecho de acción o de la pretensión procesal, encontramos que en el cuerpo normativo de determinado Estado y ordenamiento jurídico, habrá enunciados que conforme a la naturaleza del derecho deberán entenderse bien como un lapso de caducidad o de prescripción, más allá de los que indique la literalidad de la norma, pero lo que es concluyente, como seguidamente se expresa es que de un mismo cuerpo normativo y similares supuestos de hecho no pueden generarse, de manera concurrente, los dos institutos, prescripción y caducidad, ya que podrían conducir como a la vulneración de derechos y principios de orden superior como se ha insistido, en el de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Es el caso, como ocurre de manera distinta en otros ordenamientos jurídicos, que atendiendo a la naturaleza propia del contrato de seguros y sus elementos esenciales contenidos en el cuerpo normativo constituido tanto por el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y por la Providencia N° FSAA-9-00-661 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, más allá de las facultades normativas de sus autores, en materia de tan importante contrato y sus consecuencias como lo es el de seguro en general, se dispone tanto el instituto de la caducidad como de la prescripción de forma concurrente y simultánea.

Antes de ahondar más sobre la indebida y pretendida concurrencia en el caso venezolano de ambos institutos y para mejor entendimiento de tal situación es oportuno destacar que en el derecho comparado no ocurre que se dispongan de manera simultánea normas que refieran tanto a la caducidad como a la prescripción, ya que se hace referencia es a una o a la otra, es decir hay caducidad o prescripción, no ambas, como instituto extintivo del derecho o de la acción, lo que incluso constituye cuando menos una contradicción aceptar que ambos institutos coexistan, y menos aún que pueda oponerse y prosperar como defensa que ponga fin a un proceso judicial de reclamación de debida indemnización y que sea posible la subsistencia del derecho sustantivo no prescrito.

Así las cosas, observamos en ordenamientos jurídicos como los de Argentina, México, Costa Rica, Colombia, Uruguay, Paraguay, Panamá, Chile y España, cuando hacen referencia sea a la prescripción como un instituto de extinción de derechos, mientras que cuando se refiere a la caducidad, en este caso en materia de contrato de seguros, se observa que la misma como se referirá sobre la obra de Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez¹⁷, no es considerada únicamente en una dimensión temporal sino como manera de evitar actuaciones dolosas de las partes en el cumplimiento de sus cargas y obligaciones, incluso extendiéndolas a las actuaciones de las aseguradoras, pero en ningún caso coexisten de manera concurrente, veamos:

En el caso de Argentina la Ley de Seguros N° 17.418¹⁸, en que el instituto de la caducidad se identifica más con la de “caducidad de la instancia”, en materia de seguro se refiere a la caducidad para ejecutar cargas como declaraciones asumir el riesgo. En tal sentido se observa como el art. 36, se relaciona con la caducidad convencional para el cumplimiento de cargas con anterioridad o posterioridad del siniestro pero referida a culpa o negligencia; el Art. 67, sobre la caducidad para declarar la pluralidad de seguros, para la valuación de daños y sometimiento a peritaje (arts. 57 y 67) y el art. 145 sobre la designación de herederos.

En cuanto a la prescripción, la misma, en sus artículos 58 y 59 en efecto se presenta como medio extintivo por el transcurso del tiempo¹⁹.

En el caso de México, la Ley Sobre el Contrato de Seguro ni siquiera menciona la caducidad y únicamente refiere a la prescripción de todas las acciones²⁰. En Costa

¹⁷ Carlos Ernesto Quiñones Gómez y María Marta Quiñones Gómez, “La caducidad como causal para el no pago de la indemnización en el Contrato de Seguro”. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, ISSN 0121-8697, N° 16, 2001, págs. 249-267, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=619140>

¹⁸ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/39520/norma.htm>

¹⁹ Art. 58. Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible.

Prima pagadera en cuotas. Cuando la prima debe pagarse en cuotas, la prescripción para su cobro se computa a partir del vencimiento de la última cuota. En el caso del último párrafo del artículo 30, se computa desde que el asegurador intima el pago.

Los actos del procedimiento establecido por la ley o el contrato para la liquidación del daño interrumpe la prescripción para el cobro de la prima y de la indemnización.

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro.

Art. 59. El plazo de la prescripción no puede ser abreviado. Tampoco es válido fijar plazo para interponer acción judicial.

²⁰ Artículo 81.- Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescribirán:

I.- En cinco años, tratándose de la cobertura de fallecimiento en los seguros de vida.

II.- En dos años, en los demás casos.

En todos los casos, los plazos serán contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen.

Artículo 82.- El plazo de que trata el artículo anterior no correrá en caso de omisión, falsas o inexactas declaraciones sobre el riesgo corrido, sino desde el día en que la empresa haya tenido conocimiento de él; y si se trata de la realización del siniestro, desde el día en que haya llegado a conocimiento de los interesados, quienes deberán demostrar que hasta entonces ignoraban dicha realización. Tratándose de terceros beneficiarios se necesitará, además, que éstos tengan conocimiento del derecho constituido a su favor.

Rica, la Ley Reguladora del Contrato de Seguros (Ley 8956), la caducidad es concebida principalmente como falta de cumplimiento del pago de la prima no como extinción de las acciones para la reclamación de indemnizaciones²¹, mientras que la prescripción si se presenta como instituto con tales efectos extintivos²².

En el caso de Colombia, el Código de Comercio en la sección relativa al Contrato de Seguro tampoco menciona o desarrolla el instituto de la caducidad, pero si el de la prescripción como el de modo de extinción de las acciones²³. También en el caso Colombiano merece destacarse la Ley 491 de 1999 por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones en la que se señalan términos de prescripción extensivas a los seguros ecológicos²⁴.

La Ley Nº 19.678 de Contratos de Seguro de Uruguay, solo refiere sobre la caducidad, o rescisión, en sus artículos 40 y 45 en cuanto a la prohibición de múltiples seguros y deber, bajo pena de caducidad de declarar tal situación, así como relativos

Artículo 83.- Es nulo el pacto que abrevie o extienda el plazo de prescripción fijado en los artículos anteriores.

Artículo 84.- Además de las causas ordinarias de interrupción de la prescripción, ésta se interrumpirá por el nombramiento de peritos con motivo de la realización del siniestro, y tratándose de la acción en pago de la prima, por el requerimiento de pago.

Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/211.pdf>

²¹ Artículo 37.- Mora en el pago

Si la prima no ha sido pagada dentro de los plazos establecidos en esta ley, el asegurador podrá tomar una de las siguientes acciones:

a) Dar por terminado el contrato, en cuyo caso, salvo pacto en contrario, el asegurador quedará liberado de su obligación en caso de cualquier siniestro ocurrido a partir de la mora. Deberá notificar su decisión al tomador, a los asegurados o a ambos, según corresponda, dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se incurrió en mora.

b) Mantener vigente el contrato y cobrar la prima en la vía ejecutiva, más el interés legal o pactado, en cuyo caso, el asegurador será responsable por los siniestros que ocurran mientras el tomador se encuentre en mora. La facultad aquí otorgada caducará en la mitad del plazo que falte para el vencimiento del seguro. En caso de caducar este derecho, se entenderá que el contrato queda extinguido a partir de la fecha de caducidad, debiendo notificar tal situación al tomador, a los asegurados o a ambos, según corresponda, dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la fecha de caducidad.

²² Artículo 17.- Plazo de prescripción

Los derechos derivados de un contrato de seguro prescriben en un plazo de cuatro años, contado a partir del momento en que esos derechos sean exigibles a favor de la parte que los invoca.

Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/18510/14500>

²³ Art. 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/15545>

²⁴ ARTICULO 9º. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN. Los términos de prescripción para las acciones que se derivan del contrato de seguro, contenidos en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio o las normas que lo sustituyan o lo modifiquen, se hacen extensivas a los seguros ecológicos y se contarán desde el momento en que se tenga conocimiento del daño durante la vigencia de la respectiva póliza.

Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0491_1999.html

a bienes hipotecados o prendados, mientras que sobre la prescripción tiene un amplio desarrollo como instituto extintivo de las acciones derivadas del seguro²⁵.

En Paraguay, el Código Civil / Ley N° 1.183, desarrolla el instituto de la caducidad como el incumplimiento de cargas y que sean imputables a la culpa o negligencia del asegurado, instituto que no solo está relacionado con el aspecto temporal, que incluso operaría antes de la ocurrencia del algún siniestro, incluso sobre la influencia o no del cumplimiento de tales cargas en el acaecimiento del siniestro, pero en modo alguno como excepción de indemnización o extinción de acciones²⁶, extinción de acciones que se identifica plenamente con la prescripción desarrollada en el artículo 666.b²⁷.

²⁵ Artículo 50. (Plazo).- Las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en el plazo de dos años, salvo en el caso del seguro de vida cuyo plazo es de cinco años.

Artículo 51. (Comienzo del plazo).- La prescripción del pago de la indemnización comenzará a correr desde que se comunica al asegurado la aceptación o el rechazo del siniestro en forma expresa o al cumplirse los plazos indicados en el artículo 35 de la presente ley.

El pago del premio por parte del asegurado o tomador será exigible según lo pactado en las condiciones particulares de la póliza.

Cuando el premio debe pagarse en cuotas, la prescripción para su cobro se computa a partir del vencimiento de la última cuota impaga.

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que este conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de cinco años contados desde el fallecimiento de la persona cuya vida se asegura.

Artículo 52. (Suspensión).- Los actos de procedimiento establecidos por la ley o el contrato para la liquidación del daño, suspenden la prescripción de las acciones para el cobro del premio y de la indemnización, reanudándose el cómputo una vez cumplidos.

Artículo 53. (Prohibición).- El plazo de prescripción no puede ser abreviado ni tampoco es válido fijar plazo para interponer la acción judicial.

Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu2054787656713.htm>

²⁶ Art. 1579.- Cuando por este Código no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga u obligación impuesta al asegurado, puede convenirse la caducidad de los derechos de éste, si el incumplimiento obedece a su culpa o negligencia, de acuerdo con el siguiente régimen:

a) si la carga u obligación debe cumplirse antes del siniestro, el asegurador deberá alegar la caducidad dentro del mes de conocido el incumplimiento. Cuando el siniestro ocurre antes de que el asegurador alegue la caducidad, sólo se deberá la prestación si el incumplimiento no influyó en el acaecimiento del siniestro, o en la extensión de la obligación del asegurador; y

b) si la carga u obligación debe ejecutarse después del siniestro, el asegurador se libera por el incumplimiento si el mismo influyó en la extensión de la obligación asumida.

En caso de caducidad corresponde al asegurador la prima por el período en curso al tiempo en que conoció el incumplimiento de la obligación o carga.

Art. 1606 sobre la pluralidad de seguros. Obligación de notificar.

²⁷ Art. 666.- Prescriben por un año las acciones derivadas

(...)

b) del contrato de seguro. El plazo se computará desde que la obligación sea exigible. Cuando la prima deba pagarse en cuotas, la prescripción corre desde el vencimiento de la última cuota. Si la póliza ha sido entregada sin el pago de la prima, la prescripción corre desde que el asegurador intimó el pago.

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario corre desde que haya conocido la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el acaecimiento del siniestro.

Disponible en: <http://www.apcs.org.py/Marcolegal/Codigo%20Civil-Sobre%20el%20Seguro.pdf>

A su vez, el ordenamiento jurídico de la República de Panamá, como lo es la Ley que Regula la Actividad de Seguros y dicta Otras Disposiciones, en su artículo 250 fija el lapso de prescripción de las acciones y en modo alguno refiere de la caducidad, todo ello contado desde la fecha de la resolución en sede administrativa de la reclamación²⁸.

La Ley Nº 20.667 que Regula el Contrato de Seguro en Chile además de fijar el lapso de prescripción, señala que la misma se interrumpe con la sola denuncia del siniestro y el nuevo plazo inicia con la respuesta que de la aseguradora, y únicamente hace mención al *nomen* de “caducidad” en cuanto a que el lapso de prescripción jamás podrá “ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión”²⁹.

Finalmente observamos como en el caso de España, y cuyo ordenamiento jurídico es importante destacar ya que posteriormente se desarrollará otro aspecto de derecho comparado, el artículo 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, nada dice de caducidad y solo hace referencia a la prescripción de las acciones³⁰.

Retornando a los enunciados del ordenamiento jurídico venezolano como lo son el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y la posterior Providencia Nº FSAA-9-00-661, cuyos textos se transcribieran supra, destacamos nuevamente que de manera concurrente se presentan ambos institutos extintivos, la caducidad y la prescripción, concurrencia que es del todo indebida e improcedente, inexistente en otros ordenamientos, resultando como se desarrollará, probablemente por fallas en la técnica legislativa al momentos de sus redacción, más allá del decaimiento o inaplicabilidad de

²⁸ Artículo 250. Proceso administrativo de decisión de quejas y suspensión del término de prescripción. El consumidor de seguros, los corredores de seguros y los terceros afectados por un asegurado con cobertura de riesgos de daños a terceros, en adición a lo dispuesto en el artículo anterior, tendrán derecho a ser atendidos por vía de reclamación administrativa por la Superintendencia, en lo que respecta a los temas establecidos en esta Ley.

Las acciones derivadas del contrato de seguro prescribirán en un año como lo establece el artículo 1651 del Código de Comercio. Cuando se inicie oportunamente la acción administrativa, el término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, cualquiera que sea su naturaleza, se contará a partir de la ejecutoria de la resolución administrativa que decida el asunto.

Por su parte, la aseguradora tendrá la obligación de comparecer ante la Superintendencia cuando, por la vía administrativa, se presenten quejas y/o denuncias en su contra por la vulneración o incumplimiento de alguna disposición de esta Ley.

Disponible en: http://www.supervalores.gob.pa/files/Ley/Ley_12_de_2012.pdf

²⁹ Art. 541. Prescripción. Las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de cuatro años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva.

Fuera de otras causales legales, la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro, y el nuevo plazo regirá desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto.

En el seguro de vida el plazo de prescripción para el beneficiario será de cuatro años y se contará desde que conoce la existencia de su derecho, pero en ningún caso excederá de diez años desde el siniestro.

El plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión, y en los seguros a que se refiere el artículo 570, dicho plazo no será inferior al de la acción que tenga el tercero perjudicado en contra del asegurado.

Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1050848>

³⁰ Artículo veintitrés.

Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-22501-consolidado.pdf>

uno de ellos, sea la prescripción, o la caducidad, esta última con las particularidades de su contexto venezolano, así como de violaciones de orden constitucional.

Para una mayor comprensión de lo expuesto, bien podemos apartar un poco la atención del presente asunto particular para así analizar la situación en abstracto de la indebida concurrencia denunciada, para luego volver al caso de marras y confirmar la absoluta improcedencia de la caducidad opuesta.

Imaginemos un derecho de crédito, cualquiera que sea, por una gran suma de dinero la cual es líquida, exigible y que no está prescrito según la ley, sin embargo existe otro enunciado en el mismo cuerpo legal que pretende considerar como caduca la acción, o “pretensión” de su cobro ante los órganos jurisdiccionales, y nos preguntamos: ¿Puede existir un derecho no prescrito, que esté vivo, y que se limite el acceso a la justicia para exigir su cumplimiento? Ese derecho de crédito no prescrito en el balance de su titular ¿dónde lo ubicamos? Evidentemente en cuentas por cobrar ya que es un activo.

¿Si existiese una norma que impusiera una obligación tributaria sobre el patrimonio que estaría conformado también por ese importante activo, que es una cuenta por cobrar y que no está extinguida, no está prescrita ¿Sería legítimo, jurídicamente aceptable o constitucionalmente tolerable que deba pecharse el derecho de crédito que no puede ser judicialmente accionable? Pues ello no solo en un contexto jurídico, sino en la más elemental lógica resultarían bien una contrariedad o una contradicción, ya que como se ha sostenido, no pueden concurrir ambos institutos en un mismo cuerpo normativo resultantes de un mismo supuesto de hecho, ya que el transcurso de lapsos de los que se hace depender la efectividad y vigencia de los derechos y su accionabilidad o son de preclusión o son de caducidad, no pueden ser ambos.

Retornando nuevamente al caso venezolano, el de los enunciados del Decreto (artículos 55 y 56) y la Providencia N° FSAA-9-00-661 (artículos 57 y 58), resulta una absoluta contradicción y en consecuencia su mutua negación que en tales textos se disponga que existe “prescripción” de las acciones derivadas del contrato de seguro, que refiere que es de tres años, y también la “caducidad” de los derechos de la “póliza” o de “derecho ejercer acción judicial”; indebida coexistencia o concurrencia que puede originar situaciones en la que existiendo un contrato de seguro y verificándose un siniestro del cual haría exigible una indemnización al titular de ese derecho no prescrito, no extinguido, no pueda materializarlo porque se considere que operó la “caducidad” de su acción o de su “pretensión” para poder exigirla judicialmente, lo que a todas luces sería ilógico puesto que son institutos que se excluyen entre sí, ya que los lapsos de los que se hace depender la existencia y exigibilidad de los derechos y su acción, o son de caducidad o son de prescripción, pero jamás ambos, lo que como se verá, puede resultar como en efecto ocurre, en violación de derechos de rango constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico y más específicamente en su jerarquía constitucional en cuanto al reconocimiento y garantía del derecho al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a la justicia material como finalidad del proceso, los artículos 26 y 257, establecen:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Así las cosas, y siendo que los principios constitucionales contenidos y desarrollados por los enunciados transcritos son de una especial jerarquía preeminente y superior que los enunciados contenidos en un Decreto o una Providencia, los cuales han de decaer y desaplicarse si contraviniesen los constitucionales, observamos como la situación material de existencia de un derecho no prescrito no pueda ser accionado judicialmente, ello constituye una abierta negación del derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva que deviene de la indebida concurrencia en materia de seguros de los institutos de la prescripción y la caducidad, que como se observa, ante la necesaria prevalencia de uno solo de los institutos, vista la naturaleza del contrato de seguros, su gestación e historia legislativa, eminente orden público, principio de interpretación pro asegurado y preeminencia de principios y normas constitucionales sobre los enunciados de rango legal y sublegal, es el instituto de la prescripción el que ha de prevalecer.

6.- Sobre la solidaridad impropia en materia de seguros como institución de creación doctrinal, al igual de la caducidad, que bien vale observar

En el ordenamiento jurídico venezolano, y más específicamente el artículo 1.223 del Código Civil dispone respecto de las obligaciones solidarias que dicha solidaridad solo puede existir contractualmente o por ley. La norma reza:

Artículo 1.223.- No hay solidaridad entre acreedores ni deudores sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley.

De la simple lectura del enunciado transcrito y así como históricamente se ha interpretado, de la relación jurídica del contrato de seguro no cabría pensarse en que existe frente a terceros distintos a las partes contratantes algún tipo de solidaridad, ya

que como refiere la norma, ello solo es posible si está consagrado legalmente o por vía contractual, como lo establece la norma del artículo 1.223 que acaba de transcribirse pero que así aparece en nuestro ordenamiento al menos desde el año 1862³¹.

De lo anterior, perfectamente podemos concluir que dicho enunciado, su contenido y alcance es muy anterior a la integración en nuestro ordenamiento jurídico de normas, principio y valores como los del orden público e interés general en relaciones jurídicas que antes eran consideradas eminentemente privadas y que hoy han de adecuarse a dichos preceptos de jerarquía superior como lo es en el caso de nuestro interés el contrato de seguros.

Es el caso que en el sistema jurídico español y mediante una creación jurisprudencial, se gestó e hizo vida en dicho ordenamiento lo que se conoce como la solidaridad impropia, que no es otra cosa que aquella responsabilidad solidaria que resulta no de la ley, no de la voluntad, sino de su propia naturaleza de determinadas obligaciones que ante el orden público e interés general que comportan, extienden la responsabilidad a otros sujetos de derecho y entre los que pueden encontrarse las aseguradoras.

Bien cabe observar la decisión del Tribunal Supremo de España que en sentencia dictada por la Sala de lo Civil de fecha 25 de noviembre de 2016³², señaló:

En efecto, ninguna de las dos resoluciones afronta el problema que le fue planteado sobre la prescripción. Es cierto lo que dice la sentencia recurrida sobre la concurrencia de diversas personas en el origen del daño y la aplicación de la regla de la solidaridad cuando no puede individualizarse la responsabilidad de cada uno de ellos. Pero no es ese el problema que se ha planteado. Lo que se cuestiona es el valor de las reclamaciones extrajudiciales en la llamada solidaridad impropia y la aplicación al caso de la doctrina reiterada de esta Sala a partir de la sentencia de 14 de marzo de 2003, reiterada en otras posteriores,

La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003, reiterando doctrina jurisprudencial de las anteriores de 21 de octubre de 2002, 23 de junio de 1993, reconoció junto a la denominada “solidaridad propia”, regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, ex voluntate o ex lege otra modalidad de la solidaridad, llamada impropia u obligaciones in solidum que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 del Código Civil, en su párrafo primero; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias

³¹ La redacción del artículo 1.223 del Código Civil de 1982 es idéntica al mismo artículo 1.223 del Código Civil de 1942, al art. 1.254 de los Códigos de 1942 y 1916, al art. 1.160 del Código de 1904, al art. 1.154 del Código de 1896, art. 1.133 del Código de 1880, art. 1.123 del Código de 1873 y leves modificaciones de la redacción de los Códigos de 1867 y 1862,

³² <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7882256&links=&optimize=20161202&publicinterface=true>

en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

Como se extrae del fallo transcrito parcialmente y así se ha desarrollado en diversas opiniones doctrinales sobre el instituto de la solidaridad impropia, ésta resulta del rigor del artículo 1137 del Código Civil español, norma que se identifica en su alcance con el 1.223 del Código Civil venezolano y que responde a razones de seguridad e interés social.

Además de la decisión del Tribunal Supremo Español, el desarrollo doctrinario en ese país sobre tan interesante figura, entre otras, destaca y bien podemos mencionar la ponencia de Joaquín Ataz López en el VI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebrada en el año 2006 denominada “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”³³, y de la que podemos extraer:

(...) Por qué es impropia esta solidaridad.

No acostumbra el Tribunal Supremo a explicar por qué considera que esta solidaridad es impropia. La justificación más habitual de su existencia se basa en la necesidad de “salvaguardar el interés social”³⁴, o de una solidaridad de matiz social para salvaguardar los derechos de los perjudicados (en expresión de la STS de 10 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1736]). Pero estas afirmaciones no parecen suficientes para explicar qué tiene de impropio la solidaridad impropia y como mucho sirven tan solo para explicar las razones sociales o materiales por las que el Tribunal Supremo aplica en estos casos la solidaridad, pero no las razones jurídicas.

Hay, no obstante, algunas sentencias que entran en mayor detalle, y de ellas pueden extraerse tres posibles explicaciones de por qué la solidaridad impropia es impropia:

³³ Joaquín Ataz López, “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Cáceres, 16 de noviembre de 2006. VI Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Disponible en:

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>

³⁴ “Véanse las STS de 8 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2669], 28 de enero de 1989 [RJ 1989, 156], 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1215], 7 de junio de 1989 [RJ 1989, 4347], 19 de junio de 1989 [RJ 1989, 4697], 5 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7472], 26 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9142], 1 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1998], 1 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2371], 13 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1564], 3 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9703], 12 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9889], 15 de julio de 2000 [RJ 2000, 6885], 23 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9197], 27 de junio de 2001 [RJ 2001, 5087], 15 de febrero de 2002 [RJ 2002, 1449], 7 de marzo de 2002 [RJ 2002, 4145], 12 de abril de 2002 [RJ 2002, 2607], 18 de julio de 2002 [RJ 2002, 6257], 29 de mayo de 2003 [RJ 2003, 5216], 24 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6204], 2 de febrero de 2004 [RJ 2004, 446], 24 de mayo de 2004 [RJ 2004, 4033], 18 de mayo de 2005 [RJ 2005, 5718]”. (Cita Textual de la referencia del propio trabajo de Joaquín Ataz López)

a. La solidaridad impropia lo es por no proceder de pacto ni de ley.

Esta primera afirmación es la más extendida: nos encontramos ante una solidaridad que no se deriva de pacto (expreso o implícito) ni de norma legal, frente a la solidaridad propia que nace de alguna de dichas fuentes.

Sentencias en esta línea hay varias; sobre todo a partir de 1995, y así podemos citar las de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9146], 7 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9911], 17 de junio de 2002 [RJ 2002, 5223], 21 de octubre de 2002 [RJ 2002, 8770], 14 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3645], 5 de junio de 2003 [RJ 2003, 4124], 10 de febrero de 2004 [RJ 2004, 457], 24 de mayo de 2004 [RJ 2004, 4033], 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 416], 27 de junio de 200629, etc.

(...)

Pocas veces podremos ver una admisión tan clara, por parte del Tribunal Supremo, de que nos encontramos ante una verdadera interpretación correctora de la norma del artículo 1137, puesto que se está admitiendo que la solidaridad impropia lo es porque no se deriva ni siquiera de una interpretación de la ley, sino que se trata de una solidaridad ordenada por los tribunales. Y así no es de extrañar que, por ejemplo, la sentencia de 10 de febrero de 2004 [RJ 2004, 457] hable de una solidaridad “impropia o extra lege”, fuera de la ley; o que, yendo aún más lejos, la sentencia de 28 de abril de 1998 [RJ 1998, 2984] señale que los artículos 1137 y 1138 “son preceptos de las obligaciones no necesariamente aplicables a la solidaridad impropia, de creación jurisprudencial”.

Aunque no cabe suponer que todas las sentencias de esta línea, al afirmar que la solidaridad impropia lo es por no estar establecida por pacto o por ley, estén afirmando que la solidaridad deducible de la ley por vía interpretativa no es solidaridad impropia. Véase por ejemplo la STS de 17 de junio de 2002 [RJ 2002, 5223], en la que se afirma que la solidaridad propia es la que responde plenamente al artículo 1137, es decir, ha sido establecida por ley o por pacto, mientras que la solidaridad impropia o tácita, ha sido establecida con criterios doctrinales y jurisprudenciales, y se deriva de la naturaleza de la obligación.

(...)

6.1- La potencial responsabilidad solidaria impropia en el ordenamiento jurídico venezolano

Como inicialmente se señalara en este capítulo, nuestra legislación patria en materia de obligaciones solidarias como lo es el hoy artículo 1.223 del Código Civil de 1.982 y cuyos antecedentes tanto en su redacción como su contenido se remontan al Código de 1.862, estableciendo que la solidaridad deberá establecerse bien por ley o por pacto expreso.

Ahora bien, siendo que dicha norma es abiertamente preconstitucional, e inspiándonos en el antecedente de la creación jurisprudencial española de la solidaridad impropia que resultó de la lectura del artículo 1.137 del Código Civil español que se identifica y corresponde con el enunciado patrio, es del todo evidente que con la entra-

da en vigencia de un nuevo texto constitucional como el de 1.999 y el desarrollo normativo subsiguiente con el reconocimiento de eminente orden público de determinadas actividades y relaciones jurídicas, ante esa especial naturaleza jurídica, bien puede resultar que en el contexto venezolano se reconozca igualmente tal solidaridad impropia que salvo las particularidades puntuales de la realidad social y jurídica venezolana, no sea de una manera no muy distinta de la analizada del caso español.

En ese mismo sentido, bien vale la pena observar como el texto constitucional venezolano desde su preámbulo hace referencia a múltiples materias de estricto orden público en los que pudiera verse afectado el régimen de responsabilidad, tal podría ser el caso de la protección ambiental, pero también extensible a otras materias como lo es la de seguros, esencial naturaleza que podemos observarla en la propia exposición de motivos del Decreto del año 2001 y ampliamente desarrollada por la doctrina en el país y entre los trabajos que podemos destacar se encuentra “El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro” de Carlos Eduardo Acedo Sucre³⁵, quien en un minucioso trabajo sobre el Decreto no duda en modo alguno en asegurar ese eminente orden público del contrato de seguro a diferencia de su lectura a la luz de los enunciados del articulado del Código de Comercio, por lo que ante tal especial naturaleza, no le estaría dado a las partes fijar condiciones distintas y menos aún desfavorables al tomador, asegurado o beneficiario del seguro que las previstas en el Decreto, en modo especial en lo relativo a la “caducidad” o la “prescripción” de los derechos y acciones derivados de la relación contractual, que como ya desarrollásemos supra, son institutos absolutamente excluyentes y que el Decreto, la Providencia tantas veces aludidos y en el contrato de adhesión indebidamente en sus enunciados pretenden presentar como concurrentes.

Así las cosas, y ante la existencia de casos de contratos de seguros en los que se prevean riesgos asegurados íntimamente relacionados con materias de orden público como lo son entre otras aquellas de protección medio ambiental, en atención a la casuística que pueda presentarse y la manera en que las aseguradoras hayan atendido las reclamaciones en caso de haber siniestros, pudieran responder por esta solidaridad impropia hasta por el monto de la cobertura contratada sin que puedan oponer la caducidad, la cual decaería ante el inminente orden público y especialmente si se verificase alguna actuación maliciosa, instituto de la caducidad que debemos recordar no es de creación legal sino doctrinal y que en el caso de Venezuela es preconstitucional, por lo que no sería de extrañar que pueda el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, al igual como se observase que hiciera el español en caso de llegar a conocer alguna

³⁵ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro”. Disponible en: <http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/Acedo/S-0497.pdf>

causa en la que se plantee la situación de una indemnización de seguro relacionado con materias de orden público, crear jurisprudencialmente y establecer responsabilidades por solidaridad impropia.

7.- Entre la autonomía de la voluntad contractual y la imperatividad de la norma. La interpretación pro asegurado y la prevalencia de condiciones favorables al asegurado en materia de caducidad

No son en modo alguno desconocidas las tensiones en el foro jurídico que pueden generarse entre la postura de que la voluntad de las partes en materia contractual ha de prevalecer sobre lo dispuesto expresamente en la ley, cuyo contenido en todos caso ha de tenerse como supletorio en caso de que las partes nada hayan dispuesto sobre determinados aspectos, ello frente a la concepción eminentemente imperativa de la legislación y que contrariamente a lo anterior considera la voluntad declarada por las partes en acuerdos contractuales como supletoria de los mandatos que estarían contenidos en las leyes, temas y tensiones que se exacerban mucho más en materias de orden público, concepto que si bien sobre el mismo podemos hacer precisiones respecto de su abuso al pretender que todo es orden público y nada escaparía del control del estado a través de la legislación, especialmente en estados con poca institucionalidad jurídica y democrática.

Sin lugar a duda la materia de seguros tiene gran importancia, aunque también podamos afirmar que no por ello en su totalidad deba considerarse que es de orden público y no puedan las partes fijar particulares condiciones de la relación contractual. No desconocemos que la materia de seguros ha devenido al igual que la de bancos e instituciones financieras en una de las más reguladas, justificando muchas veces las autoridades tales intervenciones ante actuaciones abusivas y maliciosas de estos agentes económicos, lo que bien pudiera ser cierto en determinados casos, debemos ser muy celosos en permitir la abusiva invasión por parte de las autoridades en aspectos que les están vedados.

Sobre este aspecto bien cabe señalar lo desarrollado por el artículo “Caducidad Legal y Contractual en el Procedimiento Civil Venezolano” publicado por Hernando H. Barboza Russián en la revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta que se expresa en los siguientes términos³⁶:

³⁶ Barboza Russian, Hernando H. Caducidad legal y contractual en el procedimiento civil venezolano. Cuestiones Jurídicas [en línea]. 2007, I (1), 22-57. ISSN: 1856-6073.
Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127521062002>

No obstante, debe sostenerse que los criterios expuestos en el punto anterior y destinados a mantener la constitucionalidad de la caducidad legal, se hacen insuficientes al analizar la caducidad convencional, toda vez como se ha expuesto, el ejercicio del derecho de acción entendido como derecho a la jurisdicción, podrá ser limitado únicamente por una regulación constitucional o legal y, siempre que ésta última no modifique el sentido y alcance del derecho concedido por mandato constitucional; por lo que, tal regulación bajo ningún concepto puede ser establecida por vía contractual; tal convención (la que establece la caducidad convencional) es nula de pleno derecho, por cuanto no le es dado a las partes limitar derechos fundamentales como lo son los derechos humanos.

Debe decirse que incluso la propia doctrina que reconoce la caducidad convencional, está convencida de que es utilizada comúnmente para imponer conductas de muy difícil cumplimiento, por lo general estas cláusulas comúnmente aparecen en los contratos denominados de adhesión.

Muy especialmente en los casos de los contratos de seguros, que es donde aún la Sala Civil pretende mantener con vida este postulado (vigencia de la caducidad contractual), no soporta una revisión constitucional. Debe decirse que la ley que regula el contrato de seguro vigente es clara al sostener que las disposiciones del contrato de seguro se aplicarán de manera supletoria cuando no se trate de normas de carácter imperativo ó cuando la ley no tenga regulación legislativa al respecto. La caducidad de estas relaciones contractuales está establecida en la ley y, conforme lo hemos expresado la caducidad legal en el derecho venezolano es de orden público, razón por la cual no es posible pretender modificar el término de caducidad previsto en la ley en perjuicio del asegurado, tomador o beneficiario por una convención contractual (además de adhesión). Tal argumentación, en el caso concreto se basa en dos razones, la primera es que este asunto está expresamente regulado por la ley y, la segunda, es que se trata de normas de carácter imperativo.

Ello sin mencionar que la referida ley establece que los contratos de seguro no pueden tener cláusulas abusivas y que cuando se trate de caducidad ésta tendrá interpretación restrictiva, salvo que la extensiva sea más favorable al asegurado.

Lo que se quiere transmitir es que si bien las partes poseen la conocida autonomía de la voluntad, no menos cierto es que ésta autonomía no es absoluta; por el contrario, ésta encuentra sus límites en las nociones de orden público y en las buenas costumbres cuyos mandatos normativos presentes en el orden jurídico como exigencias de valor:

En el caso específico del contrato de seguros, existen enunciados tanto en el Decreto como en la Providencia tantas veces aludidos -más allá de las precisiones sobre su constitucionalidad- que de manera expresa remarcan la imperatividad de las normas en dicha materia e irrenunciabilidad de derechos, lo que no dejaría otra interpretación de que la voluntad de las partes en el contrato sería no más que de mera aplicación supletoria en todo aquello que la “ley” no desarrolle, lo que en casos especiales, y en particular respecto de la caducidad se han dispuesto normas precisas sobre la interpretación a favor del asegurado.

Nuevamente observamos de ambos textos:

En el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro:

Carácter imperativo

Artículo 2°. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto Ley son de carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el tomador, el asegurado o el beneficiario.

Principios de Interpretación

Artículo 4°. Cuando sea necesario interpretar el contrato de seguro se utilizarán los principios siguientes:

(...)

4. Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, del asegurado o del beneficiario.

5. Las cláusulas que importe la caducidad de derechos del tomador, del asegurado o del beneficiario, deben ser de interpretación restrictiva, a menos que la interpretación extensiva beneficie al tomador, al asegurado o al beneficiario.

En la Providencia N° FSAA-9-00-661:

Principios de Interpretación

Artículo 4°. Cuando sea necesario interpretar los contratos a que se refieren estas Normas, se utilizarán los principios siguientes:

(...)

4. Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado.

5. Las cláusulas que importe la caducidad de derechos del tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado deben ser de interpretación restrictiva, a menos que la interpretación los beneficie.

Carácter irrenunciable de los derechos

Artículos 2. Los Derechos de los tomadores, asegurados, contratantes, beneficiarios y usuarios o afiliados son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique su renuncia, disminución o menoscabo.

En caso de duda se aplicarán las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el tomador, asegurado, contratante beneficiario y usuario o afiliado.

Meridianamente puede inferirse, dejando a un lado las precisiones sobre la indebida concurrencia de los institutos extintivos de la caducidad y la prescripción y la constitucionalidad de los textos que la prevén, que en materia de caducidad no puede contractualmente fijarse un lapso de caducidad inferiores al previstos en los enunciados de los artículos 55 y 57 del decreto y la providencia tantas veces referidos, pero sí, aunque en el foro sea difícil encontrar, que puedan las partes en el contrato de seguro establecer un lapso de caducidad más favorable que el previsto en dichos enunciados, todo ello en virtud del principio de interpretación pro asegurado en ese aspecto específico de la caducidad (artículo 4.5 tanto del decreto como de la providencia), además de la prevalencia de las normas contenidas en cláusulas contractuales que resulten más

favorables que las previstas en disposiciones legales, las cuales son extensivas a toda la relación contractual, pero más aún procedentes si tales se identifican con el principio pro actione y los derechos constitucionales al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y el derecho en casos como el que de seguidas se ahondará .

8.- La caducidad y su cómputo. La notificación del rechazo. Interpretación y aplicación pro actione y pro asegurado

Observamos de los enunciados tanto del decreto como de la providencia que el inicio del lapso de caducidad se contará desde la notificación que debe hacer el asegurador al tomador o asegurado de rechazo de indemnización, enunciados de los artículos 55 y 57 transcritos supra, artículos cuya interpretación ha de ser restrictiva en cuanto al rechazo del pago de las indemnizaciones y extensiva en lo favorable al asegurado tomador, lo que se identifica plenamente con la obligación principal del contrato de seguro que es el cumplimiento mediante el pago de la indemnización lo que así se desprende además de naturaleza propia del contrato de los artículos 38 y 42 de Decreto y la Providencia respectivamente³⁷.

Lo primero que destacamos de los artículos precedentes es que el inicio del lapso caducidad no depende de un hecho jurídico ajeno a la actuación de las partes del contrato de seguro como pudiera ser la ocurrencia del siniestro como se refiere respecto de la prescripción sino que dependerá de la actuación de las partes, en este caso, inequívocamente de actos jurídicos relativos a al rechazo del siniestro cuya notificación deberá efectuar la aseguradora conforme las normas que sean aplicables para su validez e inicie el lapso de caducidad .

Ya que nos estamos refiriendo a las comunicaciones que han de intercambiarse las partes, de gran importancia nos resulta resaltar en artículo 51 de la Providencia N° FSAA-9-00-661 que reza:

Efecto de las notificaciones al intermediario

Artículo 51. Las comunicaciones relacionadas con la tramitación de siniestros que sean entregadas al intermediario de la actividad aseguradora producen el mismo efecto que si hubiesen sido entregadas a la otra parte, salvo estipulación en contrario.

³⁷ Concepto de indemnización

Artículo 38. A los efectos de este Decreto Ley se entiende por indemnización la suma que debe pagar la empresa de seguros en caso de que ocurra el siniestro y la prestación a la que está obligada en los casos de seguros de vida.

Definición de indemnización

Artículo 42. Es la suma que debe pagar la empresa de seguros o la asociación que realiza actividad aseguradora caso de que ocurra un siniestro así como la prestación a la que está obligada en los casos de seguros de vida.

El intermediario de la actividad aseguradora será administrativa y civilmente responsable en caso de que no haya entregado la correspondencia a su destinatario en un lapso de cinco (5) días hábiles, contados a partir de su recepción.

Nos interesa sobre este texto hacer algunas precisiones toda vez que refiriéndonos como estamos sobre la caducidad, en caso de que alguna aseguradora considere que el rechazo de un siniestro se notificó mediante comunicación enviada al intermediario, la validez o no de tal notificación y sus efectos dependerán tanto de la naturaleza de ese enunciado como de sus efectos, a los que puede además agregarse otros elementos como se verá.

Lo primero que ha de referirse es que los intermediarios no son parte de la relación contractual de seguro, más allá de que su participación *sui generis* en su formación y seguimiento resulte en una actividad que le reporte alguna contraprestación, por lo que en atención al principio de relatividad de los contratos, no pueden beneficiarse ni perjudicarse, cabría preguntarse si la naturaleza de dicha intermediación sería un mandato y si éste sería con representación o no, para luego analizar si se ejerce en nombre de la aseguradora, el asegurado, el tomador o el beneficiario, o ambos, para finalmente detenernos a analizar si de esa representación o condición *sui generis* puede resultar esa responsabilidad administrativa y civil, que además estaría siendo creada por un acto de rango sublegal como lo es la conocida Providencia N° FSAA-9-00-661 atentando contra el principio de legalidad, además con usurpación de funciones, acto que a todas luces resultaría absolutamente nulo, pero este no es el tema que desarrollaremos.

Otro aspecto a tomar en consideración en nuestras reflexiones es el carácter y naturaleza de esa notificación que deberá hacer el asegurador al tomador o asegurado del rechazo y del cual se iniciaría el lapso de caducidad y encontramos que siendo esa obligación del asegurador derivada de una relación contractual bilateral como lo es el contrato de seguro, estamos en presencia de un acto jurídico recepticio del que para que se perfeccione es menester la inequívoca manifestación voluntad de acusar la recepción del acto por parte del destinatario, este es el asegurado o tomador.

Habiendo efectuado los llamamientos anteriores, ante la presencia de un caso hipotético de una reclamación judicial de la que quisiéramos saber si fue presentada antes de que operara la caducidad, si bien de la lectura de los enunciados anteriores pudiera parecer que no existe mayores dificultades en su interpretación, alcance y aplicación, advertimos que una apreciación simplista pudiera dar lugar a situaciones en las que se vería gravemente afectado el legítimo derecho de reclamación por indemnización contrariando no solo el espíritu del contrato de seguro y el ordenamiento que lo rige, sino el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, veámoslo con un ejemplo y en el que se incluyan además elementos tratados en secciones anteriores y otros comunes en la práctica forense en materia de seguros en Venezuela.

Ocurre un siniestro, digamos un incendio, y el asegurado tomador reclama directamente a la aseguradora quien mediante correo electrónico enviado al intermediario de seguro rechaza la reclamación, transcurridos efectivamente los doce (12) meses, el año, desde el envío del correo de la aseguradora al asegurado, el asegurado interpone una acción judicial a la que la aseguradora demandada opone como defensa la caducidad de la acción alegando que envió dicho correo al intermediario hacía más de un año, y nos preguntamos ¿efectivamente ha operado la caducidad como al parecer disponen esos enunciados? Si atendemos a una lectura simplista que carezca de profundidades de la naturaleza y carácter de los distintos elementos propios de los institutos jurídicos y sobre la caducidad en materia de seguros como se está abordando aquí hoy seguramente se responderá que en efecto habría ocurrido la caducidad y debe desecharse la demanda.

Ahora bien ante esa lectura y posición, y si nos preguntamos ¿Cómo debe hacerse esa notificación y a quién? ¿Al asegurado, tomador o bastará al intermediario? ¿Podrá hacerse verbalmente? ¿Telegrama o correo electrónico? ¿Por Instagram, WhatsApp, Twitter o alguna otra red social? ¿Por cartel publicado en la prensa? ¿No hará falta alguna otra actuación para su validez? ¿Cómo queda el carácter recepticio de esa notificación?

Es ante interrogantes como estas que el jurista no puede conformarse con la simple y limitada lectura de un enunciado de manera aislada y en el caso específico del contrato de seguro y más preciso aún relacionado con la caducidad de la acción, además de las normas que se extraen de los enunciados legales, al margen de las consideraciones sobre la constitucionalidad de los textos estudiados, deberá acudir al propio contrato que como vimos y así remite la norma y la naturaleza de la relación los enunciados y clausulado según sea el caso deberá siempre ser interpretado a favor del asegurado y más aún en materia de caducidad.

Para ilustrar un poco más nuestro ejemplo acudamos a la redacción disponible en línea de diversos contratos de seguro en el foro venezolano cuya redacción en lo atinente a los rechazos de los reclamos y la forma de efectuar las notificaciones no son muy distintas, veamos:

De Seguros Horizonte.

Póliza de seguro de dinero y valores.³⁸

³⁸ Disponible en: <http://www.seguroshorizonte.com/wp-content/uploads/2018/Condicionados/Patrimoniales/DINERO-VALORES.pdf>

Cláusula 12. RECHAZO DEL SINIESTRO:

La Empresa de Seguros deberá notificar por escrito a los Beneficiarios dentro del plazo señalado en la Cláusula anterior, las causas de hecho y de derecho que a su juicio justifican el rechazo total o parcial de la indemnización exigida.

Cláusula 19. AVISOS:

Todo aviso o comunicación que una parte deba dar a la otra respecto a la Póliza deberá hacerse mediante comunicación escrita o telegrama, con acuse de recibo, dirigido al domicilio principal o sucursal de la Empresa de Seguros o a la dirección del Tomador o del Asegurado que conste en la Póliza, según sea el caso.

De Seguros Caracas.

Póliza de seguro de hogar.³⁹

CLÁUSULA 11: RECHAZO DEL SINIESTRO

El Asegurador deberá notificar por escrito al Tomador, al Asegurado o al Beneficiario, en el plazo señalado en la Cláusula anterior, las causas de hecho y de derecho que a su juicio justifiquen el rechazo, total o parcial, de la indemnización exigida.

CLÁUSULA 21: AVISOS

Todo aviso o comunicación que una parte deba dar a la otra respecto a este Contrato se efectuará con Acuse de Recibo, mediante comunicación escrita o telegrama dirigido a la dirección del Tomador o del Asegurado que conste en el Contrato, según corresponda, o al domicilio principal o sucursal del Asegurador, o a través de los medios electrónicos acordados por las partes.

Las comunicaciones relacionadas con la tramitación de siniestros que sean entregadas al Intermediario de la Actividad Aseguradora producen el mismo efecto que si hubiesen sido entregadas a la otra parte, salvo estipulación en contrario.

De Provincial RE.

Póliza de seguro de embarcaciones de recreo. (Casco, responsabilidad civil y accidentes personales)⁴⁰

Cláusula 11.- RECHAZO DEL SINIESTRO

La Empresa de Seguros deberá notificar por escrito a los Beneficiarios dentro del plazo señalado en la Cláusula anterior, las causas de hecho y de derecho que a su juicio justifican el rechazo total o parcial de la indemnización exigida.

Cláusula 18.- AVISOS

Todo aviso o comunicación que una parte deba dar a la otra respecto a la Póliza deberá hacerse mediante comunicación escrita o telegrama, con acuse de recibo, dirigido al domicilio principal o sucursal de la Empresa de Seguros o a la dirección del Tomador o del Asegurado que conste en la Póliza, según sea el caso.

³⁹ Disponible en: <https://www.seguroscaracas.com/portal/Archivos/Patrimoniales/Condicionado%20Hogar.pdf>

⁴⁰ Disponible en : http://www.provincialre.com/pdf/documentos_embarcaciones/poliza_embarcaciones_recreo.pdf

De Estar Seguros.

Póliza de seguro de salud individual⁴¹

CLÁUSULA 11. RECHAZO DEL SINIESTRO

Cuando la indemnización no proceda de acuerdo a lo estipulado en las Condiciones Generales, Particulares y Anexos de esta Póliza, LA EMPRESA DE SEGUROS deberá notificar por escrito al ASEGURADO TITULAR o al BENEFICIARIO en caso de fallecimiento de aquél, las causas de hecho y de derecho que a su juicio justifiquen el rechazo total o parcial del SINIESTRO, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes, contados a partir de la fecha de recibir LA EMPRESA DE SEGUROS el último recaudo solicitado.

CLÁUSULA 22. AVISOS

Todo aviso o comunicación que una parte deba dar a la otra, respecto de la Póliza, deberá hacerse mediante comunicación escrita o mediante telegrama con acuse de recibo, dirigido al domicilio principal o sucursal de LA EMPRESA DE SEGUROS o a la dirección del TOMADOR o del ASEGURADO TITULAR que conste en el CUADRO RECIBO DE LA PÓLIZA, según sea el caso.

Siendo que la obligación principal y esencial de la aseguradora es la del pago de la indemnización en caso de ocurrencia del siniestro, siendo excepcional y en consecuencia de interpretación restrictiva las normas legales o convencionales que prevean el no pago de la indemnización, extensibles a las de las notificaciones que deba efectuar la aseguradora, que para ésta son una obligación y para los asegurados tomadores, son un derecho garantizados tanto por la ley como por las condiciones contractuales esta deberán ser interpretadas a su favor.

Como se lee de absolutamente todas las cláusulas de contrato de seguro que se transcribieron y que sirven para nuestro ejercicio de ilustración, respecto de las notificaciones de rechazo de siniestro, se observa en su redacción la voz imperativa e cuanto a que las aseguradoras “deberán” efectuar tales y no de otra forma que como así establece el propio clausulado sobre los “avisos”, es decir que sea por escrito y “*con acuse de recibo*”, debiendo además hacerse a las personas que hayan de acusar ese recibo, es decir las partes y no el intermediario, o por lo menos no así en aquellos caso en que la póliza indique que sea a las partes y nada dicha del intermediario, pero en todo caso éste jamás podrá acusar recibo en nombre del asegurado o tomador.

Es de destacar que respecto de la notificación del rechazo que es la situación contraria y excepcional a la obligación esencial y principal del contrato como lo es el pago de la indemnización correspondiente, al tomador o asegurado le corresponde el derecho de que le sea practicada la notificación, no estamos ante algo menor, en especial ante los efectos que esa notificación conlleva y la naturaleza jurídica de la declaración

⁴¹ Disponible en: http://www.estarseguros.com/estarseguros/sites/default/files/descargas/condicionados_salud.pdf

contenido en la misma en cuanto a que es de carácter recepticio, por lo que de no ser efectuada en estricto cumplimiento de los requisitos establecidos para su práctica, que son de interpretación restrictiva para el asegurador, carecería de toda eficacia jurídica, mal pudiendo generar efecto alguno, menos aún aquellos extintivos de la acción o de cualquier derecho.

Especial atención ha de prestarse en lo relativo al requisito y obligación de que tales notificaciones que como acto recepticio que son deban hacerse “con acuse de recibo” y es que deberá para que se perfeccione el acto jurídico de notificación contar con esa manifestación expresa de haber recibido el destinatario, el asegurado o tomador, la notificación y con ello las consecuencias jurídicas, en este caso el inicio del lapso de caducidad, ya que caso contrario, de simplemente enviar o remitir la comunicación al asegurado será solo eso, la mera remisión sin efecto alguno.

Define el Diccionario de la Real Academia Española e indica que se entiende por “acuse”⁴²:

Acuse

1. m. Acción y efecto de acusar (ll avisar el recibo de cartas). (...)

A su vez, la definición de “acusar”⁴³ es:

Acusar

Del lat. *accusāre*.

(Omissis)

6. tr. Avisar, noticiar el recibo de cartas, oficios, etc. (...)

No existiendo otra acepción sobre lo que ha de entenderse como acuse como acción y efecto de avisar la recepción de alguna carta o comunicación, no existe tampoco duda alguna ni otra forma distinta de interpretar que la imposición de que deban las comunicaciones ser “con acuse de recibo”, esa acción de acusar recibo le corresponde es al receptor y destinatario de la comunicación y no así del remitente de simplemente elaborar y remitir el aviso o misiva, lo que tampoco puede hacer por cualquier medio si se ha especificado alguno específico, menos aún pretender entenderse que pueda el remitente sustituirse en la voluntad del destinatario imponiendo otras maneras de hacer constar el recibo que ha de hacerse mediante la acción de acuse de recibo.

⁴² <https://dle.rae.es/acuse?m=form>

⁴³ <https://dle.rae.es/acusar>

Sobre la esencial condición de que estas notificaciones sean efectuadas con acuse de recibo mediante correos electrónicos sin el cual no se perfecciona careciendo de validez y efecto alguno, encontramos de gran importancia en el derecho comparado el caso del Código de Comercio de la República del Ecuador, que ante supuestos de indicarse que deben ser de tal forma, es decir con acuse de recibo, hasta no contar con el mismo no se considerará efectuada la notificación.

Reza el Código de Comercio ecuatoriano⁴⁴:

Art. 244.- Cuando no se haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado.

Art. 245.- Cuando se haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, quien envía el mensaje: a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable, no menor de 24 horas, para su recepción; y, b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso anterior, podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.

En Venezuela no existe como en Ecuador norma de rango legal sobre el contrato de seguro sobre el tratamiento de las notificaciones electrónicas como de ningún otro tipo con acuse de recibo, debiendo el asegurado o tomador en casos en que se haya suscrito un contrato de seguro con un clausulado como el que se refiriera en el que se prevé este esencial proceder, una vez recibida la notificación que haya cumplido todos los requisitos legal y convencionalmente acordados dirigir comunicación dando aviso de su recepción sin lo cual no iniciará el transcurso de la caducidad y menos aún su procedencia como defensa opuesta ante la reclamación que pueda hacer algún tomador o asegurado.

Sobre los requisitos que deben cumplirse en materia de avisos y comunicaciones debe insistirse que ello no es cosa menor, ya que estando ante actos y declaraciones recepticias sin las cuales los actos carecen de eficacia jurídica, en modo alguno puede considerarse tácitamente cumplidos o subsanados, menos aún relajarse mediante interpretaciones contrarias al principio expresamente previsto en la normativa especial sobre el contrato de seguro a favor del tomador, del asegurado o beneficiario.

⁴⁴ Disponible en: https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/lotaip/a2/2019/JUNIO/C%C3%B3digo_de_Comercio.pdf

CONCLUSIONES

La caducidad en el contrato de seguro no debe ser concebida y aplicada al margen y en contravención de derechos de rango constitucional como el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, todo lo cual se refuerza con enunciados en textos normativos que expresamente disponen que su interpretación deberá ser a favor del asegurado, lo que plenamente se identifica con la naturaleza de tan importante contrato como lo es la obligación principal de indemnización frente al rechazo del reclamo, que siendo excepcional resulta restrictiva su ocurrencia.

En el caso venezolano, a pesar de las consideraciones sobre la constitucionalidad o no de los textos con pretendido contenido normativo, el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro del año 2001 y la Providencia N° FSAA-9-00-661 contentiva de las “Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora” dictada por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora del año 2016, indebidamente se establecen de forma concurrente dos medios extintivos de derechos, la caducidad y la prescripción, lo que deviene en una grave afectación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ello ante la subsistencia de algún derecho no prescrito pero que a la vez no pueda ser exigida judicialmente su satisfacción al considerarse que ha operado la caducidad. Se observó como en el derecho comparado, a pesar de que la concepción de la institución de la caducidad puede variar, sobre el derecho de indemnización se establecen que operan como medios extintivos la caducidad o la prescripción, pero jamás ambas, ya que resulta del todo excluyente que operen respecto de un mismo hecho jurídicos como lo es el siniestro del que nace la obligación de indemnizar.

En derecho comparado, específicamente en España, se observa que en materias de eminente orden público como bien serían los casos de riesgo al medio ambiente, pudiera exigírsele a las aseguradoras la responsabilidad por “solidaridad impropia”, figura de gran interés que invita a mayor investigación, en especial respecto de la argumentación utilizada para su creación, así como de su carácter a todo evento excepcional frente a que solo puede existir solidaridad por disposición de la ley, solidaridad impropia que en cuanto a su creación, interpretación y aplicación resultaría de interpretación restrictiva.

En materia de notificación de rechazo de reclamaciones desde las que se computaría el lapso de caducidad, visto el carácter recepticio de ese acto jurídico, su validez y en consecuencia el inicio del transcurso de lapso se ha de efectuar desde el acuse de recibo por parte del asegurado. Se destaca que de existir discrepancias entre la determinación de la oportunidad de la que se haya iniciado el lapso de caducidad o de si la misma ha transcurrido, deberá examinarse además del contenido y alcance de la legislación especial en materia de seguros, así como las condiciones establecidas en la póliza, cuadro de póliza e instrumentos adicionales sobre la forma en que han de realizarse,

el medio para hacerlas, en la persona de quién y si se confirma la naturaleza recepticia del acto indicándose que deban hacerse con acuse de recibo, como así consta de los diferentes ejemplares acompañados, condiciones estas que deberán siempre interpretarse a favor del asegurado. Debe mencionarse que en Venezuela no existe tratamiento de rango legal sobre las notificaciones por correo electrónico en materia de seguros específicas sobre el acuse de recibo como sí ocurre en el Código de Comercio de Ecuador que establece que se consideran no enviados esta clase de mensajes sin dicho acuse de recibo, ello como se ha referido en atención a su carácter recepticio.

En cuanto a la posibilidad de que las comunicaciones que se deban entre las partes sean enviadas al intermediario de seguros quien incurriría en responsabilidad administrativa y civil de no remitirlas a sus destinatarios dentro de los cinco días, se observa que el enunciado que establece esa responsabilidad es de rango sublegal por lo que mal puede crear tal por incurrir en usurpación de poder, asimismo, no siendo el intermediario parte de la relación contractual de seguro en atención al principio de relatividad de los contratos no puede beneficiarse ni perjudicarse más allá de las específicas obligaciones propias de la naturaleza de su intermediación en las que no le corresponde ser mandatario, con o sin representación de ninguna de las partes.

Toda vez que la caducidad en el contrato de seguro en los diferentes aspectos se relaciona íntimamente con el derecho constitucional al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en caso de conocer la justicia constitucional, principalmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sea por acción directa, desaplicación por control difuso, interpretación, amparo o revisión alguna causa en la que se discutan los temas referidos en este ensayo, constituirá una excelente oportunidad para definición de su alcance e interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Sucre, Carlos Eduardo, “El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro”. Disponible en: <http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/Acedo/S-0497.pdf>
- Ataz López, Joaquín, “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Cáceres, 16 de noviembre de 2006. VI Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>
- Barboza Russian, Hernando H. Caducidad legal y contractual en el procedimiento civil venezolano. *Cuestiones Jurídicas* [en línea]. 2007, I (1), 22-57. ISSN: 1856-6073. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127521062002>

- Hung, Roberto, “LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA A LA VENEZOLANA. Delegación legislativa y Emergencia. Vulneración de Derechos Humanos y la desconstitucionalización del Estado afectación de la seguridad jurídica” ponencia en el VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo homenaje al Prof. Carlos Ayala C. “Diálogo judicial y control de convencionalidad. Estados de excepción y DDHH, Derecho Administrativo y DDHH. Los poderes del juez constitucional y contencioso administrativo”. Universidad Monteávila. 10 y 11 de noviembre de 2016. Universidad Monteávila. ISBN 978-980-410-048-2. Caracas, Febrero 2017. Págs. 357 - 383.
- Lagos Villarreal, Osvaldo, “PARA UNA RECEPCIÓN CRÍTICA DE LA CADUCIDAD”. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4, 2005, pp. 81-105. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838857003>
- Lucena González, Pedro Antonio, “Contribución al estudio de la prescripción y la caducidad”. Tesis Doctoral en la Universidad Complutense de Madrid de mayo de 1883, reeditada y publicada en el año 2015.
- Proyecto de Justicia Mundial (World Justice Project) Rule of Law Index 2021. Disponible en: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf>
- Quiñones Gómez, Carlos Ernesto. Quiñones Gómez, María Marta, “La caducidad como causal para el no pago de la indemnización en el Contrato de Seguro”. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, ISSN 0121-8697, N°. 16, 2001, págs. 249-267. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=619140>
- Vidal Ramírez, Fernando, “Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad. Ponencia presentada en el Congreso Internacional del Derecho Civil “El Derecho Civil en el Perú hoy, propuestas y perspectivas de cambio”, Lima 2012. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i11.6>

La responsabilidad penal del abogado asesor tributario en Venezuela

Luis E. Queremel Franco*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-103-117

Resumen: Se presenta una referencia cronológica de la legislación venezolana en materia de responsabilidad penal del abogado cuando se desempeña como asesor tributario, con especial referencia a la innovación que conllevó la inclusión de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de la República de 1999. Se exponen los distintos supuestos en donde el abogado puede considerarse cómplice de un ilícito penal tributario, concluyéndose que solo se configurará cuando sea un “cómplice necesario”, es decir, que obre intencionalmente y de espaldas del ordenamiento jurídico nacional.

Palabras claves: Asesor Tributario. Responsabilidad Penal Tributaria. Cómplice Necesario.

The criminal responsibility of the tax advisor lawyer in Venezuela

Abstract: A chronological reference of the Venezuelan legislation on criminal liability of the attorney when he works as a tax advisor is presented, with special reference to the innovation that led to the inclusion of the Fifth Transitory Provision of the 1999 Constitution of the Republic. different assumptions in which the attorney can be considered an accomplice of an illegal tax criminal, concluding that it will only be configured when it is a “necessary accomplice”, that is, that it acts intentionally and behind the back of the national legal system.

Keywords: Tax Advisor. Necessary Acomplice. Criminal Tax Liability.

Recibido: 09/11/2021
Aprobado: 04/12/2021

* Abogado. Profesor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela.

La responsabilidad penal del abogado asesor tributario en Venezuela

Luis E. Queremel Franco*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-103-117

SUMARIO:

1. Antecedentes: 1.1. Período 1983 al 1999. 1.2. Período 1999 hasta el día de hoy. 2. El legislador tributario realmente cumplió con el mandato previsto en la nueva Constitución de la República del año 1999. 3. Cuándo un abogado asesor en materia fiscal es cómplice en la comisión de un ilícito penal tributario. 3.1. Precisiones preliminares: 3. 1.a. Código Penal. 3.1.b. Criterio jurisprudencial. 3.2. El abogado como cómplice de un ilícito penal tributario. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Antecedentes

1.1. Período 1983 al 1999

Hasta el año de 1983, no existía en Venezuela un cuerpo normativo único y robusto que atendiera la apremiante necesidad de una regulación adecuada que, metódicamente estableciera las relaciones entre el Estado y los contribuyentes y demás sujetos pasivos tributarios. Precisamente fue ese año en que entró en vigencia el primer Código Orgánico Tributario.

Con ocasión a esa entrada en vigencia de dicho Código, por primera vez el legislador venezolano estableció un régimen de la responsabilidad o régimen de la imputabilidad penal dentro del ámbito tributario, siguiendo para ello los criterios consignados en el Proyecto Venezolano de Código Tributario.¹

Resulta pertinente comentar que el mencionado Proyecto se apartó expresamente de la disposición contenida en el Modelo de Código Tributario OEA/BID para América Latina, específicamente su artículo 83, que establecía la responsabilidad de los profesionales en asesoría fiscal, en los siguientes términos:

* Abogado. Profesor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela.

¹ Proyecto Venezolano de Código Tributario 1977, presentado por iniciativa del Ejecutivo Nacional, al entonces Congreso de la República de Venezuela, el 20 de octubre de 1977.

“A los profesionales que participen en infracciones dolosas en cualquiera de las formas previstas en el artículo 82, además de las sanciones en él previstas, podrá aplicárseles la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el término de .

Se considerarán profesionales a los efectos de este artículo a los abogados, contadores, escribanos, notarios, agentes de aduana y demás personas que por su título, oficio o actividad habitual sean especialmente versadas en materia tributaria.”²

En tal sentido, el entonces novedoso artículo 78 del Código Orgánico Tributario de 1983³ establecía:

“Son responsables personalmente de las infracciones y delitos tributarios los autores, coautores, cómplices y encubridores.”

Esa disposición mantuvo una redacción exactamente igual cuando el Código Orgánico Tributario fue reformado, parcialmente, durante los años de 1992 y 1994⁴. Y así permaneció por un poco más de 7 años, hasta que entró en vigencia un nuevo Código en septiembre de 2001, con ocasión al mandato contenido en la Disposición Transitoria Quinta, - en especial su epígrafe 5° -, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999⁵, que a continuación citamos:

“En el término no mayor de un año, a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una reforma del Código Orgánico Tributario que establezca, entre otros aspectos:

Omissis...

“5. La ampliación de las penas contra asesores o asesoras, bufetes de abogadas o abogadas, auditores externos o auditoras externas y otros u otras profesionales que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios, incluyendo períodos de inhabilitación en el ejercicio de la profesión.”

Hasta antes de la entrada en vigencia el Código Orgánico Tributario de 2001, al referirse al sistema de imputabilidad fiscal y a quiénes eran los sujetos activos posibles de responsabilidad penal tributaria, el legislador tributario de 1994 señalaba únicamente a los autores, cómplices y encubridores (sin especificar su condición, es decir, si eran

² Consultado el 30 de agosto de 2021, en: https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/LegislacionTributaria/Codigo+Tributario_OEA-BID_Ultimo.pdf

³ Puede ser consultado en: <https://www.avdt.org.ve/download/aa-vv-seminario-sobre-el-codigo-organico-tributario-asociacion-venezolana-de-derecho-tributario-caracas-1983/>

⁴ En el Código de 1992 al artículo le correspondió el número 79. En el Código de 1994, nuevamente le correspondió el número 78. Puede ser consultado en: <https://asovedefi.tripod.com/cot.html>

⁵ Consultada el día 30 de agosto de 2021 en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

o no asesores tributarios del sujeto pasivo). Asimismo, ordenaba la aplicación idéntica de la sanción impuesta al autor principal de la infracción⁶, a los que tomaren parte en su ejecución (autores, coautores⁷); a los que prestaran auxilio o cooperación, indispensable para que dicha infracción se cometiera (inductores o instigadores⁸).

Por último, en cuanto a las penas a ser aplicadas a los autores, cómplices y encubridores, concretamente, respecto del ilícito de defraudación, el artículo 95 del Código Orgánico Tributario de 1994 establecía multa de dos a cinco veces el monto del tributo omitido, sin perjuicio de las sanciones previstas en el Código Penal.⁹

1.2. Período 1999 hasta el día de hoy

Si bien es cierto que, el Código del año 2001 y los sucesivos Códigos no volvieron a contener una disposición igual al *ex* –artículo 78 del Código Orgánico Tributario de 1983, éstos en esencia mantuvieron a los mismos sujetos que colaboraban en la comisión de ilícitos penales tributarios, es decir, a los coautores, cómplices y encubridores; aunque es correcto reconocer que, además, fueron un poco más específicos al hablar de “cooperadores”, “instigadores” y de aquellos sujetos que, luego de cometido el hecho, adquirieran, tuvieran en su poder, ocultaran, vendieran o colaboraran en la venta de bienes respecto de los cuales sabían o debían saber que se había cometido un delito.

⁶ Entendemos que el Código comete un error al hablar de “autor principal”, en el entendido que ningún otro autor (v.gr. “coautor”), es más responsable que otro, sino que todos ellos han realizado actos propios o típicos tendientes a la consecución y consumación del ilícito penal tributario de que se trate y por ello deben ser castigados de la misma forma y con igualdad de severidad.

⁷ Autor del delito: “Persona que comete el hecho delictivo por sí sola, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirve como instrumento.”

Coautor del delito: “Persona que realiza de forma conjunta y de mutuo acuerdo con otro u otros un hecho delictivo.”

Ambas definiciones tomadas del Diccionario Panhispánico del español jurídico, trabajado en conjunto por la Real Académica Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española y publicadas en: <https://dpej.rae.es/lema/autor-del-delito> y en <https://dpej.rae.es/lema/coautor-ra-del-delito>

⁸ Inductor: “Persona que determina directamente a otra a que ejecute un hecho delictivo. El inductor hace nacer en otro la voluntad delictiva que realiza el autor.”

Instigador: “Incitar, provocar o determinar a alguien para que haga algo, en particular si es negativo.”

Ambas definiciones tomadas del Diccionario Panhispánico del español jurídico, trabajado en conjunto por la Real Académica Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española y publicadas en: <https://dpej.rae.es/lema/instigar> y en <https://dpej.rae.es/lema/inductor-ra-del-delito>

⁹ Habida cuenta de esa mención tan genérica, los tipos delictivos afines a la defraudación tributaria previstos en el Código Penal vigente para la época, eran los establecidos en su Libro Segundo, Título X (De los Delitos contra la Propiedad), concretamente, en sus Capítulos III (P. ej. art. 464 / Estafa y otros fraudes) y IV (P. ej. arts. 468 y 470 / De la apropiación indebida), sancionados con penas de prisión que oscilaban entre tres meses hasta cinco años. Al respecto puede ser consultado el precitado Código en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0969.pdf>

Así, en efecto, tenemos los artículos 86, 87 y 88 del Código Orgánico Tributario de 2001 y los artículos 88, 126, 127 y 128 de los Códigos de los años 2014 y 2020¹⁰, respectivamente.

La verdadera novedad que trajo el Código del año 2001 versus a los que le antecederon es que, a través del párrafo único de su artículo 88, como también de su artículo 89, se establecieron disposiciones específicas respecto de los asesores/profesionales en temas tributarios. Así en efecto tenemos:

“PARÁGRAFO ÚNICO: No constituyen suministros de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios, las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos, en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos.”

“Artículo 89. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se les aplicará la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, por un término igual a la pena impuesta, a los profesionales y técnicos que con motivo del ejercicio de su profesión o actividad participen, apoyen, auxilien o cooperen en la comisión del ilícito de defraudación tributaria.”

El transcrito párrafo único mantuvo su misma redacción, - aunque varió en su nomenclatura -, en los Códigos de los años 2014 y 2020 (pasó a ser el párrafo único del artículo 128), a diferencia de lo que ocurrió con el artículo 89 cuya nomenclatura y contenido fue modificado en ambos Códigos, como lo apreciaremos a continuación:

“Artículo 130. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1 del artículo 128 de este Código, se le aplicará la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, por término de cinco (5) a diez (10) años, al profesional o técnico que con motivo del ejercicio de su profesión o actividad participe, apoye, auxilie o coopere en la comisión del ilícito penal tributario.”¹¹

¹⁰ En ambos Códigos, las disposiciones legales mantuvieron sus mismos números. El Código Orgánico Tributario del año 2020 no es un acto legislativo sancionado por el Poder Legislativo, sino por la Asamblea Constituyente que existió en Venezuela hasta el año 2020. Su nombre exacto es realmente “Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario”.

¹¹ En ambos Códigos, ambas disposiciones legales mantuvieron igual nomenclatura e identificación.

2. El legislador tributario realmente cumplió con el mandato previsto en la nueva Constitución de la República del año 1999

En nuestra opinión, mediante el Código de 2001 y, posteriormente, a través de las sucesivas reformas producidas en los años 2014 y 2020, podemos decir que, efectivamente, el legislador tributario dio debido cumplimiento al mandato establecido en la Disposición Transitoria Quinta, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999¹²; debido a que, entre otras cosas:

- i. Amplió las penas a ser impuestas a los asesores, bufetes de abogados, auditores externos y otros profesionales tributarios cuando éstos hubiesen actuado en complicidad con el o los autores – sujetos pasivos tributarios - que cometieron el o los ilícitos tributarios penales correspondientes,
- ii. Incrementó las penas y la severidad de las sanciones contra delitos tales como, defraudación y apropiación indebida calificada (referida a las retenciones o percepciones de impuestos realizadas y no enteradas);
- iii. Aumentó los lapsos de la prescripción para el ejercicio de la acción.
- iv. Revisó y ajustó las atenuantes y agravantes de las sanciones tributarias, haciéndolas más restrictivas.
- v. Incrementó la fórmula de cálculo para la determinación de los intereses moratorios por el pago no oportuno de obligaciones tributarias determinadas, buscando con ello disuadir y, por ende, disminuir la evasión fiscal; y, por último,
- vi. Extendió el principio de solidaridad con el objeto de que los directores y asesores de personas morales o naturales, respondan con sus bienes personales o propios en caso de confirmarse su participación en la comisión de delitos tributarios.

De una somera lectura de los Códigos Orgánicos Tributarios de los años 1994 y 2001, en especial, de manera concatenada, de los artículos que conforman ambos Títulos III (“Infracciones y Sanciones” y “De los Ilícitos Tributarios y de las Sanciones”, respectivamente); se podrá apreciar fácilmente la pertinencia de nuestra aseveración.¹³

¹² Consultada el día 30 de agosto de 2021 en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

¹³ El Código Orgánico Tributario del año 2001 puede ser consultado en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo5.pdf

A título ilustrativo, proponemos la lectura conjunta o comparada de los artículos 80, 87, 85, 93, 94, 95 y 102 del Código de 1994 y los artículos 87, 88, 89, 94, 95, 96, 115, 116, 117 y 118 del Código de 2001.

Por otra parte, el Código de 2014 y posteriormente el actual del año 2020, insistieron en hacer más gravosas algunas penas y sanciones, - P. ej. pasaron de 3 meses hasta 5 años de prisión, a no menos a 4 años y no más de 7 años de prisión -, tal y como los ilustran los artículos 119, 121 y 130.

(nomenclatura igual en ambos Códigos). Al respecto pueden consultarse el Código de 2014 en: http://declaraciones.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/01NOTICIAS/001IMAGENES/GACETAOFICIAL6152COT.pdf y el Código de 2020 en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2020/01/decreto-constituyente-mediante-el-cual.html>

3. Cuando un abogado asesor en materia fiscal es cómplice en la comisión de un ilícito penal tributario

Para saber cuándo un abogado asesor en materia fiscal, comete un ilícito penal tributario en su condición de cómplice del autor¹⁴, es menester precisar previamente qué debemos entender por complicidad a la luz del Código Penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

3.1. Precisiones preliminares:

3.1.a. Código Penal¹⁵.

Los artículos 83 y 84 del Código Penal¹⁶ regulan la concurrencia de varias personas en la comisión de un hecho punible y establecen las distintas modalidades de participación en el ilícito penal que corresponda.

Dichas disposiciones califican de igual forma el modo de participación de cada persona que concurra en la comisión del delito, categorizando los grados de participación en coautoría, cooperación inmediata, instigación, complicidad (denominada doctrinariamente no necesaria o secundaria) y complicidad necesaria (también denominada doctrinariamente primaria)¹⁷.

¹⁴ Es importante aclarar que, el artículo 84 del Código Orgánico Tributario de 2020, al igual que sus antecesores, establece que la responsabilidad por ilícitos tributarios es personal, salvo las excepciones contempladas en el mismo Código. Con ello se ratifica el principio general del derecho penal en cuanto al carácter personalísimo de la responsabilidad en esta materia.

¹⁵ Nuestra legislación penal vigente, al igual que las anteriores, adoptó el sistema que divide a los participantes en la perpetración de un hecho punible en dos aspectos o situaciones: la de los autores, perpetradores inmediatos y autores psicológicos y la de los cómplices, que a su vez se agrupa a los excitadores o instigadores, auxiliares y los encubridores.

¹⁶ “Artículo 83. Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado. En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho.

Artículo 84. Incurren en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

1. Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.

2. Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.

3. Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella. La disminución de pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, cuando sin su concurso no se hubiera realizado el hecho.

Artículo 85. Las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona del delincuente o que consistieren en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurren. Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o en el de su cooperación para perpetrar el delito.”

Texto extraído del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela n° 5768 del 13 de abril de 2005, consultado el 6 de septiembre de 2021 en: <http://escueladefiscales.mp.gob.ve/userfiles/file/Leyes/Codigo%20Penal.pdf>

¹⁷ Según el Diccionario del Español Jurídico, “cómplice” es: “Persona que auxilia al autor de un delito o falta mediante la ejecución de actos anteriores o simultáneos de carácter no esencial o necesario, y siempre que exista un acuerdo de voluntades entre el autor y ella.” Publicación conjunta de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial español. Editorial Planeta, p. 424, Barcelona, 2019

Por último, esas disposiciones regulan la pena a aplicar en cada uno de dichos supuestos, estableciendo de manera particular, en el caso de la complicidad necesaria, una prohibición de rebaja de pena para aquél quien sin su participación no se hubiese perpetrado el delito.

El coautor, de acuerdo a su regulación en el artículo 83 del Código Penal, es un autor, un perpetrador que realiza el hecho típico delictual conjuntamente con uno u otros autores, por ende, como todo autor, debe ejecutar la totalidad de la acción calificada como ilícita y causar o producir la lesión a los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el cómplice es el que participa en el hecho ilícito bajo cualquiera de los supuestos taxativamente dispuestos en el artículo 84 del Código Penal, tal como queda de relieve a continuación:

“Incurrir en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por la mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

1. Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.
2. Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.
3. Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella. La disminución de la pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, cuando sin su concurso no se hubiera realizado el hecho.”

Asimismo, el cómplice necesario será aquel que ejecuta las acciones antes descritas, pero aunado a la condición indispensable que, esa participación debe ser tan relevante que, “(...) sin su concurso no se hubiera realizado el hecho (...)”; por lo que su intervención debe ser determinante, tal como lo dispone, en su última parte, el artículo 84 del mencionado Código.

En consecuencia, tenemos que el elemento fáctico en la acción desplegada por los coautores de un delito, es decir, aquellos que conjuntamente y de mutuo acuerdo realizan el hecho, conforme a lo previsto en el artículo 83 del Código Penal, discurre de la conducta estipulada en el último aparte del numeral 3º del artículo 84 eiusdem, que contempla la figura del cómplice necesario.

3.1.b. Criterio jurisprudencial.

Respecto del articulado antes comentado, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado lo siguiente:

“(...) El Código Penal prevé de forma genérica la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible y establece en sus normas aquellas modalidades

de participación de varias personas con respecto a un hecho, mediante la coautoría, cooperación inmediata, complicidad y complicidad necesaria.

La doctrina especializada señala, que serán coautores de un delito los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho, refiriéndose de esta manera a lo indicado en el artículo 83 del Código Penal venezolano (...) Vale decir cuando varios sujetos participan de manera directa en un hecho punible.

El cooperador inmediato, concurre con los ejecutores del hecho, realizando los actos típicos esenciales constitutivos del delito. Mientras que en el artículo 84 del Código Penal, se regula el concurso de circunstancias que determinan al sujeto en atención a su participación en el hecho punible, lo cual da origen a la figura del cómplice y del cómplice necesario.

En el primero de ellos, se establece la complicidad en una forma accesoria en la comisión del delito, que a pesar de su participación indirecta en los hechos coadyuva en la perpetración del tipo penal. El legislador, contempla dentro de esta misma norma al partícipe necesario que incide de tal manera en la comisión del delito que sin su concurso no se hubiera realizado el hecho (...)»¹⁸

De manera específica, el criterio jurisprudencial citado menciona que existe la coautoría cuando varios sujetos deben participar de manera directa como ejecutores en el hecho punible, mientras que, en el caso de la complicidad necesaria prevista en el artículo 84 del Código Penal, la aportación del o los partícipes debe constituir un acto sin el cual el hecho no se habría efectuado, lo que supone necesariamente, un aporte esencial al hecho del autor, es decir, el cómplice necesario ejecuta un comportamiento suficientemente relevante como para que al faltar su aportación, el acto no se hubiera efectuado. El acuerdo entre todos esos sujetos puede ser antes o durante la ejecución del hecho, pues si es posterior, se está en presencia del tipo penal autónomo de encubrimiento.¹⁹

Por razones obvias, a continuación, profundizaremos en la figura del cómplice, precisando que éste en opinión del Tribunal Supremo de Justicia es:

¹⁸ Sentencia n° 479, del 26 de julio de 2005, consultada el 6 de septiembre de 2021 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/479-RC04-0426.HTM>

¹⁹ Dentro del término “perpetrador” se incluyen el autor individual, el coautor y el autor mediato. En el cooperador inmediato lo determinante es la inmediatez de su ayuda en la ejecución del hecho. El inductor es un partícipe y no un autor. Las formas de complicidad simple presuponen que ellas no concurren, espacial o temporalmente, con el hecho del autor. La figura del cómplice necesario implica aportes previos fundamentales para el hecho, que se usarán antes o durante la ejecución, sin que el sujeto que los aporta tenga el dominio del hecho, o se le pueda imputar el hecho como suyo.

“... quien favorece o facilita la ejecución del delito mediante una contribución con actos anteriores o simultáneos al mismo. Distingue la complicidad de otras formas de participación su menor entidad material en cuanto al aporte para la realización del hecho punible, de tal manera que la calificación de complicidad hace que la intervención se castigue con una pena inferior a la que merecen los autores del delito o los que se equiparan a éstos, entre ellos los cooperadores inmediatos.”²⁰

Conforme a la jurisprudencia, la participación de ese cómplice podrá ser calificada como “necesaria” o “no necesaria”. Será necesaria en la que “... puede apreciar[se] que la conducta del cómplice reviste especial importancia en orden a la realización del hecho, de manera tal que éste depende de su intervención, por lo que se puede concluir que el autor no habría realizado el hecho sin la conducta del cómplice.”²¹ Por el contrario, se calificará como no necesaria, cuando su colaboración no fue realmente determinante en la comisión del delito, dado que el autor podía haberle obtenida de otra persona o, incluso, con el uso de otros medios o instrumentos.²²

Es importante no confundir a ese cómplice con aquel que la jurisprudencia venezolana considera como el que produce un resultado típico junto con otro sujeto, sin el concierto o acuerdo previo, - es decir, aquellos casos en los que en el delito existe lo que se conoce como “complicidad correspectiva”²³, dado que en éstos de lo que realmente se está hablando es de coautores y no de un autor y un cómplice necesario.

Por último, también es menester precisar que, conforme a la doctrina y jurisprudencia venezolana, el instigador no puede ser confundido como cómplice, porque éste es una forma de autoría; y eso debido a que en Venezuela se construyó el concepto de la instigación sobre la base de la determinación en cometer el delito, conforme al modelo italiano de 1889 o “Código de Zanardelli”.

²⁰ Sentencia n° 216 del 30 de junio de 2010, consultada el día 6 de septiembre de 2021 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/216-30610-2010-C09-440.HTML>

²¹ Sentencia n° 134 del 25 de abril de 2011, consultada el 6 de septiembre de 2021 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/abril/134-25411-2011-C10-162.HTML>

²² Sentencia n° 151 del 24 de abril de 2003, consultada el 6 de septiembre de 2021 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/abril/151-240403-C030048.HTM>

También se conoce en la doctrina venezolana como “complicidad secundaria”: “Para que haya la complicidad del artículo 84 (complicidad secundaria, en la doctrina), la cooperación nunca debe ser necesaria para el autor que cometió el hecho.”

²³ “En relación con la conceptualización de “Complicidad Correspectiva”, la Sala considera que ésta se configura cuando en un hecho delictivo participan dos o más sujetos activos quienes, sin concierto o acuerdo previo, producen un resultado típico, no pudiendo individualizarse de forma precisa la conducta de cada sujeto activo en la producción del resultado final.”. Texto extraído de la sentencia n° 261 del 20 de junio de 2011, consultada el día 6 de junio de 2021 en:

3.2. El abogado como cómplice de un ilícito penal tributario.

Ante todo, tal como lo señala el profesor argentino de la Universidad Nacional del Sur, Gustavo Emilio L. Etman²⁴ “...no queremos dejar de remarcar que la obligación tributaria siempre es responsabilidad exclusiva del contribuyente. Los profesionales intervinientes pueden ser colaboradores en la interpretación de la normativa y hasta asesores en su implementación, pero siempre la decisión del camino a adoptar es por parte del contribuyente.”

En consecuencia, no debe constituir delito la conducta de un abogado, en su rol de asesor tributario, cuando esa asesoría es adecuada y acorde a la función que éste en conformidad con la ley debe desempeñar²⁵.

En respaldo de la posición anterior, tenemos lo que nuevamente vuelve a ratificar el vigente Código Orgánico Tributario de 2020, a través del párrafo único del artículo 128: “No constituyen suministros de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios, las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos, en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos.”

Por otra parte debemos decir que, el artículo 128, numeral primero del vigente Código Orgánico Tributario, hipotéticamente está regulando, sin decirlo expresamente, la participación de los abogados y cualquier otro asesor o técnico tributario, en calidad de cómplice de los delitos de defraudación tributaria e insolvencia fraudulenta con fines tributarios (arts. 118 numerales 1° y 3°, 119 y 122, eiusdem), correspondiéndole la misma sanción impuesta al autor o autores disminuida a la mitad (seis meses a siete años de prisión en caso de defraudación y cuatro a seis años de prisión en el caso de insolvencia fraudulenta con fines tributarios). Así, el inciso 1° de ese artículo alude a las personas que presten auxilio o cooperación al autor principal o coautores en la comisión del ilícito, mediante el suministro de medios o apoyados en sus conocimientos, técnicas y habilidades, al igual que aquellos que presten la ayuda posterior que fue prometida previa la comisión del delito.

²⁴ La responsabilidad de los profesionales en el Régimen Penal Tributario, con especial análisis de la situación de los Contadores Públicos. Obra colectiva. Material bibliográfico suministrados para consulta en el Curso de Posgrado Independiente por Plataforma Digital Compliance Fiscal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, agosto/septiembre 2021.

²⁵ Estamos hablando de “lex artis”, es decir, según el Diccionario Panhispánico del español jurídico citado antes, es el “[c]onjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio. Su cumplimiento es determinante de la exoneración de responsabilidad en caso de que el ejercicio profesional haya ocasionado daños...” Véase en: <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>

Es evidente que la redacción del numeral 1º del artículo 128 citado *up supra*, es el único que pudiera relacionarse con la labor usual o habitual de los abogados cuando están desempeñándose como asesores tributarios de contribuyentes o de cualquier otro sujeto pasivo, en su rol de autores. De allí la relevancia y pertinencia de la aclaratoria que introduce su párrafo único, donde se excluye categóricamente del supuesto contemplado por ese mismo inciso, a las opiniones y dictámenes que expresan las interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos.

Es más, precisamente por lo expresado en el mencionado párrafo único, pudiera sostenerse que, solamente será castigable el abogado en su condición de asesor tributario, cuando su participación – complicidad- ha sido necesaria, porque de lo contrario, podría ser considerada como no punible dentro del ámbito de los ilícitos fiscales penales previstos en el Código Orgánico Tributario.

No obstante, cuando efectivamente los abogados si participan, auxilian y cooperan en la comisión del ilícito de defraudación o de insolvencia fraudulenta con fines tributarios o, incluso, en la comisión de cualquier otro ilícito tributario penal, con ocasión a la prestación de los servicios propios del oficio de la profesión, serán sancionados por su condición de cómplices (necesarios) del autor, no solamente con la pena de prisión respectiva, sino con la inhabilitación del ejercicio de la profesión, por un término de cinco a diez años, tal y como lo dispone el artículo 130 del Código de 2020.

Si la participación del abogado asesor tributario en la comisión del ilícito es de otra naturaleza, entidad y alcance, pues simplemente se le aplicarán para la determinación de su responsabilidad y de la sanción respectiva, las disposiciones generales previstas en el Código Orgánico Tributario y, supletoriamente, los principios y normas de Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario.²⁶

²⁶ “En nuestro caso, el ser abogado asesor en materia fiscal, supone necesariamente el dominio científico de las disciplinas tributarias y precisamente, si en uso de esta especialización conmina, instiga o induce a su cliente, empleador u otra persona, bien por actos dolosos o culposos, a la adopción de conductas atípicas, vale decir por ejemplo: la confección y elaboración dudosa de declaraciones impositivas, inconveniente y hasta negligente orientación y ejecución de decisiones sobre el movimiento operacional del negocio, etc.; conductas éstas contrarias a la legalidad debida a las situaciones, tanto de éste como de aquel, es del mismo modo responsable tributariamente.” COLMENARES ZULETA, Juan Carlos. Breves comentarios acerca de la responsabilidad del abogado asesor en materia fiscal, publicado en la obra “50 años de la Revista de Derecho Tributario”, Asociación Venezolana de Derecho Tributario/Legislación Económica, C.A., p. 54, Caracas, 2014.

CONCLUSIONES

El profesional de la abogacía, al igual que cualquier otro profesional o técnico tributario puede, con ocasión del ejercicio de su función asesora, eventualmente incurrir en hechos que comprometan su responsabilidad y sean susceptibles de ser sancionados como ilícitos tributarios penales.

En nuestro caso, el ser profesional de la abogacía y asesor fiscal supone necesariamente el dominio de las disciplinas tributarias y, precisamente, si en uso de esos conocimientos especiales, lamentablemente, se hace partícipe con el cliente en la comisión de un ilícito tributario penal, bien por actos dolosos o culposos, adoptando conductas atípicas contrarias a la ley tributaria, tanto él como su cliente serán responsables tributarios penalmente hablando.

Dicho lo anterior, a modo de conclusión, podemos decir:

- I. El abogado en su rol de asesor tributario no puede ser catalogado de autor ni coautor, inductor, instigador, encubridor ni cualquier otro sujeto de aquellos que ha concurrido, participado o beneficiado en la realización de un hecho punible tributario, salvo única y eventualmente, el de “cómplice” – tal como lo ordenó la Constitución de la República de 1999, a través de su epígrafe 5° de su Disposición Quinta. Por otra parte, como ya lo hemos afirmado anteriormente, no es cualquier tipo de cómplice sino el “necesario”.
- II. Si el abogado asesor tributario ejecuta su actividad dentro de lo que actualmente se conoce, por razones de modernidad, racionalidad y neutralidad de género, como una “persona razonable” (*ex – buen padre de familia*) y, además procede de manera adecuada y correcta al conjunto de reglas técnicas que regulan el ejercicio de su profesión o “*lex artis*”, difícilmente podrá verse involucrado como cómplice del delito fiscal de su cliente. Por el contrario, si ese abogado no procede de esa manera, automáticamente se hace reo del delito y del castigo previsto en la ley.
- III. Tal y como lo establece el párrafo único del artículo 128 del Código Orgánico Tributario de 2020, no constituirá el suministro de medios, el apoyo ni la participación en actos que posteriormente sean calificados de ilícitos tributarios, las opiniones o dictámenes de los abogados asesores en los que expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos.
- IV. En resumen, si el actuar y proceder del abogado asesor fiscal con su cliente se encuentra ajustado al ordenamiento legal venezolano, en especial el tributario, éste jamás deberá ser calificado de cómplice en la comisión del ilícito tributario

penal ejecutado por aquel, y mucho menos, se le podrá inhabilitar del ejercicio de la profesión, dado que no habrá participado, apoyado, auxiliado o cooperado con el cliente en la comisión del delito.

BIBLIOGRAFIA.

- Colmenares Zuleta, Juan Carlos. “Breves comentarios acerca de la responsabilidad del abogado asesor en materia fiscal”, publicado en la obra “50 años de la Revista de Derecho Tributario”, Asociación Venezolana de Derecho Tributario/Legislación Económica, C.A. (Caracas, AVDT, 2014).
- Chiossone, Tulio. “Manual de Derecho Penal Venezolano”. Colección Cursos de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. (Caracas, UCV, 1981).
- Etman, Gustavo E. “La responsabilidad de los profesionales en el Régimen Penal Tributario, con especial análisis de la situación de los Contadores Públicos”. Obra colectiva. Material bibliográfico suministrados para consulta en el Curso de Posgrado Independiente por Plataforma Digital Compliance Fiscal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), agosto/septiembre 2021.
- García Casafranca, Álvaro. “Responsabilidad Penal Tributaria y Eximentes de Responsabilidad”, publicado en la “Manual Venezolano de Derecho Tributario”, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. (Caracas, AVDT, 2013).
- Presidencia de la República de Venezuela, Proyecto Venezolano de Código Tributario 1977.
- Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. “Modelo de Código Orgánico Tributario. Reforma Tributaria para América Latina”. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., Segunda Edición, 1968.
- Real Academia Española y El Consejo General Del Poder Judicial Español. Diccionario del Español Jurídico. (Barcelona, Editorial Planeta, 2019).

La extinción de la sociedad mercantil: Situación patrimonial

Luis E. Fidhel Gonzáles*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-119-152

Resumen: La precariedad de la situación patrimonial de la sociedad mercantil se manifiesta – entre otras situaciones- en la cesación de pago con carácter definitivo para cumplimiento de las obligaciones; como ocurre con la quiebra; verificándose la actuación de la ciencia contable como auxiliar de la jurisdicción mercantil. Los procedimientos concursales tienen por objeto la ejecución y liquidación del patrimonio del fallido. Esta situación es determinada a través de los registros contenidos en los libros contables para constatar la incapacidad de fallido de satisfacer las deudas. Posterior a la declaración de judicial se requiere de conocimientos contables para la determinar el patrimonio a liquidar. Este estudio trató de establecer la terminología y situaciones contables y jurídicas respectivas.

Palabras claves: Disolución comercial, libros de comercio, procesos concursales.

The extinction of the mercantile company: Patrimonial situation

Abstract: *The precariousness of the patrimonial situation of the mercantile company is manifested - among other situations - in the definitive cessation of payment to fulfill the obligations; as with bankruptcy; verifying the performance of accounting science as an auxiliary to the commercial jurisdiction. The purpose of insolvency proceedings is the execution and liquidation of the bankrupt's assets. This situation is determined through the records contained in the accounting books to verify the inability of the bankrupt to satisfy the debts. After the judicial declaration, accounting knowledge is required to determine the assets to be settled. This study tried to establish the respective accounting and legal terminology and situations.*

Keywords: *Commercial dissolution, commercial books, bankruptcy proceedings.*

Recibido: 22/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

* Licenciado en Estudios Internacionales, Universidad Central de Venezuela. Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Especialidad en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela. Diplomado en Componente Docente, Universidad Fermín Toro. Especialidad en Criminalística de Campo, Escuela Nacional del Ministerio Público (en curso). Libre ejercicio de la profesión, abogado litigante, productor audiovisual de noticias internacionales. E-mail: lefg1968@gmail.com

La extinción de la sociedad mercantil: Situación patrimonial

Luis E. Fidhel Gonzáles*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-119-152

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Extinción* 2. *Disolución* 3. *Liquidación* 4. *Conceptos*. 5. *Sistema contable*. 6. *Derecho Concursal*. 7. *Libros de comercio*. 8. *Examen*. 9 *Atraso*. 10. *Terminología*. 11. *Especificaciones contables*. 12. *Quiebra*. 12.1. *Cesación de pagos*. 12.2. *Efectos jurídicos* 12.3. *Quiebra técnica*. 12.4. *Tipos de quiebra y contabilidad*. 13. *Liquidación general*. 14. *Liquidación amigable*. 15. *Liquidación quiebra*. 15.1. *Medidas preventivas* 15.2. *Masa de acreedores*. 15.3. *Calificación de créditos* 15.4. *Desapoderamiento*. 15.5. *Operaciones quiebra*. 15.6. *Incautación*. 15.7. *Aseguramiento*. 15.8. *Inventario*. 16. *Peritaje contable*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La finalidad del derecho concursal es establecer la ejecución ordenada y colectiva del patrimonio del fallido referido al caso particular de la quiebra como causa de disolución de la sociedad mercantil. Se manifiesta en la cesación de pagos definitiva de las obligaciones; también denominado insolvencia. La determinación de esta situación es esencialmente contable considerándose la ciencia que pauta la elaboración e interpretación de los registros y asientos contenidos en los libros de contabilidad comercial. La ciencia del derecho contable establece el ámbito y consecuencias jurídicas al constituirse tal situación.

El estado patrimonial que define la quiebra requiere establecer las consecuencias jurídicas respectivas; verificadas la hipótesis para ser reconocida y declarada en el ámbito judicial. Resulta una manifestación de conocimiento técnico científico establecido por el perito contable como auxiliar del sistema de justicia. El objetivo de este trabajo es recalcar conceptos contables que tiene consecuencias jurídicas en la disolución de las sociedades mercantiles en el caso de la quiebra.

* Licenciado en Estudios Internacionales, Universidad Central de Venezuela. Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Especialidad en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela. Diplomado en Componente Docente, Universidad Fermín Toro. Especialidad en Criminalística de Campo, Escuela Nacional del Ministerio Público (en curso). Libre ejercicio de la profesión, abogado litigante, productor audiovisual de noticias internacionales. E-mail: lefg1968@gmail.com

1. Extinción

La extinción de la sociedad mercantil significa el cese de su actividad comercial para la cual fue constituida y terminación de su personalidad jurídica. En este sentido, la ley ha considerado varios aspectos y términos para referirse al proceso extintivo. En primer lugar, el Código de Comercio venezolano parece referirse como sinónimos las palabras “termino” o “disolución” a consecuencia de la invocación por los interesados de alguna de las siete causales específicas del citado instrumento legal¹; posteriormente devendría la liquidación como aspecto concreto o materialización de la disolución. A los efectos del presente trabajo es menester señalar dos de las causales se encuentran referidas a la situación patrimonial de la sociedad: La quiebra y la pérdida del capital por falta de reposición de los socios; los cuales como observaremos y particularmente en el caso de la quiebra; origina procesos con matices distintos.

La extinción de la sociedad se coincide en señalar como un proceso complejo. Vaillant; señala que presupone la realización de una serie de actos que tienden a hacer a desaparecer las relaciones de los socios entre si y las relaciones de la sociedad persona jurídica con los terceros incluyendo los socios. El termino extinción debiese ser tomado en dos sentidos: el primero, la totalidad del proceso que conduce hasta el momento final de la desaparición de la sociedad; el otro se referiría específicamente a su desaparición². Brunetti refiere a la extinción por el definitivo ajuste de las operaciones de disolución de los vínculos de supresión de la personalidad del ente, mediante la descomposición y disolución de su complejo jurídico económico. La cesación de la sociedad como organización y como persona jurídica, no puede verificarse más que cuando el patrimonio social ha alcanzado su natural destino, volviendo a los socios, depurado de su pasivo, con la satisfacción pro cuota de sus operaciones³.

2. Disolución

No ha sido unánime la doctrina venezolana al referirse a las fases que la conforman; por ejemplo, Martínez en este aspecto la denomina de manera genérica o sentido amplio como “disolución” cuyas fases las discrimina en tres: la disolución en sentido estricto, liquidación y extinción⁴. Igualmente coincide e interpreta García que la intención del

¹ Código de Comercio (Venezuela: Congreso de la República de Venezuela, 1955), artículo 340.

² Francisco Hung Vaillant, “Extinción de las sociedades mercantiles”, en *Sociedades*, (Caracas: Vadell hermanos Editores, 6° Edición. 2005) 182-196.

³ Antonio Brunetti, “Cesación de la sociedad”, en *Sociedades Mercantiles*, Serie Clásicos del Derecho Societario. Tomo I (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001) 167-184.

⁴ Martínez Tenorio, V. 1998. De la expiración del termino establecido como causal de disolución de las sociedades mercantiles. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*. N° 52: 251-280.

legislador al utilizar el término disolución está referido en sentido estricto; momento u oportunidad que se constituye la causa que originaría la extinción de la sociedad; en tanto en un sentido amplio al proceso de extinción de esta personalidad⁵.

Para Goldschmidt la disolución de la sociedad no implica su terminación o extinción porque esta debe ser posteriormente liquidada y solamente después de haberse realizado debe ser considerada extinta. La disolución significaría el inicio de su última fase de existencia que es su liquidación⁶. Sanojo asevera que la sociedad esta extinta, pero se convienen en que duren sus efectos, en que los créditos activos y pasivos creados por la sociedad no pueden desvanecerse el mismo día que quedo disuelta sino subsiste a los fines de su liquidación⁷. Brunetti entiende por disolución la verificación de las causas de suspensión y resolución de las relaciones jurídicas establecidas para la consecución del fin común; siendo el inicio de la resolución y el fin de todas las relaciones jurídicas ligadas con el organismo social⁸

3. Liquidación

Conforme a Vivante la liquidación en un sentido amplio comprende a todas las operaciones posteriores a la disolución de la sociedad necesarias para finalizar los negocios en curso, pagar las deudas, cobrar los créditos, reducir a metálico los bienes sociales y dividirlos entre los socios.

En un sentido más restringido y jurídico comprende todas las operaciones que llevan a cabo en el periodo que media entre la disolución y la formación de la masa divisible de los socios. Acotando que la liquidación y la división, son dos institutos tan diferentes que uno puede subsistir sin otro⁹. Para Brunetti la liquidación – conforme a Stolfi- en un sentido amplio consistiría en un procedimiento y en sentido técnico consistiría de dos elementos distintos entre sí: un puente de paso entre la vida activa de la sociedad y su extinción y un procedimiento encaminado a preparar la masa patrimonial a ser dividida entre los socios.

La finalidad de la liquidación es disolver las relaciones jurídicas de los socios

⁵ García Bolívar, O. 1998. De la disolución de las sociedades mercantiles. Revista de la Facultad de Derecho UCAB. N° 52: 221-249.

⁶ Roberto Goldschmidt, “Disolución y liquidación”, en Curso de Derecho Mercantil, (Caracas: Ediar Venezolana s.r.l. 1979) 245-252

⁷ Luis Sanojo. *Exposición del Código de Comercio con su texto*. (Caracas: Editorial Rex. 1962) 248-251.

⁸ Brunetti “Cesación de la Sociedad”, 167-184.

⁹ Cesar Vivante, “La liquidación”, en Tratado de Derecho Mercantil, Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, traducción por Ricardo Espejo de Hinojosa (Madrid: Editorial Reus. 1932) 521- 561

entre sí y con terceros constituidas como consecuencia del contrato durante la vida de la sociedad; pues antes de llegar a la extinción de los organismos sociales es necesario que los negocios en curso lleguen a término, los compromisos asumidos sean cumplidos y que el activo se transforme en dinero. La misión fundamental resulta: convertir en dinero el patrimonio social, pagar a los acreedores y repartir el patrimonio neto entre los socios. Implicando una serie de relaciones en lo interno: entre los liquidadores y la sociedad; en lo externo entre los liquidadores, deudores y acreedores de la sociedad¹⁰. Vaillant indica el termino liquidación se refiere a la etapa la cual la sociedad realiza todos aquellos actos tendientes a finalizar sus relaciones con los terceros, como con los socios entre sí; más concretamente, a los actos que tienden a eliminar los pasivos de la sociedad¹¹.

4. Conceptos

Según Morles, señala por disolución se entendería actualmente el momento inicial o desencadenante del proceso de desintegración esto es, el presupuesto de su liquidación que haría alusión al conjunto de operaciones con el fin de extinguir las distintas relaciones jurídicas de la sociedad y determinar el saldo repartible entre socios, haciendo referencia a un grupo de actos y un estado de la sociedad mercantil no suponiendo la extinción inmediata del ente social. La extinción es el acto final que se consuma después de la liquidación, con la desaparición de la personalidad jurídica y en la cancelación en el registro mercantil. En resumen, la disolución es un momento, la liquidación es un estado y la extinción es un proceso¹².

El ordenamiento jurídico como la jurisprudencia venezolana ratifica, que la sociedad sea mercantil o civil en todo caso, la personalidad jurídica sufre menoscabo hasta su extinción al subsistir únicamente a los fines de su liquidación. Siendo incongruente adquirir obligaciones que sugieran la continuidad o desarrollo del objeto social societario.

Disuelta o terminada la sociedad los administradores no podrían emprender nuevas operaciones desde el día en que haya expirado el término de la duración de la sociedad, en que se ha cumplido su objeto, o muerto alguno de los socios cuyo fallecimiento disuelva la sociedad, o desde que ésta es declarada en liquidación por los socios o por el Tribunal particularmente en el caso de la quiebra¹³. Quedando limitadas sus facultades,

¹⁰ Brunetti "Cesación de la Sociedad", 167-184.

¹¹ Vaillant, "Extinción de las sociedades mercantiles", 182-196.

¹² Morles Hernández, Alfredo, 2006, "La disolución de las sociedades mercantiles". En Cuestiones de Derecho Societario. Serie Estudios 63. 55-128. Caracas. Academia de Ciencias Políticas.

¹³ Código de Comercio. Art. 342.

durante la liquidación, a cobrar los créditos, a extinguir las obligaciones anteriormente contraídas por la sociedad y a realizar las operaciones pendientes¹⁴.

Siendo la personalidad jurídica una noción ligada a la existencia del patrimonio; esta último resulta la garantía de las obligaciones que se adquieren a través de la primera. La disolución de la sociedad mercantil busca en última instancia disminuir la mayor parte de obligaciones pasivas de la sociedad como de sus activos que lleven a concluir o extinguir de manera indubitable e inexorable la actividad comercial para lo cual se hace necesario el mantenimiento de la personalidad jurídica para tal fin. En otras palabras, la disolución es un proceso degenerativo de la vida social; siendo contrario a los conceptos de vitalidad comercial y crecimiento patrimonial; sin embargo la personalidad jurídica permanece incólume o no degenera pero se encuentra sujeta a liquidación de la vida societaria inclusive de la masa patrimonial.

La jurisprudencia nacional ha reivindicado que se encuentra ajustado al sistema mercantil, siendo preciso concluir si una sociedad se disuelve y entra en la liquidación, mantiene su personalidad jurídica, con la advertencia que se encuentra restringida su capacidad por mandato del legislador; no siendo extinguida la personalidad jurídica al disolverse la sociedad y ni surgiendo una nueva persona jurídica al entrar la liquidación, por cuanto el ente colectivo la mantiene a lo largo del proceso. Igualmente, no carecería de capacidad procesal para comparecer en juicio¹⁵.

5. Sistema contable

Es el conjunto de principios y reglas que facilitan el conocimiento y la representación adecuada del patrimonio y de los hechos económicos que afectan a la misma. La contabilidad es un proceso de recolección, clasificación, procesamiento y presentación de todas las operaciones del comerciante. Garantizan se apliquen de forma ordenada y sistemática los procesos de los diferentes registros contables. Se inicia con la documentación de la fuente y registro de las transacciones en los libros contables hasta la preparación de los Estados financieros que servirán en la toma de decisiones.

La contabilidad patrimonial tiene por objetivo brindar información referida al patrimonio del comerciante, siendo de carácter económico, financiero y patrimonial.

1) De carácter económico dado que contiene información sobre los resultados económicos (ganancias y pérdidas) de la gestión de los administradores y las causas que los originaron.

¹⁴ Código de Comercio. Art. 347.

¹⁵ Nerio Perera Planas. El Código Civil de la República de Venezuela (Caracas. Ediciones "MAGON", 1978) 1022-1023.

2) De carácter financiero porque contiene información sobre los aspectos referidos a los ingresos y egresos de fondos, derechos y obligaciones de pago también sobre las fuentes del patrimonio y de financiamiento (de terceros o propia).

3) De carácter patrimonial porque abarca los aspectos principales referidos al patrimonio, su composición, magnitud a fin del ejercicio, y la variación cuantitativa operada durante el ejercicio y sus causas.

El derecho contable mercantil es el conjunto de disposiciones de derecho positivo sobre la construcción y revelación de la historia patrimonial de la entidad mercantil, es decir, las disposiciones jurídicas sobre el contenido formal y material de la contabilidad mercantil¹⁶. Crea un marco normativo para el desarrollo de la contabilidad subordinando las normas contables a las jurídicas pues resulta lógico porque toda interpretación, definición, aplicación o conflicto de carácter contable siempre concluye en una solución legal¹⁷. Impone deberes contables y establece responsabilidades profesionales.

Algunas tendencias doctrinarias consideran al derecho contable formando parte del derecho mercantil ubicándolo en el mismo rango del derecho societario, concursal o de los títulos valores. La contabilidad registra hechos económicos y patrimoniales que pudiesen tener relevancia jurídica capaz de crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones convergiendo con el derecho. El objeto del derecho contable estudia o examina las relaciones interdisciplinarias entre el derecho y la contabilidad.

6. Derecho concursal

El derecho concursal está relacionado con la terminación o finalización de la vida del comerciante individual como jurídico. Esta etapa se concreta en una serie de procedimientos que tiene por finalidad la cancelación del patrimonio comercial a través de las compensaciones entre activos y pasivos. Se entiende por el conjunto de normas materiales y procesales que hacen posible la declaración de proceder a la ejecución colectiva de todo el patrimonio del deudor mercantil en beneficio de todos sus acreedores y organizan actividades tendientes a realizar materialmente el principio que todo deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros de su patrimonio que resulta ser la prenda común de sus acreedores quienes deben recibir un trato igualitario en dicha ejecución colectiva, salvo excepciones permitidas por la Ley.

¹⁶ Burt S. Hevia O. El régimen jurídico de la contabilidad mercantil en Venezuela. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 4. Tomo I- II. Homenaje al Prof. Pedro Pablo Aguilar. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2020- pp 325-350.

¹⁷ Luis Ernesto Fidhel Gonzales. Derecho Contable: Los libros de Comercio. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 4. Tomo I- II. Homenaje al Prof. Pedro Pablo Aguilar. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2020- pp 397-429.

La base de este procedimiento es organizar el patrimonio del deudor o concursado para conseguir que el mayor número de acreedores satisfagan sus deudas. El supuesto de procedencia de los procedimientos concursales se fundamenta en la insolvencia general sea temporal – atraso- o definitiva – quiebra- del deudor comerciante haciendo irrelevante e innecesarias las acciones judiciales individuales para la satisfacción de sus acreencias.

Manuel Broseta Pons maneja la hipótesis cuando el deudor poseyendo una pluralidad de acreedores, se encuentra en una situación de insolvencia patrimonial o cuando el número y valor de sus bienes no posibilita el pago voluntario o coactivo de todos sus acreedores; para evitar que un solo grupo de acreedores cobren sus deudas y otros no; se implementan un sistema de ejecución colectiva, general y concursal en favor de todos bajo los principios de universalidad patrimonial, colectividad o generalidad de acreedores y principio de comunidad de pérdidas¹⁸

Miguens señala mientras se mantiene el equilibrio entre los recursos (valores realizables, generalmente en un plazo de un año) del deudor y los compromisos a cumplir, éste se encuentra en estado de solvencia o *in bonis*. Cuando tal equilibrio se rompe, sea por falta de bienes realizables en cantidad suficiente, sea por la pérdida del crédito por parte de los terceros, el deudor cae en estado de cesación de pagos, insolvencia o estado de quiebra. Los economistas hablan en este caso de disminución o pérdida del capital de trabajo. Destaca que numerosos autores y legislaciones – especialmente anglosajonas- cuando hablan de insolvencia se refieren al desequilibrio meramente aritmético en virtud del cual el pasivo del deudor es superior al activo¹⁹.

Hernández distingue en los procesos de atraso y quiebra entre suspensión de pagos –situación temporal y reversible- siendo una condición coyuntural y cesación de pagos –situación definitiva e irreversible- condición estructural. En ambos la empresa se encuentra en situación de insolvencia, no pudiendo satisfacer sus obligaciones y mantener la normalidad de sus operaciones²⁰.

Para efectos mercantiles se maneja una noción integral de patrimonio, sin significar una pérdida de la especialidad. En el atraso el comerciante podrá solicitar retardar o aplazar sus pagos sea por deudas mercantiles o civiles²¹. En la quiebra requiere

¹⁸ Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Insolvencia patrimonial e instituciones concursales*, En *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. II (Madrid, Tecnos, 2020) 657-666

¹⁹ Miguens Héctor José. 2012 “El concepto de “estado de cesación de pagos” en el Derecho Concursal argentino”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* N°. (2012). 499-534.

²⁰ José Ignacio Hernández G, “Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en casos de insolvencia Con especial referencia a la crisis patrimonial de PDVSA”. *Revista venezolana de Derecho Mercantil* N° 1 (2018): 312- 344.

²¹ Art. 942 Código de Comercio.

el cese en el pago de las obligaciones mercantiles del comerciante²²; los acreedores por créditos no mercantiles pueden solicitar la declaratoria de quiebra a condición de justificar la cesación de pagos de deudas mercantiles²³.

La determinación de la situación patrimonial de insolvencia conlleva a un procedimiento de carácter judicial que concluirá en una sentencia determinando tal situación haciendo procedente la “ejecución colectiva”. Entre las características de los procesos concursales y particularmente la consecuente ejecución colectiva se caracterizan por la inclusión y generalidad. Pues este proceso busca la satisfacción de la universalidad de acreedores del deudor comerciante en “plano de igualdad” de manera a prorrata de sus acreencias.

7. Libros de comercio

La personalidad jurídica conlleva a la capacidad de adquirir obligaciones y originar un patrimonio a los fines de garantizar deudas. La noción de patrimonio es una concepción general que fundamenta el derecho de las obligaciones en el derecho civil.

En el derecho mercantil, particularmente en los procedimientos concursales, la noción de patrimonio se convierte en específica. La Ley establece una serie de medidas para la determinación, aseguramiento y conservación con la finalidad de la liquidación patrimonial al constituir un estado excepcional de la solvencia del deudor. La contabilidad mercantil en los procedimientos concursales determina el estado patrimonial con la finalidad de su procedencia.

Los libros de comercio son aquellos prescritos por la Ley en los cuales se registran y asientan operaciones que realicen los comerciantes de manera obligatoria para el control de la actividad comercial, pudiéndose determinar con ellos tanto los acreedores y deudores, así como el patrimonio del comerciante²⁴. Son documentos donde se registran las transacciones y situaciones con valor monetario sucedidas en los entes económicos. Los saldos y operaciones registradas serán la fuente y fundamento para la elaboración de los estados financieros que plasman las actividades económicas durante un periodo determinado.

²² Art. 914 Códigos de Comercio.

²³ Art. 931 Código de Comercio,

²⁴ Salvador R. Yannuzzi Rodríguez. Examen de los libros de comercio. Algunos comentarios a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 5. Tomo I- II. Homenaje al Prof. María Auxiliadora Pisani Ricci. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2020- pp 17-33.

La doctrina señala que los libros de comercio no resulta ser una prueba documental pues no contiene convenciones²⁵ sin embargo los registros contables en ellos contenidos –llevanza de los libros de comercio – reflejan un estado o situación patrimonial pueden ser utilizados como medio prueba para probar obligaciones mercantiles y su liberación²⁶. El registro de las operaciones es una obligación legal o “imperativo expreso” en la construcción de la contabilidad con la finalidad de rendir cuentas a los interesados sean socios de la empresa, acreedores o inclusive el Estado. El patrimonio del comerciante esta afecto a toda deuda sea de carácter civil o mercantil; sea de carácter individual como en las sociedades de personas como de capitales.

El registro del libro diario se asentaría día por día, las operaciones que haga el comerciante, expresando claramente quien es el acreedor y el deudor o “principio de partida doble”, en la negociación a que se refiere o se resumirán mensualmente los totales de esas operaciones siempre que se conserven todos los documentos que permitan comprobarlas día por día²⁷.

En el libro de inventario se hará una descripción, estimatoria de todos los bienes y de todos los créditos vinculados o no a su comercio²⁸. El inventario de los bienes se cierra con el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas; exigiéndose que sean verdaderos y con evidencia los beneficios obtenidos y las pérdidas sufridas. Se harán mención expresa a las fianzas otorgadas así como de cualquier otra obligación contraída bajo condición suspensiva.

El balance es un estado financiero que refleja en un momento determinado la información económica y financiera para un momento determinado que discrimina tres aspectos patrimoniales: activo, pasivo y capital. El activo corresponde a las acreencias, el pasivo a las deudas y el capital los recursos o bienes financieros que pertenecen a la empresa y sirven jurídicamente como garantía a los acreedores de la empresa. El capital contable reside en la diferencia resultante al restar al activo el pasivo: $CAPITAL = ACTIVO - PASIVO$ o $ACTIVO = CAPITAL + PASIVO$.

8. Examen

En principio a los comerciantes se le impone o exige la obligación de llevar libros de comercio entre otras justificaciones como garantía de la seriedad del ejercicio del

²⁵ Jesús Eduardo Cabrera Romero. Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre. 45. Desconocimiento de Instrumentos Privados. Tomo II. Editorial Jurídica Alva. Caracas –Venezuela. pp. 241- 258.

²⁶ Art. 124 Código de Comercio-

²⁷ Art. 34 Código de Comercio

²⁸ Art. 35, Código de Comercio.

comercio pues permite evaluar, identificar y registrar la información sobre la actividad económica de la profesión. Así también el manejo idóneo de los libros conforme a la ley constituye prueba para hacerla valer en procesos judiciales. Los asientos o registros contables dejan constancias de las operaciones patrimoniales y montos particularmente referidas a las acreencias y deudas que se generan en la actividad comercial

El examen de los libros de comercio regulados por las normas del derecho mercantil constituye un medio típico o característico de esta materia cuya finalidad es acopiar información parcial contenida en estos para esclarecer u ordenar las operaciones de comercio pudiéndose determinar con ellos a los acreedores y deudores como el patrimonio del comerciante. Se ha tratado de establecer el alcance del término; en este particular significaría inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado una cosa que sea de interés y sacar la conclusión debida única para consultar o indagar los libros de comercio. Así también abarca la constatación que estos cumplen con los requisitos formales de validez de los mismo para que tengan efectos jurídicos

Por la reserva de los libros de comercio existe la prohibición que de manera oficiosa el juez o por solicitud se realice el “examen general” de los libros de comercio -contrario a examen parcial- a excepción entre otros de los casos de procedimientos concursales. En el atraso el comerciante coloca a disposición del tribunal los libros de comercio para hacer procedente este beneficio a partir del examen integral de la contabilidad. En la quiebra el examen general de los libros del fallido se logra por el decreto judicial de ocupación de sus bienes que incluye a estos.

9. Atraso

El atraso se puede considerar una institución en beneficio del comerciante temporalmente insolvente a causa de falta de numerario, liquidez o circulante lo que afecta su capacidad de pago o solvencia para cancelación o liberación de deudas debido a sucesos imprevistos o excusables y contablemente el activo sea superior al pasivo. En este particular no constituye ni se puede invocar como causa de extinción de la sociedad mercantil.

Morles señala puede definirse como la forma alternativa a la quiebra abierta a los comerciantes que por causas excusables se encuentran en dificultades que no se configuran como una cesación de pagos²⁹.

²⁹ Alfredo Morles Hernández, Curso De Derecho Mercantil, Tomo VI: Los Contratos Mercantiles, Derecho Concursal, (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001) 292

El comerciante en este particular para reclamar este beneficio debe justificar su insolvencia en hechos o sucesos ajenos a su voluntad o no controlable ni provocada por este; dando la hipótesis que el tribunal lo rechace al no verificarse la situación o algún acreedor o tercero interesado se oponga. Tiene por finalidad el retardo o suspensión de los pagos y la autorización por el Tribunal de realizar la liquidación amigable dentro de un plazo que no exceda los doce meses, con derecho a prórroga por igual periodo. El comerciante se compromete mientras se analiza la solicitud a realizar operaciones de simple detal.

El examen para la admisión de este beneficio tiene carácter patrimonial y contable; solicitándose: los libros de comercio regularmente llevados, el balance comercial, el inventario, la lista de deudores, los acreedores con indicación del domicilio y residencia, monto y especificidad de cada acreencia, patente de industria – o comercio- si la hubiere y la opinión favorable al beneficio por lo menos de tres de los acreedores. El tribunal conforme a los recaudos requeridos y estando en “debida forma”; admitirá y dictara las medidas de vigilancia necesarias. Se designaría un síndico, y una comisión de tres de los principales acreedores que figure en el balance del peticionario y se convocara a una reunión por la prensa.

El síndico designado y la comisión de acreedores manifestarían su opinión sobre los documentos acompañados la solicitud, sobre la veracidad de los créditos incluso sobre la admisión o negativa de la solicitud, sobre el plazo que deba otorgarse, las medidas conservativas que convenga tomar y sobre el modo de liquidación y personas que deban componer una comisión de consulta y vigilancia durante la liquidación. Se levantará acta que firmarán con el Tribunal todos los concurrentes, haciéndose constar el nombre de éstos, los créditos que representan y sus montos y la opinión de cada cual sobre los puntos indicados.

Después de la reunión de acreedores, el Tribunal procedería al tercer día hábil a oír los informes que quieran hacer el solicitante, el síndico, la comisión de acreedores y cualquier otro de éstos. Se pronunciará sobre la petición de atraso admitiéndola o negándola, según lo encontrare procedente, teniendo especialmente en cuenta el voto emitido por la mayoría de los acreedores.

En caso de admisión, establecerá en el respectivo fallo: La duración de la liquidación, que no exceda de doce meses; la obligación del deudor de hacer constar haber pagado dentro de dicho plazo a todos sus acreedores o haber celebrado con ellos convenio o arreglo; las medidas conservatorias y las precauciones que juzgue necesarias para garantizar la integridad del patrimonio del deudor. Los acreedores que deben componer la comisión que vigile la administración y liquidación del patrimonio del deudor.

10. Terminología

Es menester verificar los términos contenidos en el concepto legal citado con la finalidad de determinar la procedencia o no del beneficio de atraso y aspectos contables. Se recurrió a la doctrina extranjera y nacional con la finalidad de dar solución de esta dificultad. Ascarelli manifiesta todo tráfico mercantil moderno descansa en el crédito.

La empresa que en determinado momento no puede atender sus créditos vencidos es económicamente insolvente; siendo un concepto económico totalmente distinto al de incumplimiento y desequilibrio aritmético del balance. La insolvencia es una situación económica que da paso a un estado jurídico. El incumplimiento como hecho jurídico puede atribuirse a causas totalmente ajena a la imposibilidad de cumplir. Por eso se ha dicho que hay incumplimiento sin insolvencia, e insolvencia sin incumplimiento. Tampoco el simple desequilibrio aritmético constituye insolvencia porque siendo el crédito un factor decisivo en la existencia y funcionamiento de las modernas empresas mercantiles, muchas de las cuales, en apariencia y económicamente tienen un pasivo muy superior al activo, pero atienden perfectamente las obligaciones y se desenvuelven normalmente gracias al crédito³⁰.

De manera general se maneja la noción de iliquidez como la falta de dinero en caja o a disposición inmediata o de bienes fácilmente convertibles en dinero correspondiendo a una situación temporal donde el deudor no es capaz de obtener dinero y hacer frente a sus obligaciones a corto plazo. Contablemente puede ser determinada a través del denominado índice de liquidez que mide la capacidad o disponibilidad de pago del deudor para enfrentar sus obligaciones a corto plazo que posee la empresa obteniendo un porcentaje que representaría el disponible con respecto al pasivo circulante. En tanto la cesación de pagos correspondería a una insolvencia permanente donde el deudor no puede hacer frente a la totalidad de sus obligaciones de forma regular e íntegra.

La insolvencia se refiere al deudor que carece de capacidad para honrar sus obligaciones a consecuencia de medios de pago porque su pasivo excede de su activo creando lo que se ha denominado un patrimonio neto negativo pues, aunque se liquiden todos los activos no serían suficientes para honrar o satisfacer todas las deudas u obligaciones exigibles; en consecuencia, carecería de condiciones para tal finalidad; lo cual lo hace una noción exclusivamente contable. La insolvencia estaría más referido a una situación patrimonial general con relación al activo y pasivo del deudor. En consecuencia la iliquidez sea de carácter permanente o temporal estaría referida a la falta de dinero o activos líquidos para liberarse de deudas pudiéndose darse el caso que el activo sea superior al pasivo. En argumento en contrario se sostienen que el concepto

³⁰ Tulio Ascarelli. "Quiebras" en *Derecho Mercantil*, (México D.F., Porrúa, 1940) 703-705.

de solvencia estaría referida a la capacidad de la empresa para cumplir sus compromisos financieros a largo plazo. La liquidez por definición se refiere a la capacidad de la empresa para satisfacer sus deudas a corto plazo, vendiendo activos en un corto espacio de tiempo para recaudar efectivo sin pérdida significativa de su valor.

Otro concepto lo cual se tendría que tener en cuenta es la noción de mora o retardo del deudor es decir, cuando este no lo satisfaga en el término o lapso convenido la deuda suponiendo un cumplimiento posterior; en este sentido desde el punto del derecho se le considera como el retardo culposo o injustificado del cumplimiento de la obligación debida, originando acciones legales como la indemnización de perjuicios, la resolución del contrato, el cumplimiento forzado del contrato y la excepción de contrato no cumplido, entre otras. Mientras la insolvencia conlleva a dar indicios de un estado patrimonial deficiente donde afecta la capacidad del deudor para cumplir con sus obligaciones; en el caso de la mora esta se constituye en virtud de un retardo culpable o doloso sin implicar falta de liquidez o solvencia.

Es menester señalar, otras situaciones patrimoniales que derivan de una coyuntura determinada. La suspensión de pagos consiste en el beneficio de carácter judicial otorgado al deudor sometido a un proceso concursal. Otro sería el mal estado de los negocios; o fraude cometido al contratar conociéndose la falta de capacidad para cumplir las obligaciones y deudas que se contraten en ocasión de este. El sobreendeudamiento ocurre cuando el deudor no tiene la capacidad de cumplir de manera oportuna y simultánea con las obligaciones vencidas y exigibles reflejándose una situación patrimonial deficiente o insuficiente. Las denominadas operaciones ruinosas que acontecen cuando el deudor para evitar caer en cesación de pago al conocer el mal estado de su patrimonio inicia una “espiral” de sobreendeudamiento y venta del activo disponible a precios que no concilian con su valor real en el mercado.

11. Especificidades contables

En este sentido conforme a lo expresado la concepción de atraso en derecho mercantil venezolano maneja dos conceptos: la iliquidez temporal del patrimonio del deudor, pero a la vez la solvencia del mismo lo cual se constituye en garantía para ser viable este beneficio concursal. En otras palabras, el comerciante deudor manifiesta dificultades de pago por iliquidez, pero sin que los activos se vean afectados por deudas.

El activo es un recurso con valor que se posee con la intención de que genere un beneficio futuro; representa todos los bienes y derechos de una empresa, adquiridos en el pasado y con los que esperan obtener beneficios futuros. Todos los activos tienen el potencial de traer dinero sea mediante su uso, su venta o su intercambio.

Se conoce por pasivo como el conjunto de obligaciones que tiene una empresa con sus acreedores. Los pasivos se clasifican según la exigibilidad en el tiempo de sus obligaciones o el tiempo que tardara en vencer el plazo de un pago, clasificándose tradicionalmente “a corto” o “a largo plazo”.

La comprobación y constatación de este estado patrimonial en el atraso se realiza a través de los siguientes documentos: Los libros de comercio regularmente llevados, el balance comercial, el inventario practicado a los más de treinta días antes, con las estimaciones prudentiales de su lista de deudores, un estado nominativo de sus acreedores con la indicación del domicilio o residencia – en sentido comercial – y del monto y calidad de cada acreencia, su patente de industria y comercio si lo hubiere³¹. Lo cual indica que los instrumentos requeridos buscan establecer la situación patrimonial del comerciante al momento de solicitar el atraso. En consideración que es una institución en beneficio del deudor y la suspensión temporal de la exigibilidad de las acreencias, se exige la opinión favorable a su solicitud de sus acreedores³².

En el beneficio del atraso los acreedores en principio tienen la expectativa de cobrar por completo el monto de su acreencia, debido a que el activo patrimonial es superior pasivo. Esto no limita para que el comerciante deudor celebre acuerdo con sus acreedores para conceder quitas de interés y capital con la anuencia de todos los acreedores para su validez³³

Por insolvencia contablemente es una situación jurídica en la que se encuentra el comerciante cuando no posee liquidez suficiente para hacer frente al pago de las obligaciones de la empresa. Por liquidez es la calidad de los activos para obtener con ellos dinero efectivo de forma inmediata sin pérdida significativa de su valor y hacer frente a sus obligaciones a corto plazo. Cuando más fácil es convertir un activo en dinero se dice que es más líquido. Contrariamente lo que determina la situación de mayor o menor solvencia a corto plazo es la velocidad con que el activo corriente se convierte en dinero y la velocidad con que el pasivo corriente se transforma en exigible. En este caso se dan los siguientes casos:

1) La empresa genera dinero antes de que sus pasivos a corto se hagan exigibles y, por tanto, es solvente a corto plazo.

2) la empresa puede estar en situación de riesgo de insolvencia. El activo corriente tarda más en convertirse en liquidez que sus deudas a corto en hacerse exigibles, de forma que la empresa no tendrá suficientes recursos monetarios en el momento del pago.

³¹ Art. 899, Código de Comercio.

³² Art. 899, Código de Comercio.

³³ Art. 906 Código de Comercio.

3) Para solucionar el problema de insolvencia, se pueden modificar los plazos de disponibilidad y exigibilidad, ajustar las cuantías de activo y pasivo corrientes o actuar sobre ambas de forma combinada.

12. Quiebra

La institución concursal de la quiebra conforme al Código de Comercio está referida al comerciante que no se encuentre en estado de atraso; cesando en el pago de sus obligaciones mercantiles. Se realiza en beneficio de los acreedores bajo el principio “*Par conditio creditorum*” o el principio de absoluta igualdad entre los acreedores quirografarios en el momento de la repartición de los fondos de la liquidación del patrimonio del fallido. Todos los acreedores tendrían la misma oportunidad de cobrar el monto de sus acreencias – de entero o por fracción -. El proceso de quiebra finaliza o concluye teóricamente cuando se hayan satisfecho las deudas de todos los acreedores del fallido. La doctrina ha establecido la denominada clausura de la quiebra, concepto que se aplica cuando no existen bienes para liquidar o ya lo fueron los bienes objeto del desapoderamiento y no fue posible pagar la totalidad de créditos, pudiendo reabrirse cuando aparezcan bienes del fallido que puedan ser desapoderados nuevamente; manteniéndose el estado de quiebra³⁴.

Según Brunetti la declaración de quiebra operaría de derecho la disolución de la empresa en virtud que resultaría evidente la inutilidad de una deliberación de la asamblea que la registre; tanto si la quiebra solicitada fue realizada por los acreedores como si la misma previamente acordarla pedirla. La actividad comercial se detiene de forma automática impidiendo la realización del objeto comercial y se destina los bienes patrimoniales a la liquidación por parte de los órganos de la quiebra³⁵.

12.1. Cesación de pagos

Morles señala se puede estimar la causa determinante de la quiebra es el estado de insolvencia del patrimonio para satisfacer deudas vencidas; partiendo de esta base, los sistemas legales eligen un criterio para definirla. La cesación de pago puede ser un indicio de insolvencia pero no el único porque no es causa de quiebra sino su efecto más importante. Por eso, aunque haya cesación de pagos no se abre el concurso si no está fundado en la insolvencia verdadera, estado definitivo que corresponde a la insuficiencia del patrimonio.

³⁴ Dutto, Liliana Priscilia y Montesdeoca, Noelia Lourdes. 2014. “El rol del contador en el proceso concursal”. Trabajo de investigación. Universidad Nacional de Cuyo. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6219/dutt-montesdioca.pdf.

³⁵ Antonio Brunetti, “Disolución y liquidación”, en *Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario*. Tomo I (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001) 521-548.

La cesación de pagos es un estado de hecho que ha de ser acreditado, junto con la demostración que se está ante un estado permanente o definitivo no momentáneo o transitorio. Esta situación no se identifica con el desequilibrio meramente aritmético entre activo y pasivo, pero constituiría el antecedente necesario y suficiente del decreto de quiebra o de concurso preventivo del deudor – atraso- y debe ser apreciado por el juez, previa citación del deudor. Son hechos reveladores del estado de cesación de pagos del deudor, entre otros, la confesión expresa, judicial o extrajudicial, la fuga, ocultación o alejamiento sin haber dejado representante, la clausura del negocio, oficinas, fábricas o depósitos, el hurto u ocultación de mercaderías o muebles, la distracción, dispersión o donación de los bienes, uno o varios incumplimientos obligacionales en mora, comerciales o no, y los actos ficticios, ruinosos o fraudulentos. El síndico en su informe aconsejará la fecha inicial del período de sospecha y el juez fijará dicha fecha inicial atendiendo a los hechos reveladores acreditados³⁶.

Los tribunales venezolanos han decidido que la insolvencia y cesación de pagos son dos cosas distintas: si el comerciante es insolvente, su pasivo es superior a su activo, pero cumple con sus compromisos no puede ser declarado en quiebra. Por el contrario, el comerciante que cesa sus pagos puede ser puesto en quiebra, aunque su activo sea superior a su pasivo. Otro sector de la doctrina define la cesación de pago de un modo genérico como la imposibilidad material del deudor de satisfacer los compromisos mercantiles vencidos y exigibles³⁷.

12.2 Efectos jurídicos.

Al constituirse el estado de quiebra por declaración judicial en virtud de la cesación de pagos, esta naturalmente existió con anterioridad a la declaración misma; siendo importante precisar judicialmente la fecha que aconteció. En general se establece que los efectos de la quiebra se producen después o a partir de la fecha de cesación de pagos o en su defecto en el mismo día de la declaración de quiebra³⁸; siendo la regla general. Pero a veces los efectos de la quiebra se declaran existentes antes de la declaración misma, por lo menos en lo que concierne a determinadas operaciones jurídicas. Esto se conoce con el nombre de retroacción de la quiebra considerada como una medida de reintegración encaminada a traer a la masa de la quiebra, bienes que salieron del patrimonio del quebrado antes de su declaración formal pero en un momento en que el comerciante ya se encontraba en quiebra fáctica.

³⁶ Miguens. “El concepto de “estado de cesación de pagos” en el Derecho Concursal argentino” 510.

³⁷ Alfredo Morles Hernández, “El régimen de la crisis en la empresa mercantil”, en *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*, Tomo II, coord. Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004) 1943- 2014.

³⁸ Art. 936 Código de Comercio.

El estado generalizado del incumplimiento general de las obligaciones no se origina de manera súbita o repentina sino responde a un conjunto de hechos paulatinos y consecutivos en base a la posible intención dolosa o deliberada del deudor de perder solvencia realice una serie de actos en perjuicio de sus acreedores que podrían estar sujetos a concurso. También a este periodo se le ha denominado quiebra oculta pues estando insolvente impidió la exteriorización de la crisis patrimonial³⁹.

El juez en ningún caso retrotraerá la fijación de la fecha del inicio de la cesación de pagos por más de dos años⁴⁰, siendo el límite máximo del término de retroacción y se contará *ex tunc* o con retroactividad a partir de la sentencia que declara la quiebra o de la fecha de cesación de pagos que la sentencia establece según el caso. Este término se denomina periodo sospechoso y su razón va en procura de no alterar demasiado el tiempo de seguridad de las relaciones jurídicas. Dentro de estos dos años el tribunal fijaría la fecha del principio de cesación de pagos. La Sala de Casación Civil lo ha definido como aquél que precede la declaratoria definitiva de la quiebra y, dado la demora normal de este procedimiento concursal, busca asegurar de manera preventiva todo el patrimonio del fallido, con el cual se podría responder a las deudas de la misma; por ello su intangibilidad e inalterabilidad son necesarias hasta tanto se decida la quiebra⁴¹.

A los efectos de la nulidad de ciertos actos; la ley incluye en el cómputo, adicionalmente diez (10) días precedentes a dicha fecha; con tal adición, se conforma el denominado “periodo sospechoso largo” quedando afectado de nulidad respecto de los acreedores del concurso determinados actos: Enajenaciones de bienes muebles o inmuebles, a título gratuito. Las hipotecas convencionales o judiciales, derechos de anticresis, prenda y cualquier privilegio o causa de preferencia en el pago, obtenidos sobre bienes del deudor, por deudas contraídas con anterioridad a los diez días indicados. Los pagos de deudas de plazo no vencido.⁴²

Otros tipos de pago realizados por el deudor después de la cesión de pagos y antes del juicio declaratorio de quiebra, podrían ser anulados, si quienes los recibieron del deudor o contratado con él, tienen conocimiento de su estado al efectuarse tales actos.

³⁹ Set Leonel López Gianopoulos. “La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. file:///C:/Users/GM/Downloads/32106-29126-2-PB.pdf.

⁴⁰ Artículo 936- Código de Comercio.

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 392. 03-12-2001. Exp. No. 00-052.

⁴² Art. 945. Código de Comercio

Si el juez comprendería en su decisión la integridad del periodo legal, los diez días se sumarían a los dos años, posibilidad máxima de retroactividad. Si estimase que la cesación ocurrió en menor tiempo, los diez días se agregarían a la fecha de su fijación.⁴³

La doctrina ha establecido la diferencia entre periodo de sospecha y retroacción: La primera obedecería a una situación de hecho sobre el incumplimiento en un lapso determinado de las obligaciones por incapacidad patrimonial. La segunda tiene una connotación jurídica⁴⁴.

12.3 Quiebra técnica

Desde la perspectiva financiero-contable los estados financieros se preparan normalmente bajo el supuesto de que una entidad está en funcionamiento, y continuará su actividad dentro del futuro previsible suponiendo no tiene la intención ni la necesidad de liquidar o recortar sus operaciones. Sin embargo, existen diversos motivos por los cuales se puede cesar o liquidar una empresa, siendo una de ellas, la ocurrencia de un estado de quiebra determinada a través de información interna que posee la empresa. De allí la importancia y obligación que imponen las normas contables que en casos donde existan supuestos de incertidumbres, vinculadas con un eventual caso de quiebra, se deba reflejar esta información en los estados financieros para que los terceros involucrados en el negocio y que no conocen estos datos -por ser información interna o confidencial de la empresa- puedan tomar decisiones de manera acertada y sin que se les induzca a error por información omisa o confusa⁴⁵. En los casos, que no se aplique el principio de “empresa en funcionamiento” la empresa aplicará normas de valoración más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados⁴⁶.

La denominada “quiebra técnica” se ha establecido cuando el valor de las deudas es superior al valor total de los activos o las deudas con terceros superan el valor contable de los activos de forma que los fondos propios son negativos al tener pérdidas. Sin embargo esta situación patrimonial no necesariamente puede ser definitiva sino transi-

⁴³ María Auxiliadora Pisani Ricci. *La quiebra*. (Caracas, editorial Liber, 1997) 121-128.

⁴⁴ López “La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica”.

⁴⁵ Jennifer Isabel Arroyo Chacón, “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”. *Derecho y Sociedad*. N° 6. (2014). https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis_de_la_quiebra_perspetiva_jur%C3%ADdica_y_financiera_contable.pdf.

⁴⁶ María José Vergara Vidal. “La contabilidad de las empresas en liquidación” (Trabajo final de master. Master en gestión financiera y contabilidad avanzada”, 2016-2017). 3-6.

toria; en este último caso el comerciante podría convocar a los acreedores para aumentar el plazo de las acreencias o proponer quitas de las mismas y mantener su actividad. Cuando el acuerdo con los acreedores no es posible la empresa entraría en proceso de liquidación de sus activos para tratar de satisfacer a la mayor parte de sus acreedores.

Contablemente se utiliza el término de “quiebra técnica” supone una situación patrimonial negativa, es decir, **un estado en el que el valor en libros del activo es inferior al pasivo exigible**, tanto a corto como a largo plazo. Cuando el valor total de los activos es inferior al total de las deudas, haciendo que el pasivo no exigible o patrimonio neto (o fondos propios) sean negativos es decir también se encuentran afectados por las deudas.

El patrimonio neto de la empresa es la financiación propia o recursos propios es decir que no hay obligación de devolver; estando conformado por las cuentas: capital o aportes de los socios de la empresa; las reservas que son los beneficios obtenidos por la empresa que no se distribuyen y permanecen en la misma para aumentar sus recursos; resultados del ejercicio: si la empresa ha obtenido beneficio ira sumando y si ha obtenido perdida ira restando. Los beneficios de la empresa permanecerían en el neto hasta que se decida la forma de distribuirlos como los dividendos a socios, constitución de reservas. Acotando que la quiebra técnica como situación patrimonial puede existir independientemente de la declaración judicial de quiebra.

La quiebra técnica se refiere a la pérdida del patrimonio que incide financieramente sobre los índices de estabilidad de la empresa, pero no afecta la proyección de los flujos de caja para examinar en mediano y largo plazo la viabilidad financiera de la empresa. Los índices de estabilidad son los que miden los elementos que afectan la estabilidad de la empresa en la actualidad y hacia el futuro; como el nivel de endeudamiento, la cobertura y respaldo de las deudas de corto plazo con los activos circulantes, el nivel de pasivo en moneda extranjera e impacto de la carta de gastos financieros. Contablemente para determinar la existencia de quiebra técnica se debe restar al activo el pasivo; y solo si este último es superior al activo; se contrasta contra las partidas del patrimonio, con excepción del capital social, si aun así los pasivos superan tanto a las partidas del activo como del patrimonio, se debe analizar en ese momento se está en presencia de una quiebra técnica, lo cual es un elemento formal jurídico contable⁴⁷.

⁴⁷ Mariano Jiménez Zeledón. “La quiebra técnica en el Código de Comercio” Revista Judicial, Costa Rica, Nº 101, (2011) https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20101/pdf/07_quiebra.pdf.

12.4 Tipos de quiebra y contabilidad

El Código de Comercio establece tipos o clases de quiebras que tiene incidencia penal en virtud de ciertos hechos que pudiesen verificarse en el transcurso de la administración de la empresa. Específicamente en este aspecto se distinguen las quiebras culpables cuya ocurrencia se debe a la negligencia o impericia en su administración o disipada del fallido; en tanto la quiebra dolosa se origina por hechos con el propósito claro y contundente de hacer fracasar la gestión de la empresa. En ambos casos se verifica una cesión de pago definitiva que afecta particularmente a los acreedores.

En el caso de la quiebra culpable se establecen presunciones *iuris tantum*, es decir que admiten prueba en contrario; desde el punto de vista contable:

1) Si no hiciera al tribunal de comercio la declaración de su quiebra dentro de los tres días siguientes a la cesación de sus pagos.

2) Si no hubiere llevado libros de contabilidad o de correspondencia, o no conservare la que hubiere dirigido, o no hubiere hecho inventario, o si sus libros y correspondencia estuvieren incompletos o defectuosos, o no apareciere de ellos el verdadero estado de sus negocios, sin que haya fraude.

Seria declarada quiebra fraudulenta cuando el quebrado haya ocultado, falsificado o mutilado sus libros, o sustraído u ocultado el todo o parte de sus bienes, o si por sus libros o apuntes, o por documentos públicos o privados, se ha reconocido fraudulentamente deudor de cantidades que no debía.

13. Liquidación general.

En el caso de la disolución de las compañías en comandita por acciones y anónimas el nombramiento de los liquidadores constituye un acto societario de la asamblea que resolvió la liquidación, cuya designación y sus poderes serán registrado. Si las facultades de los liquidadores no fueren establecidos, estos no podrían ejecutar otros actos que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo sometándose a las disposiciones del Código Civil sobre el mandato.

Al tomar la posesión de su encargo los liquidadores deben realizar un inventario con la finalidad de determinar el patrimonio a liquidar; las cuales establezca todas las existencias o bienes, créditos y deudas de cualquier naturaleza de la empresa y a recibir los libros, correspondencia y papeles de la sociedad. Como continuar y concluir las operaciones que estuvieren pendientes al tiempo de la disolución. Las principales obligaciones de los liquidadores son, entre otras, velar por la integridad del patrimonio social en tanto no se produzca su reparto definitivo. Formular inventario y balance final, realizar las operaciones necesarias para la liquidación, percibir los créditos sociales,

pagar las deudas sociales, enajenar bienes sociales como cualquier otra necesaria para consecución de la liquidación. Continuar llevando la contabilidad y custodiar los libros y documentación de la sociedad; como informar a los socios y acreedores del proceso de liquidación-.

14. Liquidación amigable

Es un proceso propio o sui generis del atraso pues no tiene por finalidad la extinción de la sociedad mercantil sino su continuación o sobrevivencia frente a la circunstancia de la insolvencia y superarla. Ramírez señala consiste que el patrimonio atrasado adquiera numerario para proceder a pagar gradualmente e igualmente a los acreedores vendiendo activos, convertirlo en dinero efectivo y pagarle a los acreedores⁴⁸.

Concedida la liquidación amigable, el deudor tiene la facultad de proceder a realizarla respecto de todo activo y a la extinción del pasivo, con el concurso de la comisión de acreedores y bajo la dirección superior del tribunal, a quien se le dará cuenta de toda divergencia o cuestión que surgiere para su decisión en juicio verbal, oída siempre la comisión.

Las reglas especiales de la liquidación y las autorizaciones para vender, constituir prendas e hipotecas, tomar dinero a préstamo, transigir cuestiones, cobrar o hacer pagos u otros actos estrictamente necesarios al efecto de la liquidación, deberán ser autorizadas por el tribunal, bien en su fallo que acordó la liquidación, bien en decretos ulteriores, oyendo a la comisión de acreedores. La improcedencia de la liquidación amigable trae por consecuencia el estado de quiebra.

15. Liquidación quiebra

Todo comerciante que reconozca hallarse en estado de quiebra o encontrarse fallido; debe hacer por escrito la manifestación de ella ante el Juez de Comercio de su domicilio mercantil, dentro de los tres días siguientes a la cesación de sus pagos. En la quiebra de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada, la solicitan los administradores, los cuales se obligan a comparecer ante el tribunal y ante el síndico designado, siempre que sean requeridos⁴⁹.

⁴⁸ Luis, Ramírez. 2007. El beneficio de atraso en el derecho concursal venezolano: nuevas tendencias. Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de Profesor "ASISTENTE" en el escalafón, Universidad Católica Andrés Bello.

⁴⁹ Art. 925. Código de Comercio.

Al realizarse la manifestación debería acompañarse un balance general contendría la relación y valores de todos los bienes, muebles e inmuebles, y estados demostrativos, con la debida separación de todos los débitos y créditos, de los gastos y de las ganancias y pérdidas. Los estados de gastos y de ganancias y pérdidas contendrán los de los diez años anteriores a la quiebra. En caso que no pudiera presentarse, el fallido debe de justificarlo. Adicionalmente se presentaría una memoria razonada de las causas de la quiebra; en base a la cesación de pagos definitiva como situación patrimonial de hecho. El escrito, el balance y la memoria serán fechados y firmados por el fallido bajo juramento de ser verdaderos⁵⁰.

Los acreedores podrían provocar la declaración de quiebra, aunque sus créditos no sean exigibles. Los acreedores de créditos no mercantiles no podrían solicitarla sino a condición de justificar la cesación de los pagos de las deudas mercantiles lo que se entendería de otros comerciantes. Lo harán mediante demanda en que expliquen todos los hechos y circunstancias constitutivas de la cesación de los pagos de sus deudas. El comerciante demandado podrá oponerse a esta solicitud conforme a las excepciones y defensas previstas en el Código de Comercio como también acogerse al beneficio de atraso⁵¹.

15.1 Medidas preventivas

La institución jurídica de la quiebra, como fenómeno nunca deseado en el comercio, persigue la regulación de los derechos derivados de la cesación de pagos del comerciante, procurando, en todo caso, el justo y máximo cumplimiento de las deudas del fallido en relación con sus acreedores. La primera medida a tomar es la agrupación y aseguramiento de todos los bienes del fallido. Al introducirse la demanda sea por el fallido o los acreedores; en vista de los recaudos que la acompañen, podrá el Juez disponer preventivamente, la ocupación judicial de todos los bienes del demandado, sus libros, correspondencia y documentos, nombrando un depositario para dichos bienes y papeles como también prohibir que se le hagan pagos y se le entreguen mercancías. Esta medida a tomar buscaría agrupar y asegurar todos los bienes del fallido, para cuando se declare la quiebra se transforme en definitiva, para proceder a la liquidación de los mismos y su repartición proporcional entre los acreedores.

Todos los actos ejecutados por el fallido, los acreedores u otros actos judiciales en contradicción o violación a las medidas preventivas, serian declaradas nula en protección de la colectividad y totalidad de acreedores, quienes se verían afectados por

⁵⁰ Art. 926. Código de Comercio.

⁵¹ Art. 931. Código de Comercio.

acciones que tiendan a desplazar del activo del fallido a través de pagos de satisfacción individual.

La Sala de Casación Civil en base a la finalidad de la institución de la quiebra llegada la oportunidad de liquidación asevera que el acreedor hipotecario podrá hacer valer su privilegio sobre el resto de la masa de acreedores que conforma la liquidación; inclusive podrán participar en las asambleas o junta general sin significar la renuncia de su privilegio.

En conclusión, los acreedores privilegiados especiales sí pueden ejercer acciones individuales tendentes a ejecutar sus derechos; pero debe ser intentada contra el síndico después de la sentencia que la declara quien velara por la distribución correcta del valor liquidado, previa conformidad legal de la deuda –calificación– pagándose al deudor hipotecario y el remanente incorporándolo a los haberes del fallido. La acción individual para hacer valer la acreencia con el remate de un bien inmueble hipotecado del fallido, podrá ser intentada, en todo caso, después de la declaratoria de la quiebra y no durante el período sospechoso. Acotando que el bien hipotecado no deja de pertenecer a la masa patrimonial del fallido.⁵²

Se publicará de igual manera en el auto declaratorio de la quiebra que contra estas medidas se oirá apelación en un solo efecto. También se dictarían necesariamente si el demandado elude la citación. La declaración de quiebra hace exigibles las deudas del fallido de plazo no vencido.

15.2 Masa de acreedores

La sentencia de declaratoria de quiebra tiene naturaleza declarativa y constitutiva, en el sentido que determina que el deudor es un comerciante que cesó en sus pagos, estableciendo la fecha en que comenzó y las obligaciones vencidas y exigibles no satisfechas son de naturaleza mercantil. Es constitutiva al establecer un estado jurídico al fallido que antes no tenía. Esta declaración instituye la masa activa de acreedores siendo representada a través del síndico de forma pasiva o activa en juicio o fuera de este. La constitución de una masa o conjunto de acreedores que hay que satisfacer con la ejecución de los bienes es una comunidad forzosa de intereses entre los acreedores del fallido- Burgos-. Desde el momento que se dicta la sentencia declaratoria de quiebra los acreedores automáticamente forman parte de esta masa⁵³.

⁵² Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 392. 03-12-2001. Exp. No. 00-052.

⁵³ María Margarita Torres Mago, “La quiebra empresarial”. (Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, 2005), 54-55. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ7813.pdf>.

En la masa pasiva, entran todos los acreedores. La masa activa son todos los bienes y derechos del fallido. Los acreedores anteriores a la declaración de quiebra están sometidos a sus efectos y por consiguiente tienen derecho a participar en ella, se les denominan concursales. Los que efectivamente participan en la fase de liquidación de la quiebra se les denominan concurrentes. Para la formación de la masa pasiva es necesario que el acreedor demuestre a la junta de acreedores la existencia de su crédito y, sea clasificado según su naturaleza a través de su graduación para satisfacer en la forma que el ordenamiento jurídico prevé.

Si bien la solicitud de declaratoria de quiebra en los casos del fallido como de los acreedores se fundamenta en la cesación de pagos; sin embargo, en el primero se debe demostrar el estado patrimonial, en el segundo la no cancelación de las propias acreencias de carácter mercantil a excepción del acreedor por deudas civiles.

Manuel Broseta Pons señala el principio de conservación de la empresa evita la desintegración del patrimonio del empresario como consecuencia de las ejecuciones individuales, lo cual se logra reuniendo a todos los acreedores en una organización de defensa que pueda convenir con el empresario deudor el cumplimiento de sus obligaciones por medio distinto a la ejecución⁵⁴.

Vivante manifiesta con ayuda del balance, de los libros y papeles del quebrado, se debe formar un estado de todos los acreedores a quienes se ha de invitar para la primera junta señalada por la sentencia declaratoria de la quiebra. Esta se constituye definitivamente con aquellos acreedores y créditos que se reconozcan y admitan⁵⁵.

Ricci señala las diversas acepciones de la masa (activa y pasiva) es preciso distinguir, dentro de la activa dos expresiones que la doctrina califica como acreedores en la masa y acreedores de la masa. Los acreedores de la masa son con posterioridad a la sentencia teniendo su origen en la gestión o actividad realizada por el síndico con la finalidad a liquidar y distribuir el patrimonio del fallido; siendo excluidos o quedando fuera en la masa de acreedores porque en este último caso la integran los acreedores preexistentes a la sentencia y siendo los otros posteriores. Tienen, en general, derechos iguales; deben ser pagados antes que los acreedores en la masa; incluso pueden cobrar en el curso del proceso porque no tienen razón para esperar a la terminación de la quiebra; escapando a la ley del dividendo. Los acreedores en la masa no obstante de continuar conservando la titularidad de sus créditos son desprovistos de sus acciones de ejecución individual para incorporarse a la ejecución colectiva concursal⁵⁶.

⁵⁴ Broseta y Martínez 2020, 657-666.

⁵⁵ Cesar Vivante, "Administración de la quiebra", en Derecho Mercantil, traducción, prologo y notas por Francisco Blanco Constans (Madrid: La España Moderna. 2002) 604- 605.

⁵⁶ Pisani. "La quiebra". 117

Torres Mago observa que el acreedor concursal solo tiene un derecho potencial sobre el producto de realización del patrimonio al ser solo beneficiario de la liquidación; en cambio el concurrente una vez reconocido su crédito, tiene un derecho efectivo a beneficiarse de esa liquidación. Los acreedores de la masa –concursales- son preferentes lo que significa que no forman parte de la masa en consecuencia cobran primero que los acreedores en la masa, completo y no esta sujetos a prorrato⁵⁷. Realmente los acreedores de la masa hacen la operativa la consecución de la liquidación.

15.3. Calificación de créditos

Los acreedores concursales solo adquieren el derecho efectivo de participar en la distribución en el producto de la realización del activo del deudor en la quiebra cuando acuden a verificar y calificar su crédito siendo estos reconocidos. Es una formalidad obligatoria impuesta a los acreedores en la masa del fallido sean de naturaleza civil o mercantil. Posteriormente se gradúan los créditos o jerarquizan colocándose en el lugar y orden correspondiente según sus características. Desde el día de declaración de la quiebra los acreedores podrán depositar en la secretaria del tribunal la solicitud de calificación de sus créditos con los documentos justificativos del mismo y la demostración de las cantidades liquidadas que se les adeuda. El síndico en virtud del cotejo que se hicieren con los libros y papeles del fallido y demás datos que adquieran, extenderán un informe por escrito sobre todos y cada uno de los créditos reclamados⁵⁸. Se constituiría la junta de calificación a los efectos de examinar y calificar los créditos que justifican los acreedores.

15.4. Desapoderamiento

Declarada con lugar la solicitud de quiebra; se implementan una serie de medidas con la finalidad de aprehender o fijar los bienes y créditos del fallido a liquidar; destaca la que busca privarlo del gobierno de la empresa. No significa la expropiación o cesión a un nuevo propietario; sino su exclusión de la dirección para facilitar la liquidación a través de su inhabilitación para la administración de todos sus bienes, disposición de ellos, o para contraer sobre ellos nuevas obligaciones. La administración de que se priva al fallido pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por los síndicos. El desapoderamiento comprendería la pérdida de la administración y disposición de bienes del fallido y las transferencias de estas facultades a los acreedores⁵⁹. La finalidad

⁵⁷ Torres Mago, “La quiebra empresarial”. 54-56.

⁵⁸ Art. 1000 Código de Comercio.

⁵⁹ Pages Cubeddu, Mariana. 2003. “Efectos de la quiebra”. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista

es formar el activo de la quiebra mediante la reunión de los bienes enajenables de valor patrimonial. El fallido conserva el dominio de sus bienes queda privado de su administración como la facultad de disposición a fines de la liquidación⁶⁰.

15.5 Operaciones de la quiebra.

Son todos aquellos actos que van desde la ocupación de los bienes hasta la distribución del importe de la liquidación por la venta de estos. Los cuales destacan:

1. Comprobación del activo: La determinación de la cuantía del activo sirve para conocer de cuanto se dispone para la satisfacción de los acreedores; y resulta indispensable para la conclusión del convenio entre el fallido y los acreedores aceptado por unanimidad de estos cuya finalidad es interrumpir el procedimiento de quiebra y eliminar la liquidación judicial del patrimonio del deudor; entre otros.
2. Ocupación de los bienes es el estado inicial de todas las operaciones de la quiebra; siendo una inmovilización patrimonial, el cual se efectúa mediante el sellado a que debe proceder el funcionario que haga las veces del ejecutor. Al hacerse la ocupación no se discierne entre lo que se debe o no se debe.

Declarada la quiebra, se fijan sellos en todos los bienes y papeles del quebrado tienen por objeto evitar que puedan dispersarse en el periodo en que el síndico los necesite para tomar posesión y hacer inventario de ellos. El síndico podría solicitar que no se fijen sellos sobre los libros de comercio del quebrado; para que reconstruya la situación de la quiebra. Podría pedir autorización al juez para levantar los sellos con la finalidad de formar el inventario constituyéndose en depositario de los bienes y papeles del fallido para proceder a la liquidación del activo⁶¹. Los sellos serán gradualmente retirados a medida que se forme el inventario y cada día que la operación se interrumpa se hará constar en el expediente la suspensión y se podrán sellos en lo no inventariado. Concluido el inventario, el juez entregara al síndico cada uno de los bienes inventariados. A partir de ese momento; el síndico queda constituido en administrador y depositario de los bienes de la quiebra⁶².

en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello.

⁶⁰ Ascarelli "Efectos de la declaración de quiebra". 722-754

⁶¹ Ascarelli "Administración de la quiebra". 679-681.

⁶² Pisani. "La quiebra".129-136.

15.6. Incautación

Significa poner a la orden del síndico a través de su apoderamiento de todos los bienes, créditos o evidencias que faciliten la conformación de patrimonio liquidable. Se concretaría particularmente a través de medidas de ocupación judicial de estos; inclusive los libros de comercio y otros documentos e instrumentos que faciliten la determinación del patrimonio a liquidar como evitar su dispersión suponiendo actividades de indagación, aseguramiento o recuperación. La ocupación judicial sería la medida preventiva de carácter definitivo para asegurar los bienes del fallido, impidiendo que se oculten o se sustraigan; siendo la aprehensión material o desposesión de los bienes. Destacando entre otros, particularmente:

1. La orden de ocupar judicialmente todos los bienes del fallido, sus libros, correspondencia y documentos.
2. La orden de que las cartas y telegramas dirigidos al fallido sean entregados a los síndicos.
3. Prohibición de pagar y de entregar mercancías al fallido, so pena de nulidad de los pagos y entregas,
4. Orden a las personas que tengan bienes o papeles pertenecientes al fallido para que los pongan a disposición del Tribunal de Comercio.
5. la orden de convocar a los acreedores presentes para que concurran con los documentos justificativos de sus créditos, a la primera junta general; la orden de que se publiquen la declaratoria de quiebra.

15.7. Aseguramiento

El Juez de Comercio al declarar la quiebra, por sí o por otro a quien comisione, pasará por todos los establecimientos del fallido, y exigirá la entrega de las llaves de éstos y la manifestación de todas sus pertenencias. Sellará los almacenes, escritorios, arcas, mercancías y demás pertenencias del fallido, aunque estén en poder de terceros. Hará una descripción de los bienes semovientes, y demás cosas que no puedan sellarse. No se sellarán los efectos expuestos a próxima pérdida o deterioro. Estos efectos serán inventariados inmediatamente y tasados y entregados al síndico si ya hubiere entrado en sus funciones, o a depositarios especiales hasta que aquél se posesione.

Tampoco se sellarán los libros del fallido, ni los efectos de comercio cuyo término de presentación, cobro o protesto estuviere próximo a vencer; y se entregarán al síndico inventariándolos previamente. El Juez rubricará en los libros los últimos asientos y los espacios blancos que tuvieren, y a continuación de la última hoja pondrá una certificación detallada del número de páginas escritas y del estado material en que

se encuentren. Podrán dejarse en poder de los administradores o tenedores de ellos los muebles del fallido, con cargo de llevar cuenta de los productos, mientras se entregan al síndico o a otros depositarios especiales.

15.8. El inventario

El inventario es el documento más simple en contabilidad y es una relación detallada, ordenada y valorada de todos los bienes, derechos y deudas de la empresa. Sirve para comprobar cuáles son los elementos que componen el patrimonio actual en un momento determinado. En el estado de quiebra lo realizará el síndico acompañado del fallido o de un delegado suyo y por otro delegado que designen los tres acreedores de mayor suma residentes en la localidad. A falta de los delegados, el síndico se acompañará de dos empleados de casas de comercio bien reputadas. Los sellos serán gradualmente levantados a medida que se forme el inventario; y cada día que la operación se interrumpa, se hará constar en el expediente la suspensión del acto y se pondrán los sellos en lo no inventariado.

El inventario se escribirá por duplicado y contendrá la descripción especificada del dinero, letras de cambio, billetes, mercancías con distinción de marcas, número, peso y medida, de los demás bienes muebles e inmuebles y demás papeles de interés y el justiprecio de los bienes hecho por el síndico, quien al efecto podrá acompañarse de las personas que eligiere, de acuerdo con el Juez de Comercio y los tres principales acreedores de la localidad. Concluido el inventario y firmado por todos los intervinientes, el Juez entregará al síndico todos los bienes inventariados y éste pondrá su recibo al pie de cada uno de los dos ejemplares, conservando uno de éstos; el otro se agregará al expediente de quiebra.

Ascarelli señala que la redacción del inventario y la inclusión en el mismo de bienes; crea en principio una presunción *juris tantum* de pertenencia a la masa de acreedores. El síndico se constituye por la redacción del inventario en administrador de los bienes en el comprendidos, quedando en una situación semejante a del depositario judicial⁶³. Vivante expresa que el dinero recaudado por la liquidación o por el ejercicio del comercio seguido por el comisario, deducidos los gastos de justicia, los débitos de la masa y los alimentos o bienes para sustento otorgados al quebrado, se reparte entre todos los acreedores en proporción de sus créditos reconocidos, reservando una suma correspondiente a los créditos condicionales y no reconocidos aún⁶⁴.

⁶³ Ascarelli. “Quiebras”, 714-756.

⁶⁴ Cesar Vivante, “Liquidación del activo”, en Derecho Mercantil, traducción, prologo y notas por Francisco Blanco Constans (Madrid: La España Moderna. 2002) 610- 615.

16. Peritaje contable

La determinación en los procesos concursales de las hipótesis de atraso y quiebra, en este último caso como disolución y posterior extinción de la empresa mercantil, requiere de la actividad pericial para determinar el estado patrimonial que se invoca ante la autoridad judicial. En este sentido, se necesita de los conocimientos del profesional de la contaduría o contador público. Las concepciones al respecto definen al peritaje contable judicial como el conjunto de doctrinas jurídicas y contables que orientan o guían la ejecución y desarrollo de esta para fines judiciales. También el peritaje contable abarca la interpretación de los datos, informaciones, registros haciéndolos verificables.

La peritación es el acto cognoscitivo sobre el objeto de la pericia; el dictamen la opinión razonada que se emite al concluir el estudio. Los peritos deben realizar el estudio acucioso, riguroso del problema encomendado para producir una explicación y conclusión consistente. Por lo general, esta actividad cognoscitiva será contenida en un documento que refleje las secuencias fundamentales del estudio efectuado, los métodos y medios empleados en una exposición razonada y coherente, las conclusiones, fecha y firma⁶⁵.

Es una actividad procesal desarrollada por encargo judicial, especialmente calificada por sus conocimientos técnicos y científicos, mediante el cual se suministrará al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto a ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento podría escapar a las aptitudes del común de las gentes o incluso de la preparación judicial. La aplicación de este conocimiento especializado ha sido interpretada como un medio probatorio o un medio de apreciación del cual el juez necesita valerse para suplir los conocimientos que carezca⁶⁶.

El supuesto contable del atraso como es la insolvencia y la cesación de pagos en la quiebra se requiere verificarse principalmente de los registros contenidos de los libros de comercio como de los balances y estados financieros producidos durante el giro de la empresa y aportados al proceso por el fallido para que la autoridad judicial emita la respectiva resolución sea en beneficio de los acreedores inclusive el propio deudor. La declaración judicial de quiebra estipula una declaración sobre la fecha de la cesación de los pagos que determina el periodo de sospecha que busca retroactivamente establecer y abarcar ciertas operaciones o negocios judiciales en principio se suponen realizadas en fraude de los acreedores; esta especificidad tiene como finalidad consolidar patrimonio del fallido para su posterior liquidación. Se requeriría conocimientos

⁶⁵ Arroyo Morales, Angélica. 2009. "Enfoque doctrinario y factual del peritaje judicial contable en el Perú (2004-2008)". Tesis para optar al grado académico en doctor en ciencias contables y empresariales. Universidad Mayor de San Marcos. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/4566/Arroyo_ma.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁶ Carlos Hernández Bernal. Casación venezolana. Volumen III. (Caracas, Carlos Hernández Bernal, 1983) 134-135.

técnicos y contables entre otros fines, para la realización del inventario de la quiebra y el justiprecio de los bienes y créditos a liquidar. La doctrina ha establecido la necesidad de intervención judicial particularmente en el aspecto penal, para calificar la quiebra como culpable o fraudulenta en lo referido en el aspecto contable.

El contador público puede producir la información necesaria antes de llegar al proceso concursal, y podría analizar e interpretar la situación patrimonial para evitarla, proponiendo alternativas de situación ante una crisis. En el caso de los procesos concursales, entre otras actividades resalta el apoyo al juez en sus decisiones, brindando la opinión profesional y utilizando su capacidad para la conservación del patrimonio a liquidar de la empresa fallida⁶⁷.

CONCLUSIONES

La noción de cesación de pago es de carácter contable-jurídica origina el proceso de concursal, particularmente la quiebra; en consecuencia la disolución de la sociedad mercantil refleja una situación patrimonial que compromete el pago de las obligaciones adquiridas. El sistema contable como conjunto de pautas y reglas permite el registro y asiento de las operaciones patrimoniales particularmente contenidas en los libros de comercio e inventarios como medio de prueba e información para terceros indispensable para determinar la situación de quiebra a través de su examen. Sin embargo, es preciso de establecer el aspecto técnico y jurídico de la quiebra no como dos realidades diferentes sino conceptos complementarios sobre el diagnóstico patrimonial.

El proceso de liquidación conllevaría a la extinción de la sociedad mercantil, con sus particularidades sea la liquidación propiamente dicha, la quiebra y excepción el atraso. En estos casos la ley, particularmente sobre la quiebra prevé una serie de procedimientos como el establecimiento de medidas preventivas provisionales y permanentes, la constitución de la masa de acreedores, el desapoderamiento del fallido que afecta la disposición y administración de los bienes, obligaciones y deudas, la determinación de la cesación de pagos, las operaciones propias durante la quiebra, la incautación y aseguramiento de los elementos patrimoniales particularmente a través del sellado e inventario que refleja el patrimonio liquidable que no tiene un carácter definitivo sino pudiera considerarse abierto a nuevos bienes que hayan sido descubiertos o encontrados durante la liquidación.

Por último, en virtud de la complejidad paulatina y sucesiva adquirida por la ciencia contable, resulta pertinente destacar la necesidad del peritaje como auxiliar de los órganos de justicia para una ejecución más efectiva del patrimonio del fallido.

⁶⁷ Dutto y Montesdeoca, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Chacón, Jennifer. “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”. *Derecho y Sociedad*. N° 6.2014. https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis_de_la_quiebra_perspetiva_jur%C3%ADdica_y_financiera_contable.pdf.
- Arroyo Morales, Angélica. “Enfoque doctrinario y factual del peritaje judicial contable en el Perú (2004-2008)”. Tesis para optar al grado académico en doctor en ciencias contables y empresariales. Universidad Mayor de San Marcos. 2009. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/4566/Arroyo_ma.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ascarelli, Tulio. “Derecho Mercantil”. (México D.F., Porrúa, 1940).
- Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Francisco. “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. II. (Madrid, Tecnos, 2020).
- Brunetti, Antonio. “Sociedades Mercantiles”, Serie Clásicos del Derecho Societario. Tomo I. (México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001).
- Cabrera Romero Jesús Eduardo. “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre”. Tomo II. (Caracas, Editorial Jurídica Alva, 1989).
- Dutto, Liliana Priscilia y Montesdeoca, Noelia Lourdes. “El rol del contador en el proceso concursal”. Trabajo de investigación. Universidad Nacional de Cuyo. 2014. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6219/dutt-montesdioca.pdf.
- Fidhel Gonzales, Luis Ernesto. “Derecho Contable: Los libros de Comercio”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N° 4. Tomo I- II. Homenaje al Prof. Pedro Pablo Aguilar. (Caracas, Sovedem, 2020).
- García Bolívar, O. “De la disolución de las sociedades mercantiles”. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*. N° 52. (Caracas, UCAB, 1998).
- Goldschmidt, Roberto. “Curso de Derecho Mercantil”. (Caracas, Ediar Venezolana, 1979).
- Hernández Bernal, Carlos. “Casación venezolana”. Volumen III. (Caracas, Carlos Hernández Bernal, 1983).
- Hernández G. Ignacio. “Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en casos de insolvencia Con especial referencia a la crisis patrimonial de PDVSA”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 1. Homenaje al Dr. Carlos Lepervanche Michelena. (Caracas, Sovedem, 2018).
- Hevia O, Burt S. “El régimen jurídico de la contabilidad mercantil en Venezuela”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N° 4. Tomo I- II. Homenaje al Prof. Pedro Pablo Aguilar. (Caracas, Sovedem, 2020).
- Hung Vaillant, Francisco “Sociedades”. 6° Edición. (Caracas, Vadell hermanos Editores, 2005).
- Jiménez Zeledón, Mariano. “La quiebra técnica en el Código de Comercio” *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 101, 2011 https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20101/pdf/07_quiebra.pdf.
- Torres Mago, María Margarita. 2005. “La quiebra empresarial”. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello.

- Martínez Tenorio, V. “De la expiración del término establecido como causal de disolución de las sociedades mercantiles”. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*. N° 52. (Caracas, UCAB, 1998).
- Miguens Héctor José. 2012 “El concepto de “estado de cesación de pagos” en el Derecho Concursal argentino”. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* N°. 2012.
- Alfredo Morles Hernández. Alfredo. “Curso De Derecho Mercantil”. Tomo VI: Los Contratos Mercantiles, Derecho Concursal. (Caracas, UCAB, 2001).
- Morles Hernández, Alfredo. “La disolución de las sociedades mercantiles”. *Cuestiones de Derecho Societario. Serie Estudios* 63. 55-128. (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006).
- Morles Hernández, Alfredo “El régimen de la crisis en la empresa mercantil”. *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904, Tomo II*, coord. Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004).
- Perera Planas. Nerio, “El Código Civil de la República de Venezuela”. (Caracas, Ediciones MAGON, 1978).
- López Gianopoulos. Set Leonel. “La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. file:///C:/Users/GM/Downloads/32106-29126-2-PB.pdf.
- Ramírez. Luis. 2007. “El beneficio de atraso en el derecho concursal venezolano: nuevas tendencias”. Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de Profesor “asistente” en el escalafón, Universidad Católica Andrés Bello.
- Pages Cubeddu, Mariana. 2003. “Efectos de la quiebra”. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello.
- Pisani Ricci. María Auxiliadora. “La quiebra”. (Caracas, Editorial Liber, 1997).
- Sanojo, Luis. “Exposición del Código de Comercio con su texto”. (Caracas, Editorial Rex, 1962).
- Vergara Vidal, María José 2016-2017. *La Contabilidad de las empresas en liquidación*. Trabajo Final de Master. Master en gestión financiera y contabilidad avanzada. Universitat Jaume I.
- Vivante, Cesar. “Tratado de Derecho Mercantil”, Volumen II, *Las Sociedades Mercantiles*, traducción por Ricardo Espejo de Hinojosa. (Madrid, Editorial Reus. 1932).
- Yannuzzi Rodríguez. Salvador R. “Examen de los libros de comercio. Algunos comentarios a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N° 5. Tomo I- II. Homenaje al Prof. María Auxiliadora Pisani Ricci. María Auxiliadora. *Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*. (Caracas, Sovedem, 2020).

Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa

Jesús A. Villegas Ruiz*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-153-196

Resumen: El artículo ilustra, de forma introductoria, la importancia del estudio del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa contemporánea. La noción de *Compliance & Risk Management* tiene como implicación inmediata el análisis reflexivo del rol del abogado de empresa y su función con su cliente: la empresa. De igual forma, el artículo explora los elementos de todo programa de cumplimiento y la necesaria flexibilidad que requiere en su implementación corporativa. Finalmente, el ensayo explora las relaciones existentes entre la cultura del cumplimiento y la ética y los problemas que ocurren cuando los controles de cumplimiento fallan.

Palabras clave: Cumplimiento, análisis de riesgo, gobierno corporativo, entorno regulatorio.

Introduction to the study of the Law of Regulatory Compliance and Regulatory Analysis of the company

Abstract: *The paper points out, in an introductory way, the importance of the study of regulatory compliance and regulatory analysis for the modern enterprise. The notion of Compliance & Risk Management has as an immediate implication in the reflective analysis of the role of the in-house counsel and his purpose with his client: the corporation. Similarly, the essay explores the elements of any compliance program and the necessary flexibility it requires in its corporate implementation. Finally, the essay points out the relationships between compliance culture and the problems that may occur when compliance controls fail.*

Key words: *Compliance & Risk Management, Regulatory analysis, Corporate Governance, Regulatory Environment.*

Recibido: 07/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho, Universidad de Boston. Magíster en Jurisprudencia Comparada, Universidad de Pensilvania. Profesor de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magíster en Administración en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial reconocimiento a la abogada Isabella Perera por su contribución en la revisión bibliográfica de este ensayo, así como sus comentarios y precisiones sobre este estudio.

Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa

Jesús A. Villegas Ruiz*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-153-196

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Concepto y presupuestos. 1.1.- Autorregulación empresarial o self-policing. 2. Análisis del riesgo legal. 2.1.- El riesgo financiero. 2.2.- El riesgo político. 2.3.- El riesgo reputacional. 2.4.- El riesgo regulatorio. 3. Elementos de todo programa de cumplimiento. 3.1.- Generalidades de la norma ISO 37301. 3.1.1.- ¿son las normas ISO obligatorias en términos legales? 3.1.2.- Características generales de la norma ISO 37301. 3.2.- Elemento clave No. 1: Compromiso gerencial. 3.3.- Elemento clave No. 2: Proceso de análisis del riesgo y due diligence sobre clientes. 3.4.- Elemento clave No. 3: Estructura de delegación de autoridades y controles internos. 3.5.- Elemento clave No. 4: Entrenamiento a los empleados. 3.6.- Elemento clave No. 5: Monitoreo, prueba de los controles y auditoría. 3.7.- Elemento clave No. 6: Investigaciones internas. 3.8.- Elemento clave No. 7: Registro de todas las actuaciones realizadas. 3.9.- Elemento clave No. 8: Revisión de cada M&A y alianzas comerciales. 4. Importancia del cumplimiento normativo. 4.1.- Mitigación de riesgos para la compañía y negocio. 4.2.- Colaboración con las autoridades administrativas y penales. 4.3.- Protección de la marca corporativa a través de la prevención. 4.4.- ¿Invertir en compliance o tener los medios y recurso adecuados? 4.5.- Cultura organizacional del cumplimiento y la ética. 5. Nota final: cuando compliance y el análisis del riesgo fallan. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho, Universidad de Boston. Magister en Jurisprudencia Comparada, Universidad de Pensilvania. Profesor de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magister en Administración en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial reconocimiento a la abogada Isabella Perera por su contribución en la revisión bibliográfica de este ensayo, así como sus comentarios y precisiones sobre este estudio.

INTRODUCCIÓN

¿Somos los abogados facilitadores de soluciones u obstruccionistas? El abogado corporativo contemporáneo se encuentra en una posición compleja: por una parte, busca asesorar a su cliente de la mejor manera posible, y por otra, entiende que el ejercicio de su profesión es navegar entre leyes y regulaciones para lograr los fines del negocio, la empresa, o de su cliente. El abogado de empresa se enfrenta así a la intersección entre el negocio que representa y un amplio derecho regulatorio que su cliente debe cumplir. De esta manera, situaciones de seguridad nacional, los intereses económicos nacionales y extranjeros, relaciones internacionales, terrorismo, entre otros tantos, forman parte del análisis global del *abogado de empresa*.

Cabe preguntarnos en este contexto: ¿el país donde estamos distribuyendo se encuentra sancionado? ¿es una amenaza nuestra relación comercial a la seguridad nacional? ¿nuestros clientes saben de las regulaciones aplicables y las ejecutan efectivamente? ¿nuestra cadena de suministro y distribución tiene contacto con sujetos sancionados? En el supuesto de exportar, ¿saben nuestros empleados la implicación de la exportación a un sujeto o país sancionado? ¿qué moneda de pago debemos utilizar para honrar nuestras obligaciones? ¿indirectamente financiamos al terrorismo con nuestros productos terminados? Esas, y muchas otras preguntas, son parte del análisis regulatorio y penal necesario como oficiales de cumplimiento y abogados corporativos que esperamos explorar en este ensayo.

1. Concepto y presupuestos

Para el propósito de este ensayo y a efectos didácticos, *Compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones comerciales de una empresa. La función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones.¹ En nuestro caso puntual, nuestra noción de *compliance* se centra en establecer reglas internas de control de forma sistemática y autorregulada para esclarecer todo tipo de preguntas que, de forma más habitual que esporádica, son de difícil respuesta y requieren un criterio sólido para ser respondidas adecuadamente. Por ello, nuestra visión de *compliance* es *amplísima* toda vez que puede ser aplicado a múltiples problemas corporativos de diversa índole: problemas éticos, penales, regulatorios, legales, de comercio internacional, entre otros, que representan un riesgo potencial para la empresa y que puede ser mitigado con prevención o una adecuada estrategia legal y

¹ Geoffrey P. Miller, *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* (New York: Aspen Casebook series, 2014), p. 137.

comercial.² Por ello, si el cumplimiento normativo supone control, en paralelo, también supone entendimiento del riesgo en su contexto.

Al tener un sistema de controles internos se asegura, por una parte, la rápida identificación de riesgos legales para nuestros clientes, y, por otra, el plan de acción que se debe seguir en los distintos casos que puedan existir. Al tener los procedimientos preestablecidos el actuar puede resultar más sencillo y eficiente en la mayoría de las situaciones. De igual manera, es importante señalar que la práctica de *compliance* no es una práctica de redacción de políticas corporativas inmutables; por el contrario, es el dinamismo entre la ejecución de las normas internas corporativas y la navegación de la regulación que enfrenta el negocio de manera estratégica. Este dinamismo, también implica el monitoreo constante de los controles para que, en caso de ser necesario, se haga la corrección en las fallas que este pueda tener.

La noción de *compliance* que estudiamos y defendemos en estas palabras, supone: (a) que el actor en cuestión sea una organización empresarial compleja, no una persona individualmente considerada y (b) que además de referirse al comportamiento empresarial de la organización respecto a su adecuación a las normas, más importante aún, se refiere a las acciones que toma la empresa en asegurarse que las normas son cumplidas y obedecidas.³ Creemos en este ensayo que *compliance* es una noción flexible y aplicable a muchas formas de regulación (ya sea de carácter corporativo interno, como hemos señalado, o realmente regulatorias o legales, como explicaremos en las próximas líneas). En esta forma de apreciar la realidad empresarial, *compliance* engloba indistintamente el derecho regulatorio y el derecho penal en beneficio de la prevención de un riesgo potencial y que puede tener impactos empresariales considerables. De esta manera, *compliance* es todo aquello que pasa tras los bastidores corporativos y mucho antes del suceso o hecho que desencadena los riesgos inminentes a los que se sujeta una compañía regulada. Ahora bien, ¿¿qué debe tener todo sistema de cumplimiento preventivo?

Para hablar de un sistema de controles, obligatoriamente necesitamos: (i) un ambiente normativo y regulatorio que nos afecte y que esté plenamente identificado; (ii) una actividad comercial supervisada y/o controlada; (iii) un análisis constante del riesgo del incumplimiento de las regulaciones locales; (iv) canales efectivos de comunica-

² Debemos señalar que, si bien no lo abordaremos a profundidad en este trabajo, en algunos casos, este sistema normativo puede también enfocarse en procurar un ambiente laboral “sano” de trabajo para todos los empleados que forman parte de la empresa. Para ello, buscan establecer y hacer cumplir ciertos lineamientos relativos al respeto en el lugar de trabajo, respeto a los derechos humanos, intolerancia al *bullying*, entre otros aspectos que básicamente buscan defender la dignidad de los empleados y el desenvolvimiento de sus actividades en un entorno adecuado. Ciertamente, esta idea de *compliance* amplia, inclusive tiene una relación directa con el derecho laboral contemporáneo y sus disposiciones.

³ *Id.*

ción con los integrantes de una organización, y (v) monitoreo constante de la actuación empresarial de acuerdo con los controles previamente establecidos. Teniendo esto claro, el trabajo en la elaboración y construcción de controles y normativas internas puede ser mucho más óptimo. Estos aspectos por considerar son fundamentales por las razones que estudiaremos con detenimiento más adelante en la sección III de este ensayo.

1.1 Autorregulación empresarial o self-policing

Además de los elementos antes mencionados, un *compliance program* requiere, necesariamente, autorregulación corporativa o *self-policing* interno, así como un equipo que se encargue de ejecutar esas políticas en beneficio de la empresa. Cualquier programa de cumplimiento implica políticas y procedimientos que dan contenido y efecto a las normas éticas y que abordan y apuntan a reducir los riesgos identificados por la empresa como parte de su proceso de evaluación de riesgos.⁴ La regulación privada transnacional constituye un cuerpo de normas (también prácticas y procesos) creadas por actores privados, agrupaciones industriales, organizaciones no gubernamentales, comunidades científicas y agrupaciones de agentes interesados públicos y privados, los cuales ejercen poderes autónomos de regulación.⁵ La entidad empresarial se autorregula en la medida que sus órganos corporativos establecen reglas, protocolos y modos de proceder en su negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo. Por ello, la autorregulación nace del propio seno de la entidad comercial atendiendo a sus necesidades corporativas.

La autorregulación puede tomar una variedad de formas. Por una parte, la regulación corporativa puede ser dejada completamente a la compañía interesada.⁶ Ciertamente, las sociedades mercantiles tienen una función normativa al momento de celebración de sus asambleas estableciendo la estructura jurídica del ente y fijando las políticas generales de la sociedad,⁷ lo cual se aterriza inclusive en una junta directiva como órgano administrador de la sociedad, y la delegación de funciones a comités especializados dentro de la empresa para la participación de toda la gerencia senior y

⁴ U.S. Department of Justice, Criminal Division, EVALUATION OF CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS, 2020, p. 4. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

⁵ José Annichiarico, «La autorregulación privada en Venezuela». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, No. 5, (2011): pp. 311-344.

⁶ Jennifer Zerk, *MULTINATIONALS AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: LIMITATIONS AND OPPORTUNITIES IN INTERNATIONAL LAW* (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 37.

⁷ Alfredo Morles Hernández, *CURSO DE DERECHO MERCANTIL: LAS SOCIEDADES MERCANTILES, Tomo II-B*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001), 5ta ed., pp. 1.327 y ss.

junior para el cascadeo a todas las funciones del negocio. Así, la regulación privada trasnacional se vale, en primer lugar, del mecanismo contractual para su establecimiento y de las formas asociativas de derecho privado.⁸

Por ello, las regulaciones privadas tienen un amplio campo de aplicación como un rol complementario a la regulación pública estatal o internacional, siendo verdadero *soft law* para la empresa y sus relacionados.⁹ Otros esquemas de autorregulación pueden permitir cierta participación del gobierno como órgano supervisor,¹⁰ como es el caso del sector bancario venezolano en el cual la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”) emite, a través de normas prudenciales, lineamientos generales de regulación que luego es adaptado por los sujetos obligados por su sector bajo relación de tutela.

La forma en cómo la empresa crea sus propias normas internas puede variar mucho de acuerdo con el documento constitutivo-estatutario de la sociedad. En empresas trasnacionales, pueden existir igualmente múltiples órganos societarios que dicten políticas locales e internacionales para regular la compañía, pero siempre sometidos a las directrices de la casa matriz. En algunos casos, la sociedad constituida delega a la junta directiva la creación de políticas societarias, mientras que en otros casos se delega a comités cuya función es dictar políticas y protocolos.

La empresa, en su autonomía, tiene plena libertad de normarse de acuerdo con sus necesidades. Esto es fundamental pues demuestra la intención de la empresa de adecuarse internamente a lo requerido por la legislación local y estándares internacionales, e inclusive puede autorregularse de manera más exhaustiva que la forma establecida por la legislación estatal con estándares y protocolos más minuciosos. Ello tiene como consecuencia, externamente, la consolidación de mejores prácticas corporativas frente a la sociedad, e internamente, controles y chequeos constantes para que el negocio pueda cumplir sus objetivos de la mejor manera posible dentro de la ley y sus autorregulaciones.

La noción de *compliance* divulgada en este ensayo se sustenta en la íntima relación entre la empresa privada con la Administración en todos sus roles. Al entender la empresa como el sujeto de las regulaciones que propulsa la Administración, nos ayuda a entender en qué forma podemos analizar y controlar el riesgo legal y regulatorio de la compañía frente sus reguladores. En definitiva, nos encontramos ante el derecho regulatorio aplicado a la empresa como la máxima expresión de derecho público contemporáneo, pero desde la perspectiva de los intereses comerciales privados.

⁸ Véase, ANNICCHIARICO, *La autorregulación privada en Venezuela...*, *ob. cit.*

⁹ *Id.*

¹⁰ ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility...*, *ob. cit.*, p. 37.

En paralelo, acertadamente se ha señalado que existe una marcada regulación penal que plantea una adecuada estrategia de defensa y cumplimiento de normas de tipo penal.¹¹ Nuestra visión no es excluyente e implica una íntima interrelación entre lo penal y administrativo como derecho público empresarial. En todo caso, la esencia verdadera de *compliance* no es el mero cumplimiento de la legislación penal o administrativa por el sólo hecho de obedecer la norma legal como formalismo jurídico. En cambio, el sustento de la idea de *compliance* defendida en este ensayo es el cumplimiento con integridad, con sentido y respeto de la legalidad como herramienta de negocios y ordenación de su actividad, así como su profundo elemento preventivo ante escenarios no contemplados por sus importantes riesgos legales para la sustentabilidad de los negocios.

Dicho esto, el objeto de un programa de cumplimiento se centra, en cierto sentido, en establecer controles internos para enfrentar varios niveles de riesgos frente a múltiples entes regulatorios con potestades administrativas que pueden impactar una empresa. De esta manera, *compliance* es una forma sistematizada de categorizar el riesgo administrativo frente a la Administración Pública, y cómo el quehacer de esta puede impactar las operaciones comerciales de cualquier organización. En muchos sentidos, *compliance* es un sistema de contrapesos interno, simulando una suerte de contraloría legal empresarial pero cuya actuación, idealmente, siempre es preventiva frente a los *stakeholders* principales de la empresa,¹² entre ellos: la “todopoderosa” Administración Económica.

Esos *stakeholders*, tradicionalmente son representados por la Administración Pública en su rol especializado: la administración sanitaria, tributaria, contralora, bancaria, aseguradora, entre muchos otros roles. Así, una buena parte de la noción de *compliance* implica un conocimiento exhaustivo de la regulación sublegal imperante en un sector regulado y sus consecuencias e impactos para el negocio como actor económico. en la actualidad, la regulación define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado. Todo sector, tiene consecuentemente, una regulación especial aplicable. En este ambiente regulatorio, si las empresas no se adaptan a las re-

¹¹ Véase en general, Alejandro Rodríguez Morales, *CRIMINAL COMPLIANCE (CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO)* (Caracas: Ediciones Paredes, 2019).

¹² El término *stakeholder*, en español traducido como el “actor relevante” no es una terminología empleada por casualidad. La empresa se relaciona con terceros, y muchas veces, su estrategia corporativa se diseña de acuerdo con la relevancia de los actores en el negocio. La teoría de los actores relevantes supone que los gerentes de las empresas deben identificar qué actores son verdaderamente relevantes para el negocio y cuáles ostentan una prominencia particular. Así, sostienen MITCHELL, AGLE y WOOD que los *stakeholders* tienen poder para influir sobre una empresa, pueden tener legitimidad en su relación con la empresa, y pueden representar una urgencia en sus reclamos frente a la empresa. Esta tríada entre el poder, la legitimidad, y la urgencia, pueden conllevar todo o nada en el día a día corporativo y su análisis escapa de un mero análisis normativo. Véase en general, Ronald Mitchell, Bradley R. Agle & Donna J. Wood, «TOWARD A THEORY OF STAKEHOLDER IDENTIFICATION AND SALIENCE: DEFINING THE PRINCIPLE OF WHO AND WHAT REALLY COUNTS» (Pittsburgh: Academy of Management Review, 1997).

gulaciones, su destino es el fracaso inminente. Ser disruptivo en contra de la ley, puede significar inmensurables pérdidas financieras. En segundo lugar, el relacionamiento e interacción con entes reguladores es parte del quehacer diario de toda empresa nacional o transnacional por múltiples razones. Interactuar con la Administración Pública es parte de la dinámica de hacer negocios en la contemporaneidad, ya sea porque nuestra empresa licita con el Estado, requiere permisos o habilitaciones especiales para operar, o por proyectos conjuntos con organismos públicos.

Ahora bien, *compliance* cumple una función preventiva y de conocimiento exhaustivo del entorno regulatorio que enfrentamos para hacer negocios de forma segura. Como veremos, no obstante, una vez cometido un hecho ilícito, sea penal o administrativo, en el marco del giro comercial, son muy pocas las opciones que tiene la compañía para sobrellevar los errores cometidos desde una perspectiva netamente legal. Así las cosas, nos adentraremos en el verdadero derecho regulatorio aplicado a la empresa y su quehacer, teniendo ello resultados tanto penales como comerciales.

2. *Análisis del riesgo legal*

La existencia de riesgos en los negocios y en la vida profesional es normal. En nuestra vida diaria siempre asumimos riesgos y ponderamos, sin saberlo, sus consecuencias. Pero ¿qué es el riesgo? Hay dos respuestas a esta pregunta, y cada una definirá nuestra perspectiva sobre el riesgo, aunque ambas pueden entrelazarse en nuestro análisis. Por una parte, el riesgo es la posibilidad de que algo malo suceda, y cómo algo adverso a nosotros, debe ser evadido.¹³ Así, no es posible tolerar aquello que genere consecuencias dañinas para nosotros. Por otra parte, el riesgo también puede ser considerado como la dispersión de los potenciales eventos futuros independientemente de su resultado.¹⁴ Ciertamente, el riesgo puede ser evadido para estar en una posición segura y conservadora, pero esta no es siempre la realidad. En el mundo financiero contemporáneo, el riesgo también implica oportunidades de negocio, que bien aprovechadas, puede incrementar sanamente el patrimonio corporativo o asegurar la estabilidad y sustentabilidad comercial a largo plazo.

El manejo del riesgo es precisamente el debate entre estas dos respuestas: es la operación de análisis que una empresa u organización realiza para prever y manejar las incertidumbres que depara el futuro.¹⁵ Existe un evidente cruce entre la noción de *compliance* y el manejo del riesgo o *risk management*, principalmente, porque el riesgo

¹³ MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., pp. 531 y ss.

¹⁴ *Id. ob. cit.*

¹⁵ *Id.* p. 532.

legal es sencillamente una parte del riesgo considerado como un todo, y *compliance* es, precisamente, una forma de manejar el riesgo legal corporativo.¹⁶ En todo caso, más allá de que estos conceptos sean antagónicos, lo verdaderamente importante es entender cuánto riesgo la empresa está de acuerdo en tolerar para lograr sus fines comerciales.¹⁷ Por ello, se ha señalado, que un *compliance program* efectivo debe tener un proceso de análisis de riesgo sólido, un adecuado uso de los recursos corporativos designados, y revisiones constantes a esos riesgos encontrados o potenciales.¹⁸

La asunción de riesgos puede ser una posibilidad tanto necesaria como innecesaria, y dependerá, en la gran mayoría de los casos, de decisiones respecto a la estabilidad económica empresarial y su crecimiento o consolidación en el mercado. Por ello, no es sorpresa que cada empresa maneje el riesgo, en general, en la forma como mejor se adapte a sus necesidades de negocio, estableciendo cuál será el personal encargado para su análisis y la toma de decisiones corporativas. Así, el riesgo corporativo a analizar es decidido por la junta directiva de la compañía o comités designados para tales efectos, por medio de una distribución del manejo del riesgo (v.g. no es lo mismo el riesgo que pudiera asumir la fuerza de venta de una compañía de consumo masivo al riesgo que otra unidad del negocio pueda asumir, aun cuando sea parte de la misma empresa). Tradicionalmente, el riesgo se ha tratado como un asunto meramente comercial, pero este ya no es el caso.

El riesgo legal en la actualidad es mucho mayor que el incumplimiento de un contrato o los litigios pendientes en las contingencias contables. Realmente, es la posibilidad plausible de sanciones administrativas y penales que puedan paralizar, destruir o comprometer la operación comercial nacional e internacionalmente. Por ello se ha catalogado como un riesgo no cuantificable que se hace especialmente relevante en los mercados no organizados.¹⁹ Es por lo que se ha afirmado que en la medida que la institucionalización aumenta, hace lo mismo la seguridad jurídica, y por consecuencia, se reduce el riesgo legal de pérdida.²⁰ Una idea fundamental en nuestra visión generalista de *compliance*, es que el riesgo legal puede prevenirse, mitigarse, y planificarse en determinados supuestos regulatorios.

Al riesgo legal, en estas palabras, lo denominamos bajo la categoría amplia de riesgo legal/regulatorio porque creemos que esta la contempla en un sentido general. Las leyes y regulaciones, así como el surgimiento de un Estado Regulator, han logrado

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.* p. 535.

¹⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, *ob. cit.* p. 3.

¹⁹ Diego Gómez Cáceres & Jesús López Zaballos, *RIESGOS FINANCIEROS Y OPERACIONES INTERNACIONALES* (Madrid: ESIC Editorial, 2002), p. 135 y ss.

²⁰ *Id.*

crear un ambiente complejo desde un punto de vista normativo, con lo cual, en un sentido muy amplio, por regulaciones nos referimos a toda norma jurídica que norme la vida comercial empresarial y la interacción de las empresas con la Administración Pública en cualquiera de sus formas. Creemos que, sin lugar a duda, un correcto y sistemático análisis del riesgo legal es muy útil en su aplicación para determinar el impacto de los litigios que conciernen a la empresa, la contratación diaria comercial, obligaciones y estrategias tributarias, así como las múltiples y complejas relaciones con la Administración Pública en la regulación sectorial que nos concierne como industria.

Cabe destacar que asumir riesgos no es necesariamente algo reprochable. El riesgo, como vemos, puede ser asumido y tolerado si existen oportunidades que ameriten tomarlo. Ahora bien, la pregunta ¿cuánto riesgo soy capaz de asumir? es la clave de todo el sistema de manejo del riesgo que planteamos. Así como las decisiones de riesgo son tomadas por los *executive top teams* y los comités y gerencias respectivas en representación de la empresa, este debe ser un proceso objetivo, directo y transparente en la identificación de riesgos y previsión de resultados y consecuencias. El riesgo no debe ser controlado por una función única del negocio, sino que, más bien, debe ser distribuido de manera útil en la organización, con los necesarios chequeos y aprobaciones previas para lograr decisiones adecuadas. Esto supone un gobierno corporativo con protocolos en este sentido y foros adecuados donde puedan tomarse esas decisiones y hacerlo con transparencia.²¹

Indudablemente, un buen gobierno corporativo es beneficioso para todas las empresas y sus administradores, toda vez que el manejo ético y transparente de las grandes corporaciones contribuye en definitiva al desarrollo y la inversión, la cual retorna beneficios económicos.²² Es también una forma de evaluar las distintas caras de una misma organización las cuales muchas veces no pueden ser identificadas, al menos no de forma total, si la responsabilidad recae solo sobre un grupo pequeño.

Como abogados, nos vemos en una situación éticamente compleja al asesorar en áreas donde la línea entre lo legal e ilegal es muy delgada y los argumentos a favor y en contra son igualmente considerables. En esta área gris, el riesgo legal, una vez analizado por los actores interesados, presenta ante nosotros la siguiente pregunta comercial:

²¹ Adicionalmente, cabe destacar que garantizar las mejores prácticas de gobierno corporativo ayudan a concretizar y manejar de la mejor forma el conflicto de intereses entre administradores y accionistas en las sociedades mercantiles. Véase en este sentido, Francisco Gámez Arcaya, «Principios de Gobierno Corporativo». *Revista de Derecho Público*, No. 102 (2005): pp. 37-42. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/102/rdpub_2005_102_37-42.pdf.

²² *Id.* p. 42.

¿me conviene o no cumplir? Éticamente, como abogados, no podemos asesorar en ir abiertamente en violación al ordenamiento jurídico sin que medie una justa causa. Lo que sí puede el abogado es asesorar en cómo navegar la regulación exhaustiva a la que se enfrenta el negocio.

Precisamente estas complejidades ameritan, racionalmente, el uso de matrices para guiarnos en nuestras decisiones como asesores legales corporativos. Por ello, para analizar el riesgo legalmente considerado, siempre es de utilidad una matriz de riesgos que nos ayude a categorizar y tratarlo adecuadamente, independientemente de la decisión de negocio que finalmente se tome (pues pudiera ser el caso que la solución estrictamente legal, no es la decisión comercial por tomar y ello, no es algo reprochable).

Ahora bien, categorizar los distintos tipos de riesgos asignándoles un valor ayuda a una diferenciación entre los riesgos, logra una localización de recursos con cada riesgo en específico.²³ Ha señalado BOGH RATY, usando el ejemplo de la actual regulación de la FCPA y sus consecuencias, que mitigar riesgos implica mapearlos gráficamente.

El análisis de riesgo, en todo caso, debe ser lo suficientemente completo para que la empresa haya analizado y abordado los diversos riesgos que presentan, entre otros factores, la ubicación de sus operaciones, el sector industrial, la competitividad del mercado, el panorama regulatorio, clientes potenciales y socios comerciales, transacciones con gobiernos extranjeros, la realización de potenciales pagos a funcionarios, obsequios, gastos de viaje y entretenimiento, y donaciones caritativas y políticas,²⁴ y todas sus consecuencias para el negocio.

Otro ejemplo del uso de matrices es ponderar la *posibilidad de ocurrencia* versus el *impacto efectivo al negocio*, como se demuestra en la siguiente matriz de riesgos:

		PROBABILIDAD DE OCURRENCIA		
		BAJO	MEDIO	ALTO
IMPACTO AL NEGOCIO	BAJO			
	MEDIO			
	ALTO		Multas y sanciones que exceden \$100 millones de dólares y pérdida de la licencia de comercio [riesgo legal/regulatorio/político]	

Ejemplo de matriz cruzada de riesgo para análisis de decisiones de negocio

²³ Babak Boghraty, *ORGANIZATIONAL COMPLIANCE AND ETHICS* (New York: Aspen Publishers, 2019), p. 429.

²⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, ob. cit. p. 3.

En este ejemplo, se hace un análisis de riesgos comparativo entre su probabilidad de ocurrencia e impacto, y la ubicación en la matriz dependerá del contexto de cada negocio en y sus circunstancias. Lo importante es entender que el riesgo siempre existirá y que hay un riesgo inherente en cada proyecto comercial que la empresa desea realizar el cual es inevitable. En este sentido, lo fundamental es saber cómo analizar y categorizar el riesgo legalmente para asesorar a nuestros clientes como abogados de empresa. Ahora bien, así como el riesgo legal es de vital importancia, el riesgo puede dividirse en múltiples tipos de riesgos, siendo todos ellos importantes en el quehacer corporativo y nuestro análisis del caso en concreto.

2.1 El riesgo financiero

El riesgo financiero se compone por múltiples riesgos conexos, y es una precisión fundamental para la toma de decisiones del negocio como entidad comercial. Probablemente, sea uno de los riesgos considerados fundamentales por las organizaciones, pues naturalmente, el impacto financiero es la mayor preocupación de cualquier empresa. Así, existe el riesgo crediticio cuando las compañías tienen acceso a créditos bancarios y la posibilidad de incumplimiento con los términos acordados.²⁵ El riesgo de liquidez de la empresa, que tiene que ver con los fondos sociales y el flujo de caja que maneja la sociedad mercantil, así como el capital operacional necesario para la continuidad del negocio.²⁶

El riesgo de mercado, considerado como aquél donde se analiza las fluctuaciones del precio de los bienes o servicios comprados por la organización.²⁷ El riesgo estratégico considerado por la posición empresarial de la organización frente a otras y su cuota de mercado,²⁸ entre otros. Fíjese que el riesgo financiero siempre puede diversificarse, lo que quiere decir que pueden existir múltiples riesgos, y cada uno puede ser tratado y asumido de formas distintas por el negocio. En este ensayo, por razones obvias de este estudio, nos enfocaremos en el riesgo regulatorio. Adicionalmente, el riesgo político se presenta como una clase de riesgo muy particular que las empresas en Venezuela también deben considerar en su *Risk Assessment*.

²⁵ BOGHMATY, *Organizational Compliance and Ethics...*, ob. cit.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* El riesgo de mercado se debe al hecho de que existen otros peligros económicos que amenazan a todas las empresas. Véase Frank LaMay, *CORPORATE FINANCE*, (Philadelphia: McGraw-Hill, 2017).

2.2 El riesgo político

El riesgo político o riesgo país, es el que concurre en las deudas de un país globalmente consideradas, por circunstancias inherentes a la soberanía de los Estados.²⁹ Hay varias formas de medirlo, pero a los fines de este ensayo, es importante entender dos cosas: (i) el riesgo político es *inevitable*, siempre existirá y tendrá variaciones según cada Estado, y (ii) el análisis del contexto del país que nos enfoquemos incrementará o decrecerá nuestra categorización del riesgo que implica hacer negocios en ese país. De esta manera, existen riesgos de la inversión en el extranjero, entendida ésta como los peligros existentes en la tenencia de los activos en el extranjero del negocio, como también en la misma jurisdicción donde se realizan (v.g. riesgos relativos a actos materiales de la Administración Pública que pongan en peligro la sustentabilidad del negocio y su operación).

En forma muy amplia, el riesgo político puede ser meramente económico -como la posibilidad de que un Estado no pueda cumplir con sus obligaciones frente a otros Estados o entes privados- como también puede ser sobre su tratamiento a los derechos humanos o la corrupción. Para nuestra discusión, nos interesa entender el riesgo político de una forma muy amplia entendiendo que hay riesgo político por el manejo de las políticas públicas que afectan la economía y seguridad nacional, así como también sobre cómo es percibido el país frente a sus pares en materia de corrupción de sus funcionarios públicos, privados y respeto a los derechos humanos.

No es el objetivo de estas palabras explicar cómo se calcula el riesgo político pues existen varias formas de hacerlo. Lo importante, es precisar que hacer negocios en un país con un riesgo político alto, necesariamente debe ser un factor para considerar en cualquier *risk assessment* por razones obvias: incrementan la posibilidad de múltiples resultados. Ahora bien, en un análisis mucho más enfocado a las transacciones diarias, las empresas en su giro comercial se ven obligadas a interactuar con la Administración Pública en todas sus formas, así como funcionarios públicos que representan al Estado para la obtención de permisos administrativos, habilitaciones, liquidar impuestos, dar fe pública de documentos, entre otras tantas actividades. De igual forma, el establecimiento comercial ubicado en uno u otro país tiene distintas apreciaciones sobre el riesgo de la inversión por el contexto en el que se ubican. Pero interactuar con funcionarios públicos no necesariamente expone a la empresa.

²⁹ Lucia Ruiz & Luis Becerra, «El riesgo político de un país». *Revista académica e institucional de la Universidad Católica de Pereira*, N° 58 (2000): p. 1.

2.3 El riesgo reputacional

Como entidad empresarial, independientemente de la industria que se trate, hay una reputación comercial que defender y que se asocia a los productos y servicios de esa compañía en concreto. El riesgo reputacional es el riesgo que las noticias acerca de la organización puedan decrecer o aumentar la estima mantenida por la organización y apreciada así por el público en general.³⁰ Es precisamente esa buena opinión o consideración que se tiene sobre una empresa, la calidad de los productos o servicios que ofrece, la confiabilidad de su personal, así como lo que implica su marca corporativa que nadie más realiza, lo que hace que la reputación comercial sea un intangible invaluable y que se puede perder fácilmente.

Imagínense las consecuencias del siguiente escenario: una farmacéutica es descubierta realizando pruebas médicas en personas provenientes del mundo en desarrollo sin explicar los graves riesgos a la salud de tales pruebas. Esto pudiera destapar múltiples situaciones, inversores activistas, boicots contra la empresa, audiencias públicas ante el Congreso, boicots por los consumidores, e investigaciones por las agencias regulatorias respectivas.³¹ Ciertamente se ha afirmado que la reputación comercial es un poder de atracción creado por la continuidad de un esfuerzo cualitativo y cuantitativo representativo de una inversión y de un esfuerzo exitoso,³² y por ello, es el motor invisible que hace al consumidor moverse en una dirección a una fuente de producción o venta.³³ En efecto, la reputación comercial es lo que diferencia un negocio existente que penetra, o intenta penetrar, en el mercado.³⁴ Pero eventos desafortunados, negligencia propia, mal manejo de las relaciones públicas y comunicacionales, pueden hacer que la reputación se vea comprometida impactando al negocio.

Han sido famosos los escándalos de acoso sexual de altos directivos de empresas reconocidas y sus impactos catastróficos en la bolsa de valores. Evidentemente este no es un riesgo que del todo pueda perverse, pero si tiene un peso en las decisiones corporativas de las compañías. El daño a la reputación puede ser particularmente peligrosa porque toma mucho tiempo en reconstruirse; una compañía catalogada como la “gente mala” no puede convertirse en los “chicos buenos” de la noche a la mañana.³⁵

³⁰ MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., p. 540.

³¹ *Id.* p. 540.

³² Victor Bentata, *TEORÍA GENERAL DE LAS PRÁCTICAS ECONÓMICAS ILÍCITAS*, (Caracas; Editorial Jurídica Venezolana, 1995), p. 100.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., p. 540.

2.4 El riesgo regulatorio

La legislación y la regulación son parte fundamental del esquema de negocios de la empresa. Los Estados, como entes de autoridad, promulgan y ejercen el poder de prescribir conductas y regulan la vida de todos nosotros como ciudadanos. Este es un derecho innegable de todos los Estados soberanos del planeta: el poder de dictar derecho y hacer cumplir sus normas. Ahora bien, la empresa debe adaptarse al ambiente regulatorio lo antes posible para seguir sus objetivos corporativos y cumplir con las regulaciones existentes. Pero, las regulaciones son cambiantes y dinámicas de acuerdo con las necesidades del Estado o la dinámica del mercado por lo que el trabajo, en este sentido, es progresivo.

El riesgo regulatorio es el riesgo de que las leyes y regulaciones cambiarán de manera tal que tendrán un impacto en los resultados corporativos,³⁶ ya sea de forma negativa o positiva. Esto puede ser, v.g. una reforma tributaria compleja o el cambio de un esquema estatal de negocios en determinado sector industrial. Las posibilidades pueden ser múltiples e impredecibles. Dentro de esta categoría se incluye el riesgo sectorial, en el cual, ciertas industrias son más propensas a ciertos riesgos por corrupción, por ejemplo, por (i) altos niveles de interacción con el gobierno; (ii) altos niveles de regulación; (iii) contratos de duración prolongada; (iv) proyectos grandes y complejos con múltiples socios privados o públicos.³⁷ Tradicionalmente, sectores de alto riesgo son aquellos considerados como industrias extractivas (v.g. la industria petrolera, minera y de extracción), construcción e infraestructura, defensa y telecomunicaciones.³⁸

Desde un punto de vista económico, el Estado tiene un recurso básico que, como principio general, no es compartido con nadie e inclusive ni con sus más poderosos ciudadanos: el poder de coercer.³⁹ La teoría económica de la regulación sostenida por STIGLER mantiene la idea que la regulación puede ser buscada activamente por una industria, o puede ser impuesta sobre ella. Así, por regla general, la regulación es adquirida por la industria y está diseñada y operada principalmente para su beneficio.⁴⁰ Por ello, sostiene STIGLER, ocurre una situación curiosa: las empresas prefieren la promulgación de regulaciones porque operan como barreras a la entrada de competidores potenciales o que de otra manera ponen en desventaja a los productos sustitutos o favorecen los productos

³⁶ *Id.*

³⁷ BOGHMATY, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 427.

³⁸ *Id.* p. 428.

³⁹ George Stigler, «The Theory of Economic Regulation». *THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE*, No. 1, (1971): p. 4.

⁴⁰ *Id.* p. 3.

complementarios a los suyos.⁴¹ Así, el análisis regulatorio no implica, necesariamente, una situación negativa para la empresa. Las regulaciones pueden ser muy beneficiosas para las empresas, y sus riesgos asociados, no necesariamente implican un impacto negativo para los negocios.

En el caso venezolano, el aspecto regulatorio es clave al existir mecanismos de regulación que afectan, principalmente, la regulación de precios, de la oferta de productos, una legislación laboral rígida, así como una intervención directa en actividades netamente privadas.⁴² La novedad más obvia del Estado administrativo moderno es el extraordinario incremento en el alcance y complejidad de las regulaciones en todo sector económico, con una tendencia legislativa a regular más exhaustivamente sobre el siempre creciente dominio de la actividad privada.⁴³ Por ello, las compañías deben analizar adecuadamente el riesgo a eventuales regulaciones que pueden comprometer la operación y mantener el relacionamiento con los *stakeholders* más importantes en su industria respectiva.

3. Elementos de todo programa de cumplimiento

Así como el riesgo y su análisis es fundamental como presupuesto para iniciar negocios o establecer relaciones comerciales con cualquier persona, hay elementos claves que siempre tienen que estar para establecer un *compliance program* fuerte estructuralmente. Para aplicar la materia bajo estudio, es necesario hacer un análisis sistemático de cada órgano del programa de cumplimiento como si fuese un cuerpo humano. Cada elemento de la estructura que planteamos –nada nueva en realidad– tiene sus ventajas que, en conjunto, pueden crear un sistema flexible de controles y de prevención. Una empresa puede tener múltiples programas de cumplimiento, para diversos problemas y regulaciones diferenciables.

3.1 Generalidades de la norma ISO 37301

Las normas ISO son dictadas por la Organización Internacional de Estandarización (“ISO por sus siglas en inglés”) con la finalidad de estandarizar y crear guías para procesos aplicables a cualquier tipo de organización en el marco del establecimiento de sistema de calidad que garanticen las necesidades y expectativas de los usuarios de tales

⁴¹ Edward Martin Lodge, Edward C. Page, and Steven J. Balla, George J. Stigler, «The Theory of Economic Regulation» por Chris Carrigan and Cary Coglianese, *THE OXFORD HANDBOOK OF CLASSICS IN PUBLIC POLICY AND ADMINISTRATION*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 287 y ss.

⁴² Pavel Gómez, «Regulación en Venezuela: adaptación y supervivencia». *Debates IESA*, N° 1 (2008): p. 15. Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/12/eneo8regulapavel.pdf>

⁴³ Véase en general MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, *ob. cit.*, pp. 141 y ss.

procesos. La ISO es una organización internacional no gubernamental independiente con una membresía de 165 organismos nacionales de normalización.⁴⁴ Así, la ISO tiene como objetivo la orientación, coordinación, simplificación y unificación de criterios a las empresas y organizaciones por medio de estandarizar las normas de productos y servicios. Por medio del establecimiento de estándares, que son previamente aprobados por expertos internacionales en la materia de que se trate, la ISO provee herramientas de guía para empresas, organizaciones, asociaciones, entre otros, respecto a las mejores prácticas en determinadas materias en específico. De esta forma, una primera aclaratoria sobre esta materia, es que las normas ISO son *normas técnicas* en estricto sentido, y *no son normas jurídicas* en los términos propios del ejercicio del derecho.

El término “estándar internacional” tiene una variedad de significados en el uso convencional.⁴⁵ En su forma más rígida, puede significar una norma internacional expresada en una obligación convencional, pero este no es el sentido aplicable a las normas ISO. Un estándar internacional es una norma para una actividad basada en el mercado.⁴⁶ La norma técnica puede expresarse directamente o como una regla de cómo los gobiernos deben tratar de influir (o no influir) en el comportamiento privado.⁴⁷ Un estándar internacional tiene dos atributos esenciales: (i) que ha sido prescrito o recomendado por una institución creada para tal fin y (ii) la institución debe ser internacional en el sentido de que involucra la participación de personas de más de dos países.⁴⁸

La mayoría de las instituciones que dictan estándares internacionales son organizaciones privadas, no tienen jurisdicción para prescribir estándares a gobiernos o actores económicos privados.⁴⁹ Por ello, el interés por seguir el estándar no es una obligación legal, sino un interés propio y privado.⁵⁰ A menudo, los estándares van acompañados de etiquetas, marcas, o certificaciones que se basan en la información como medio para reforzar el estándar.⁵¹ Así, existen estándares que pueden tratarse de la fabricación de un producto, la gestión de un proceso, la prestación de un servicio o el suministro de materiales. En todos estos casos, los estándares cubren una amplia gama de actividades.⁵² Los estándares son la sabiduría destilada de personas con experiencia

⁴⁴ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, disponible en: <https://www.iso.org/about-us.html>

⁴⁵ Charnovitz, Steve, «International Standards and the WTO», (Washington: George Washington Law Faculty Publications, 2005), p. 3. Disponible en: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=faculty_publications

⁴⁶ *Id.* p. 4

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, disponible en: <https://www.iso.org/standards.html>

en su tema y que conocen las necesidades de las organizaciones a las que representan: personas como fabricantes, vendedores, compradores, clientes, asociaciones comerciales, usuarios o reguladores.⁵³

3.1.1 ¿Son las normas ISO obligatorias en términos legales?

La novísima norma ISO 37301 sobre el sistema de gestión de compliance es una *norma técnica* que representan las mejores prácticas en la materia de cumplimiento. No obstante, la norma ISO 37301 al ser una norma técnica y no una norma jurídica en estricto sentido, no tiene un carácter obligatorio para la empresa por no ser dictada por un órgano de carácter público. Ahora bien, que las normas no sean de aplicación obligatoria, no quiere decir que dichos estándares sean obviados inmediatamente por las empresas. Por ello, es certero afirmar que la norma ISO por definición, es una *norma de referencia*.

La tesis tradicional sobre la naturaleza de las normas jurídicas subyace en la premisa que la normatividad de la norma nace precisamente por su carácter coercitivo. A los efectos de este ensayo, la norma -independientemente su fuente- tiene poder no por su posibilidad de ejecución sino por su mera existencia y carácter de obligatoriedad. La empresa contemporánea no cumple con el derecho porque desea evitar ser sancionada, la empresa cumple porque está obligada a hacerlo y ello representa en sí mismo la mejor práctica posible: el respeto de la legalidad y sus formalidades. Las normas ISO, aunque optativas, pueden guiar a la empresa en el establecimiento de su programa de cumplimiento que mejor se adecúe a sus necesidades, de tal forma, que la norma ISO 37301 es una fuente de referencia técnica en la materia que nos ocupa y no una imposición legal. En este sentido, la norma ISO no es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, ni es obligatoria en el marco del derecho doméstico de los Estados.

3.1.2 Características generales de la norma ISO 37301

Aunque la norma ISO 37301 es una norma técnica referencial, provee un resumen de las tendencias y mejores prácticas empresariales en materia de cumplimiento. En este ensayo no nos enfocamos en un estudio exhaustivo de la norma ISO 37301 porque este ensayo recoge principios generales de derecho aplicables a la materia de cumplimiento normativo. Las normas ISO son normas técnicas, y por ello, buena parte de los elementos clave de todo *compliance program* son un resumen, precisamente, de dichas normas técnicas referenciales.

⁵³ *Id.*

De esta manera, cabe reseñar la importancia de la norma ISO 37301 como referencia para las grandes empresas transnacionales por su confianza, simpleza y posibilidad de certificación por parte de organizaciones privadas. Sostiene la norma ISO 37301 que las organizaciones que buscan tener éxito a largo plazo necesitan establecer y mantener una cultura de cumplimiento, considerando las necesidades y expectativas de las partes interesadas.⁵⁴ Por ende, el cumplimiento no es sólo la base, sino también una oportunidad, para una organización exitosa y sostenible.⁵⁵ En efecto, este es el sentido y propósito de todo programa de cumplimiento.

La norma ISO 307301 presenta varias novedades desde la perspectiva técnica. En primer lugar, la norma ISO es la primera norma de cumplimiento técnico certificable, lo que permite que terceros puedan dar fe del cumplimiento del estándar realizado por otras organizaciones y puedan verificar que exista un adecuado programa de cumplimiento y análisis de riesgos. En segundo lugar, la norma ISO reconoce que la empresa se encuentra en un entorno altamente regulado y que requiere un análisis exhaustivo interno y externos para la evaluación de su programa de cumplimiento. En tercer lugar, se fomenta las herramientas de denuncia interna como mecanismo de detección de irregularidades o incumplimiento del programa de cumplimiento como parte activa de la cultura organizacional de la empresa. En cuarto lugar, la norma ISO pondera su análisis en un enfoque de evaluación de riesgos de cumplimiento y propone alternativas técnicas para su evaluación.

Finalmente, la norma ISO incluye en sus recomendaciones el impulso de la cultura del compliance como corazón latente del programa de cumplimiento. De esta manera, el programa de cumplimiento debe velar la promoción de una cultura ética, donde todos los empleados conocen sus responsabilidades y roles, involucrando a toda la organización en asegurar la viabilidad de la empresa en el largo plazo. Nuevamente, y como tendremos la oportunidad de analizar, muchas de las consideraciones de la norma ISO son aplicables en esta obra como principios de cumplimiento, y, en consecuencia, analizadas con un trasfondo de análisis legal empresarial.

⁵⁴ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, ISO 37301:2021, *Compliance management systems — Requirements with guidance for use*, 2021. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:en>

⁵⁵ *Id.*

3.2 Elemento clave No. 1: Compromiso gerencial

En primer lugar, es necesario que los órganos directivos de una empresa así como su gerencia senior estén comprometidos con el establecimiento de un *compliance program*, su ejecución, y respeto a las políticas corporativas derivados de él. Esto es fundamental para que el resto de la organización pueda entender la importancia que existe en este sentido y, además, sientan la necesidad de también participar en él. Para ello es fundamental que la empresa:

- i. Establezca un programa de cumplimiento por escrito, como conjunto de normas internas y estándares aplicables a la organización en su negocio y actividad comercial.
- ii. Dedique suficientes recursos humanos y económicos para el cumplimiento cabal de su *compliance program*. Al ser *compliance* un departamento *in-house*, se requiere personal capacitado para la labor interna corporativa.
- iii. Se asegure que la gerencia senior que participe en la toma de decisiones críticas del negocio coparticipe en los programas de cumplimiento.
- iv. Desarrolle una cultura corporativa de *compliance* que se nutra y se divulgue a toda la compañía y a todos sus empleados sin distinciones.
- v. Impulse el *compliance program*, el cual debe ser respaldado por la junta directiva y la alta gerencia en cada fase de los procedimientos de cumplimiento, manteniéndose involucrada de forma activa y transparente.

Cabe precisar que el gobierno corporativo no se define fácilmente y tiene múltiples problemas. Los enormes accionistas institucionales están buscando más poder en sus empresas, mientras que los interesados clave buscan que su opinión sea escuchada. La conversación está cambiando de manera significativa gracias al impulso de los principales accionistas institucionales en estados azules o liberales como Nueva York y California. Los dividendos por obtener, la regulación y la reputación son cuestiones clave que toda junta de corporaciones debe enfrentar. La dinámica de la junta directiva y el CEO también presenta sus retos en cuanto el apoyo al *compliance program* corporativo. Claramente, la agenda del *compliance officer* es que se cumplan las políticas de la empresa. Pero esto no es siempre un trabajo sencillo.

Esta situación ya no es nueva. Desde *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, se ha sostenido que las junta directiva de las empresas tienen la obligación de asegurarse que la organización tenga sistema establecidos para monitorear el cumplimiento de la ley.⁵⁶ Inclusive, la junta directiva empresarial tendría el “deber afirmativo

⁵⁶ *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

en crear algún tipo de mecanismo de cumplimiento.”⁵⁷ Aunque el fallo ayudó a que la corporación tuviera sistemas para monitorear su cumplimiento de la ley. Estas declaraciones, aunque dicta, establecieron a los programas de cumplimiento corporativo en las agendas de las juntas corporativas.⁵⁸

Como abogado de la empresa, por una parte, estamos en la obligación de proteger al CEO y su junta directiva. Por otra parte, y al mismo tiempo, somos el abogado de la empresa, no expresamente del CEO y sus representantes. Siempre existirá la tensión entre estos intereses y agendas, y eso es normal. Ahora bien, el apetito por el riesgo debe ser evaluado porque la junta directiva desea realizar más y más inversiones para obtener mayor utilidad, mientras que el abogado de la empresa debe navegar los riesgos legales potenciales (ya sea para mitigarlos o tener planes de acción en caso de que se materialicen) mientras se hace más dividendos para los accionistas. Evidentemente, estar en el medio entre el CEO y la junta directiva es clave para el *general counsel* y toda gerencial legal. Pero para ello, los abogados de la empresa tienen que construir credibilidad en la organización. Cada *compliance program*, y cada departamento legal, debe ser auténtico y crear su propio perfil.

Las políticas corporativas deben ser comunicadas desde lo más alto de la empresa. Debe existir un compromiso con la difusión y ejecución de las políticas corporativas en materia de cumplimiento normativo. Eso implica una continua y amplia difusión a todo el personal de la empresa, mediante campañas comunicacionales internas, de cómo la empresa es responsable cumpliendo todas sus obligaciones y cómo esto la fortalece en su negocio.

Estas políticas, no solo son para los empleados, sino que su campaña comunicacional debe extenderse a los consultores externos, proveedores, socios, contratistas, pasantes y aprendices. Todos deben entender las consecuencias de una falla en el sistema de *compliance*, y sus terribles consecuencias para la empresa (multas cuantiosas, cierre de la empresa, sanciones penales contra empleados). Así, respetar nociones básicas de *compliance* debe ser una regla para la contratación de cualquier externo a la empresa.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ David Hess, *Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*, working paper, Stephen M. Ross School of Business, University of Michigan, 2015, p. 15.

3.3 Elemento clave No. 2: Proceso de análisis del riesgo y due diligence sobre clientes

En segundo lugar, es fundamental el establecimiento de un flujograma de la actividad empresarial y definir sus fases críticas a los ojos del programa de cumplimiento. El riesgo puede ser categorizado de una manera ordenada, si conocemos las fases del proceso comercial donde se perfeccionan. Cada actividad comercial es distinta y posee un flujograma distinto, así como regulaciones sectoriales en específico. Un ejemplo de esto es el *compliance program* que debe tener una compañía norteamericana en sus órdenes de venta en materia de exportación de bienes, y la posibilidad de entablar una relación comercial con una entidad o persona (i) sancionada administrativamente, (ii) con riesgos potenciales al estar relacionada con una persona sancionada administrativamente o catalogada de cuidado y/o (iii) con riesgo reputacional.

Fíjese que este flujograma, es fundamental cuando los clientes buscan a la empresa y solicitan pedidos de productos o servicios. Es en este momento cuando el procedimiento de *compliance* se dispara y requiere investigar al cliente a través de procedimientos de *know your customer*. Pero igualmente pueden surgir dudas en la medida que se concretan esos pedidos del cliente, y como empleado responsable de atender al cliente, tenga que reportar a su supervisor o indagar aún más sobre la información que nos proporciona.

Nuevamente, cada empresa funciona de forma distinta y tiene un modelo de negocios particular que será fundamental al momento de definir cuáles son aquellas funciones críticas para el negocio que asumen o tienen contacto con operaciones riesgosas a nivel legal. Las respuestas del *general counsel* y su gerencia legal deberían ser un eterno dinamismo y creatividad para lograr soluciones legales óptimas para navegar los riesgos legales del negocio. Por ello, la idea es acomodar la decisión de negocio en el camino legal, ya que el trabajo es gestionar los riesgos legales en todos los casos. Siempre es recomendable en cada transacción preguntarse entonces: ¿cuál es su mayor riesgo?

En un sentido amplio, esto se ha denominado manejo del riesgo empresarial o *Enterprise Risk Management* (“ERM”) que engloba las siguientes ideas: (i) el riesgo como la probabilidad de ocurrencia de diferentes resultados; (ii) el riesgo es distribuido ampliamente a lo largo de la organización de acuerdo con su gobernanza corporativa y la participación de la gerencia senior en las decisiones más complejas; (iii) el análisis del riesgo contempla cualquier contingencia que pueda poner en peligro a la empresa y su operación, no limitándose a las pérdidas netamente financieras; (iv) el análisis del

riesgo tiene importancia ejecutiva en la continuidad comercial, (v) la empresa tiene políticas corporativas creadas para el manejo del riesgo internamente y como prueba ante eventuales inspecciones regulatorias y administrativas.⁵⁹

En definitiva, ERM es una serie de protocolos y políticas corporativas donde los riesgos son analizados sistemáticamente, manejados comprensivamente, y tratados como un aspecto central en los planes estratégicos corporativos de la empresa.⁶⁰ No es casual, en este sentido, que la Organización Internacional para la normalización (ISO 31000) haya emitido una guía de manejo del riesgo organizacional, estableciendo varios modelos útiles de esquematización del proceso de gestión del riesgo.⁶¹ El manejo del riesgo es un tópico necesario tanto para el sector público como para el sector privado por los *stakeholders* propios de cada uno. Nuevamente, el manejo del riesgo puede realizarse como un traje a la medida, de acuerdo con las necesidades comerciales, industriales, operativas, legales y regulatorias de negocio en particular.

Parece increíble afirmar que, luego de varios años de experiencia y de ejercicio del profesional derecho, el riesgo legal en muchos casos es muy intuitivo. No obstante, siempre es ideal clasificar el riesgo mentalmente y encuadrarlo en parámetros para tomar decisiones objetivamente. En el mundo financiero, es muy común el uso de matrices de riesgos cuando éstos son cuantificables. El riesgo legal es difícil de cuantificar, en particular, teniendo en cuenta el país que se trate y la complejidad de su derecho, regulaciones e interacción con autoridades.

Lo importante, es que la forma de categorizar el riesgo puede ser libremente establecido por nosotros, y una vez establecido debe ser racional. Al final, será un instrumento más en nuestro arsenal de herramientas y argumentos legales. Por ello, la empresa debe destinar recursos para verificar la información de los clientes y sus proveedores. Ciertamente, no todos los clientes y proveedores son habituales, y muchos pueden tener malas prácticas que pueden permear y dañar a la empresa en su reputación o exponerla a riesgos legales (imagínese que su empresa le vende productos a una empresa que legitima capitales, se encuentra sancionada por Estados Unidos, o se encuentra asociada a un esquema de corrupción). Para prever eventuales escenarios negativos, muchos detalles deben ser revisados y rechequeados antes de establecer una relación comercial con clientes y proveedores. Algunas preguntas pertinentes que debemos hacernos en esta materia son las siguientes:

⁵⁹ Véase en general MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance... ob. cit.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Norma española ISO 3100, *Gestión del riesgo, principios y directrices*, 2010, p. 20. Disponible en <http://umc.edu.ve/pdf/calidad/normasISO/ISO%2031000-2009.pdf>

- A. Sobre el perfil de la compañía del cliente o proveedor:
- ¿Es un distribuidor?
 - ¿Es un agente independiente?
 - ¿Es una persona natural?
 - ¿Es un cliente nuevo?
 - ¿El cliente es una subsidiaria de otra compañía? ¿de cuál compañía?
 - ¿Cuál es la actividad comercial del cliente/proveedor? ¿a qué se dedica?
 - ¿Es una transacción habitual la requerida? ¿son múltiples transacciones? ¿cuál es su periodicidad?
 - ¿Qué banco utiliza el cliente/proveedor para realizar el pago de nuestros productos?

Una unidad del negocio debe encargarse de hacer *screening* a los clientes, proveedores, distribuidores y demás actores comerciales que se relacionen con la compañía. Este proceso de *screening* está íntimamente ligado con el flujograma del manejo del riesgo. La responsabilidad de la empresa no se limita a saber quiénes son sus clientes con *Know Your Customer Procedures*, sino que adicionalmente, es ideal establecer procedimientos de *Know Your Supplier*, *distributor*, y así sucesivamente. En materia de exportación, es vital establecer el destinatario final de los productos o servicios que la compañía ofrece en el mercado. El *screening* puede realizarse por métodos orientados al cliente o métodos orientados a las transacciones de la compañía, y que dependerá, en buena medida, de la regulación de la industria que se trate y el tipo de producto o servicio que se ofrece al mercado.

En los métodos orientados a los clientes/proveedores/distribuidores de la compañía, el procedimiento de *screening* se enfoca en el momento antes de la entrada de una orden de venta o compra por parte del representante de ventas de la compañía u otro empleado, por la solicitud de un cliente en específico. En este supuesto el representante de ventas o el departamento de *compliance* verifica el perfil del cliente. Para que el procedimiento sea eficiente debe garantizar: (i) escanear todos los clientes nuevos, (ii) reescanear a clientes con cualquier cambio en su perfil de clientes o situación comercial, (iii) reescanear anualmente como parte del monitoreo manual la base de datos de clientes, (iv) que toda nueva información acerca de un cliente que vengan de otras fuentes (medios, televisión, prensa, búsqueda en Google, industria), pueda ser incorporada en el expediente del cliente. Esto implica establecer programas de entrenamiento a la fuerza de ventas de la compañía que se encuentra cercana con los clientes, así como diversificación del riesgo entre varios empleados que procesan las órdenes de ventas de los clientes.

En los métodos orientados a las transacciones, los chequeos pueden ser aplicados a cada transacción en concreto y por orden comercial requerida. Esto supone un flujograma de varios estados comerciales en el trámite administrativo interno de la transacción por parte de la compañía, y requiere varias aprobaciones internas. En las etapas vulnerables es donde existe la posibilidad de aplicar el escaneo por las partes involucradas, y esto puede realizarse: (i) al momento del recibo de la orden comercial, (ii) durante el proceso de aprobación de la orden, (iii) al momento de identificarse el riesgo e involucrar a otras unidades del negocio, entre otros.

En la actualidad existen costosos softwares de búsqueda de información regulatoria para empresas como World-Check1, Dow Jones, entre otros. Realmente no existe una obligación legal de usar estos sistemas informáticos que se han convertido parte habitual de la práctica *in-house* corporativa. Lo verdaderamente importante es realizar de la forma que sea posible, la debida diligencia sobre los clientes, proveedores, y relacionados con la compañía. Puede existir la obligación legal de realizar chequeos preventivos de nuestros clientes o proveedores específicos.

Así, en materia *Anti-Money Laundering* (“AML”) en Venezuela, la SUDEBAN ha emitido una circular a todos los bancos comerciales y universales que requieren la profundización de las políticas de “conozca a su cliente,”⁶² en el marco general establecido de acuerdo con la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (“LCDOFT”) y estableciendo que las instituciones financieras no podrán iniciar o mantener relaciones económicas, con personas físicas o jurídicas cuya identidad no pueda determinarse por completo.⁶³ No obstante, el hecho que pueda ser exigible o no como obligación legal, conocer y establecer métodos de *screening* de clientes, proveedores, distribuidores, entre otros, ayuda en buena medida a alertar a la compañía de posibles *red flags* en clientes y/o a disparar todo el sistema interno de controles.

3.4 Elemento clave No. 3: Estructura de delegación de autoridades y controles internos

En tercer lugar, el programa de cumplimiento debe describir la estructura corporativa y cómo se distribuye la autoridad y las funciones en la organización, así como su estructura de reporte. En las empresas internacionales, tiene particular importancia que se señale la interrelación entre las subsidiarias del grupo y su lugar

⁶² Guía informativa para profundizar y promover políticas de conozca a su cliente para instituciones financieras bajo nomenclatura SIB-DSB-CJ-OD-25045 (4 de agosto de 2015). Disponible en http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/7-PREVENCIÓN-DE-LEGITIMACIÓN-DE-CAPITALES/7-5-CC-DSB-CJ-OD-25045.pdf

⁶³ LCDOFT, art. 11.

de constitución. Así las cosas, debe existir vigilancia, recursos y autoridad para que el *compliance program* sea efectivo. Así, la discusión mensual de los cambios que deben ser realizados a los protocolos son sumamente valiosos para la empresa.

El programa de cumplimiento no es una estructura rígida, sino más bien, una estructura lo suficientemente flexible a las necesidades comerciales de la organización. Adicionalmente, las autoridades de *compliance* deben tener la suficiente autoridad y discreción para hacer valer sus decisiones en el marco de los protocolos y políticas que garantizan. La junta directiva debe proveer las herramientas necesarias para que el equipo de *compliance* pueda realizar su trabajo, incluyendo entrenamientos, soporte gerencial y presupuesto adecuado. Nos hemos referido en este epígrafe a una idea estructural de delegación de autoridades en términos corporativos. Adicionalmente, la delegación de la autoridad dentro de la empresa tiene su vertiente tecnológica respecto a los procesos en los cuales la empresa aprueba sus procesos internos y controla la actividad interna. Los controles de seguridad de la información pueden involucrar aspectos de política, vigilancia, supervisión, procesos manuales, acciones de individuos o mecanismos automatizados implementados por sistemas y dispositivos de información, que la empresa debe velar por ser su propiedad tangible e intangible.⁶⁴

Por ello, el sistema de manejo de información empresarial debe ser autorizado y delegado a personas en específico dentro de la organización de acuerdo con su función en aras de implantar controles. Acertadamente se ha señalado que se requiere que las organizaciones mitiguen adecuadamente el riesgo que surge del uso de información y sistemas de información en la ejecución de misiones y funciones comerciales.⁶⁵ El control corporativo interno de acceso a la información, los límites a la disponibilidad del contenido, acciones internas respecto a los servidores internos de la compañía así como controles administrativos sobre el *log in* de usuarios de la empresa, son muchos de los restos que presenta una estructura de delegación de autoridades en el plano tecnológico y que deben estar analizados debidamente por sus consecuencias legales y prácticas para la compañía y su negocio.

⁶⁴ U.S Department of Commerce, NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, SECURITY AND PRIVACY CONTROLS FOR FEDERAL INFORMATION SYSTEMS AND ORGANIZATIONS, 2013, p. 12.
Disponible en: <http://dx.doi.org/10.6028/NIST.SP.800-53r4>

⁶⁵ En efecto, un desafío importante para las organizaciones es determinar el conjunto de controles de seguridad más rentable y apropiado, que si se implementa y se determina que es efectivo, mitigaría el riesgo y cumpliría con los requisitos de seguridad definidos por las leyes federales, órdenes ejecutivas, regulaciones, políticas, directivas o estándares. No existe un conjunto correcto de controles de seguridad que aborde todas las preocupaciones de seguridad organizacional en todas las situaciones. *Id.* p. 12.

3.5 Elemento clave No. 4: Entrenamiento a los empleados

En cuarto lugar, entrenar a los empleados de la compañía sobre los riesgos legales existentes en la operación es una necesidad corporativa. La prevención de riesgos legales importantes sólo puede ocurrir si todos los empleados y quienes forman parte de una organización entienden, responsablemente, las obligaciones empresariales y el marco regulatorio existente de una industria en concreto. Los entrenamientos a los empleados deben ser prácticos y no teóricos, y deben necesariamente cubrir los procesos, responsabilidades, obligaciones y consecuencias (negativas o positivas) del incumplimiento de las regulaciones de un mercado en específico, y formas en cómo los procesos corporativos pueden ser manipulados para fines distintos a los que requiere la compañía o el uso inadecuado de los productos y servicios ofrecidos al mercado. El entrenamiento a los empleados, indudablemente, es una forma de empoderamiento y asunción de responsabilidades dentro de las funciones corporativas, pues provee las herramientas para: (i) identificar fácilmente irregularidades e ilegalidades, (ii) detectar actividades sospechosas o conductas raras e inconsistentes, y finalmente (iii) qué hacer en esas circunstancias.

Proveer ejercicios y ejemplos prácticos respecto al potencial incumplimiento de las regulaciones siempre es ilustrativo para exponer los grandes riesgos que conlleva *compliance* y sus consecuencias. Adicionalmente, realizar entrenamientos a los empleados requiere preguntarse: (i) ¿quién será el responsable para realizar los entrenamientos?, (ii) ¿qué tipo de entrenamientos se realizarán?, (iii) ¿cuál será la periodicidad de los entrenamientos?, (iv) ¿el entrenamiento está actualizado a las circunstancias actuales?, (v) ¿cómo se documentará todo lo realizado? Igualmente, en la medida que las empresas invierten en su gente, también se invierte en el establecimiento de una cultura corporativa de *compliance* que es esencial para la mejor marcha de un sistema preventivo adecuado.

Siempre es recomendable que los entrenamientos sean experiencias dinámicas para los empleados: anunciar premios, realizar actividades grupales, reconocer a los mejores empleados o a las mejores unidades del negocio en sus metas de *compliance*, en fin, todo dependerá del perfil de los integrantes de cada organización lo fundamental es que el mensaje de responsabilidad que cada uno tiene y de la importancia del programa, logre llegar de manera efectiva a cada uno de ellos. Adicionalmente, muchas empresas han establecido mecanismos de comunicación confidenciales y privados para la denuncia de irregularidades corporativas o *whistleblowing* para lograr una efectiva comunicación de irregularidades corporativas en aras de proteger el negocio ante eventos realizados por sus propios agentes. En este aspecto, la confianza será algo fundamental y que debe trabajarse constantemente a través de planes de profundización de un ambiente corporativo seguro y una cultura de *compliance* empresarial.

3.6 Elemento clave No. 5: Monitoreo, prueba de los controles y auditoría

En quinto lugar, un *compliance program* solo será efectivo en la medida que se ponga a prueba: los controles pueden fallar y esto no puede pasar. Tiene que existir un equipo de auditoría con completa autonomía y flexibilidad para identificar las deficiencias del programa, áreas potenciales de riesgo, y realizar recomendaciones en las áreas donde existan oportunidades de mejora. Esto implica, ya sea la prueba del programa como un todo, o en las transacciones en específico donde existan los riesgos.

Las auditorías al programa deberían realizarse al menos, una vez al año y deberían incluir: revisar el proceso de *screening* a los clientes, el proceso de análisis de riesgos, comprobar la existencia de procedimientos y protocolos escritos, identificar vacíos en la autorregulación y en los procedimientos internos, y verificar si las unidades del negocio están en conocimiento y entrenadas sobre *compliance*. Esto es importante porque nos permite mantener los programas actualizados, adaptadas a las circunstancias reales y disminuir la mayor cantidad de fallas humanas posibles.

3.7 Elemento clave No. 6: Investigaciones internas

En sexto lugar, un programa de este tipo debe indudablemente tener una estructura clara para actuar. Los incidentes sospechosos deben ser reportados de distintas formas dentro de la organización incluyendo al departamento legal o de *compliance*, o línea directa para reporte de violaciones al código de ética empresarial, y el empleado encargado de esta responsabilidad debe ser claramente identificado por todos dentro de la organización. Otro sello distintivo de un programa de cumplimiento bien diseñado es la existencia de un mecanismo eficiente y confiable mediante el cual los empleados pueden denunciar de manera anónima o confidencial acusaciones de incumplimiento del código de conducta de la empresa, las políticas de la empresa o una conducta irregular o sospechosa.⁶⁶

Proveer de un mecanismo o procedimiento en el cual los empleados puedan hacer reportes de forma anónima y garantizar que estos reportes serán confidenciales, es una forma de asegurar la colaboración interna en caso de incumplimientos de las regulaciones internas y externas de la compañía. Por ello, es crítico que todos los empleados de la compañía sepan que no existirá ninguna retaliación o sanción por parte de otros empleados ni de sus superiores, por preguntas o reportes realizados de buena fe sobre *compliance*. De hecho, una cultura de reporte debe ser impulsada en la organización

⁶⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, *ob. cit.* p. 6.

pues ayuda a enfatizar la prevención. Así, empleados con la confianza de poder reportar a las funciones pertinentes y la conciencia de sus responsabilidades como parte de la organización, es una de las mejores defensas que una empresa puede tener ante el eventual incumplimiento de una regulación. La gerencia de la empresa debe estar comprometida a enfatizar una cultura de responsabilidad y alentar a los empleados a hacer lo correcto y reportar irregularidades de cualquier tipo.

Asimismo, es una responsabilidad de los empleados hablar cuando deban hacerlo y levantar la mano si se encuentran en presencia de procedimientos sospechosos, o de potenciales incumplimientos al *compliance program* de la compañía o la violación de cualquier norma legal. Es recomendable, en la industria en específico donde asesoremos, pensar a través de todas las contingencias posibles con antelación y delinear procedimientos detallados y claros. ¿Cómo determina la empresa qué quejas o señales de alerta merecen una mayor investigación? ¿Cómo se asegura la empresa de que las investigaciones tengan un alcance adecuado? ¿Qué medidas toma la empresa para garantizar que las investigaciones sean independientes, objetivas, se lleven a cabo de manera adecuada y estén debidamente documentadas? ¿Cómo determina la empresa quién debe realizar una investigación, y quién toma esa determinación?⁶⁷

En nuestro diseño de investigación, como mínimo, se debe incluir: (i) criterios de cuándo iniciar una investigación interna por un caso potencial de incumplimiento interno del *compliance program*, (ii) cómo determinar el alcance de la investigación, (iii) el procedimiento específico (cómo, cuándo, dónde y qué se investigará), (iv) cómo se documentará la investigación. Asimismo, se deben señalar quien o quienes serán responsables de estos procedimientos. En todo programa práctico, delegar las responsabilidades es fundamental pues de esta manera todos los involucrados pueden saber mejor cómo deben actuar y/o a quién acudir en los distintos casos que se pueden presentar.

3.8 Elemento clave No. 7: Registro de todas las actuaciones realizadas

El registro de todo lo realizado por el departamento legal y *compliance* de una compañía es vital ante una eventual investigación administrativa por parte de los entes o agencias regulatorias. La junta directiva o el comité de políticas corporativas debe también incluir en las políticas de control internas los procedimientos, responsabilidades, y buenas prácticas para el manejo de información dentro de la empresa y archivo de documentación crítica en materias altamente reguladas. Esta clase de políticas de registro de información debe enfatizar que los archivos de la compañía son como cual-

⁶⁷ *Id.* p. 7.

quier otro bien corporativo susceptible de control y que pertenecen exclusivamente a ella. Los procedimientos para la inspección y aseguramiento del adecuado archivo de la documentación e información de la compañía también deben ser documentados, así como los archivos que sustentan la relación comercial con clientes, proveedores, distribuidores, corredores de valores, entre otros.

En un ambiente comercial ya computarizado como el que vivimos en la actualidad, es importante que todos los empleados involucrados en la operación del negocio sepan que son garantes y responsables de la información y archivos de la compañía, y por ello son responsables de su localización, que sean fácilmente compartidos, y que no estén en riesgos de ser perdidos. Todas estas precauciones se hacen necesarias al entender lo siguiente: la compañía debe asumir que toda la documentación que tiene la empresa puede terminar en las manos de un regulador o fiscal federal norteamericano o de cualquier parte del mundo.

Aunque suene poético, las palabras se las lleva el viento y lo importante es que queden en papel para la posteridad. La compañía debe actuar en todo momento como un buen padre de familia, responsable en la aplicación de sus procesos y protocolos, de la forma más razonable y diligente posible de acuerdo con las circunstancias. La documentación de la información sea realiza, internamente, por tener efectos probatorios de la diligencia de la compañía en implementar las mejores prácticas corporativas y mitigar los efectos de potenciales sanciones. Pero para hacer eso, la misma compañía debe velar por dejar constancia de sus buenos oficios por escrito, ya sea físico o digital, de la implementación de esas mejores prácticas a su negocio y por sus empleados.

3.9 Elemento clave No. 8: Revisión de cada M&A y alianzas comerciales

Un programa de cumplimiento bien diseñado debe aplicar la debida diligencia basada en el riesgo a sus relaciones con terceros.⁶⁸ Finalmente, en el comercio internacional es común la realización de adquisiciones o alianzas comerciales (*Mergers & Acquisitions, Joint Ventures*, entre otras formas) con personas distintas a la empresa. Cada adquisición o alianza comercial debe ser estudiado, adicionalmente por su viabilidad financiera, por el riesgo legal que pueda involucrar para la operación de la empresa. ¿El socio comercial se encuentra sancionado? ¿algunos de los accionistas del socio comercial se encuentran en alguna lista interbancaria por lavado de dinero? ¿los negocios del socio comercial pueden incrementar mi exposición a agentes regulatorios?

⁶⁸ *Id.*

Estas preguntas requieren un análisis caso por caso y que se encuentra muy ligados con el proceso de análisis de riesgo realizado por los equipos multidisciplinarios de la compañía. En efecto, aunque la necesidad y el grado de la debida diligencia adecuada pueden variar según el tamaño y la naturaleza de la empresa, la transacción y el tercero en cuestión, las empresas deben evaluar hasta qué punto están en conocimiento de las calificaciones y asociaciones de terceros. socios comerciales, incluidos los agentes, consultores y distribuidores que se utilizan comúnmente para ocultar conductas indebidas, como el pago de sobornos a funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales.⁶⁹

4. Importancia del cumplimiento normativo

Nuestra tarea de promulgar las ventajas de un programa de cumplimiento adecuado no se agota en un análisis meramente legal, sino que propulsa de la mejor manera procesos corporativos de forma dinámica. El hecho de tener un *compliance program* tiene muchos beneficios para la empresa cuando se cuenta con personal calificado de altura y que maneje los procesos necesarios para ayudar, a través de la prevención, con la sustentabilidad del negocio. Sólo a título ilustrativo, creemos que el personal calificado de *compliance* ofrece una relación costo-beneficio para la empresa en su quehacer corporativo que exponemos de seguidas.

4.1 Mitigación de riesgos para la compañía y negocio

En primer lugar, anticiparse a las consecuencias del incumplimiento de la legislación local y sus regulaciones garantiza el ahorro de mucho dinero para la empresa. Como tendremos la oportunidad de estudiar más adelante, el pago de multas puede significar la quiebra de una compañía o su inviabilidad financiera. Por ejemplo, los arreglos judiciales en materia de sanciones e instruidos conjuntamente por la OFAC y el DOJ buscan precisamente “*arreglos ejemplificantes*” que impongan cierto efecto disuasivo a todas las compañías infractoras y aquellas que buscan adaptarse a las regulaciones emitidas. Ante la posibilidad de una multa o revocación de licencias administrativas para el ejercicio del comercio, es preferible establecer planes de acción que prevén estos supuestos y asegurar que estos nunca pasen.

⁶⁹ *Id.*

4.2 Colaboración con las autoridades administrativas y penales

En segundo lugar, el quehacer de la Administración Pública en esta materia es siempre buscar culpables. ¿Quiere la compañía ser declarada culpable por las violaciones de la regulación cometida? Por supuesto que no. Un programa de cumplimiento busca precisamente la ocurrencia de situaciones penal o regulatoriamente complejas donde la empresa deba defenderse sobre acusaciones o multas extraordinarias por la comisión de delitos o irregularidades.

Ahora bien, no es lo mismo encontrar a nuestros clientes en una situación de cooperación con las autoridades a una situación de indefensión absoluta por manifiesta negligencia en su actuar. Por una parte, *colaborar* con las autoridades casi siempre garantiza un tratamiento preferencial respecto a las potenciales sanciones a ser aplicadas, pues la empresa dio el primer paso ya sea confesando la irregularidad u ofreciendo formas de corregir sus errores y participación en irregularidades. Un correcto plan de adecuación a las leyes y regulaciones locales puede ayudar a atenuar los efectos de una eventual fiscalización por parte de la Administración u entes gubernamentales asociados.

Tradicionalmente, los instrumentos normativos penales tipifican causas atenuantes de la pena por conductas que colaboren con la autoridad competente. En materia administrativa también es posible encontrar este tipo de disposiciones para la reducción de la cuantía de la multa. Por otra parte, *rehusarse a colaborar* puede tener consecuencias catastróficas dependiendo de las circunstancias en concreto. Un funcionario de mal ánimo, un fiscal agresivo, entre tantas otras situaciones propias de un país sin Estado de derecho y con un sistema judicial deficiente, pueden incrementar el riesgo de que la empresa sea sancionada más duramente al tomar una actitud desafiante y contraria a la autoridad. En materia de defensa penal y regulatoria de la empresa hay que recordar que la estrategia a aplicar trasciende al derecho y tiene que apreciar las circunstancias propias de la empresa y la situación de las violaciones cometidas, así como su gravedad.

Por lo anteriormente expuesto, es altamente recomendable colaborar con la autoridad en aras de preservar la empresa, su operatividad e integridad, en vez de contrariar las investigaciones de los reguladores o fiscales. Salvo que medie un delito gravoso para la integridad de la empresa, si los fiscales o reguladores han iniciado investigaciones contra la empresa, esto no ocurre por mero capricho de ellos, sino más bien por la existencia de algo que no está bien. Por ello, un *compliance program* debe procurar la colaboración entre la empresa y la autoridad, pues los funcionarios no son enemigos y en la mayoría de los casos sólo hacen su trabajo. Entrometerse en ese trabajo, puede traer más problemas que soluciones.

4.3 Protección de la marca corporativa a través de la prevención

En tercer lugar, prevenir es evitar el peor escenario posible. ¿Tiene sentido prevenir aquello que puede generar un daño a nuestro cliente? La respuesta es obvia. El objetivo entero de *compliance* es la prevención, prevención y prevención. Ello sólo puede lograrse con formas y procedimientos de monitoreo, así como un equipo capacitado para realizar esta labor y entender el ambiente regulatorio de nuestro cliente. Las empresas líderes son aquellas que implementan de la mejor manera *compliance programs* adecuados a su dinámica comercial. Así, más que un esquema de controles, una empresa éticamente responsable se diferencia del resto de los actores en el mercado por seguir altos estándares en su actividad comercial y por colaborar con las autoridades cuando es requerido.

Mucho se ha escrito sobre la marca corporativa de las empresas. Somos creyentes que una cultura de *compliance* ayuda a profundizar esta marca corporativa y ayuda a las empresas a ser auténticas y distintivas frente a otras. No es lo mismo ser una empresa con una reputación comercial dudosa en materia de cumplimiento normativo, a ser una empresa ejemplo de buenas prácticas corporativas. Ser un difusor de las buenas prácticas, el respeto a la ley, y de empresas socialmente responsables trae como consecuencia un mejor relacionamiento con entidades públicas y organizaciones no gubernamentales, además de una disminución de multas por incumplimiento considerables.

4.4 ¿Invertir en compliance o tener los medios y recursos adecuados?

En cuarto lugar, se ha querido enfocar los problemas de *compliance* como un gasto innecesario de recursos corporativos o sencillamente en la sobre inversión en el tema. Ninguno de estos enfoques es acertado, e inclusive, son los pequeños cambios los que verdaderamente generan transformaciones de una cultura de *compliance* en el negocio. En muchas compañías, fortalecer *compliance* se ha convertido en sinónimo de contratar más *compliance* managers, comprar más softwares sofisticados y crear más políticas, inclusive cuando esas decisiones son en muchos casos redundantes y una pérdida de recursos o simplemente no generan resultados.⁷⁰ El gran problema es que las compañías, pueden tener miles de protocolos, pero no hacen chequeos de las rupturas e incumplimientos a sus propios programas.

⁷⁰ Hui Chen & Eugene Soltes, «Why Compliance Program Fail-and to Fix Them». *HARVARD BUSINESS REVIEW*, N° 2 (2018): pp. 116-125. Disponible en: <https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>

Ciertamente, *compliance* sirve importantes funciones en materia legal, pero forzar el cumplimiento del programa a un requerimiento estrictamente legal limita su habilidad de influenciar positivamente el comportamiento de los empleados.⁷¹ Mientras muchas firmas de contadores y abogados continúan analizando *compliance* como un ejercicio legal, es en realidad mucho de ciencia aplicada del comportamiento de los empleados.⁷² Esta afirmación puede incomodar a cualquier abogado, pero para que un *compliance program* tenga impacto real, los gerentes necesitan probar qué funciona y qué no.⁷³

Las líneas directas no deben establecerse sólo para archivar y grabar las irregularidades, también deben servir para asesorar a los clientes internos antes de tomar una decisión equivocada y con terribles consecuencias.⁷⁴ ¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la empresa? ¿Se está aplicando el programa con seriedad y buena fe?” En otras palabras, ¿el programa cuenta con los recursos adecuados y está capacitado para funcionar con eficacia? ¿El programa de cumplimiento de la empresa funciona en la práctica?⁷⁵

No cabe duda, que un equipo de *compliance* y su *Internal Program* será excelente sólo si la gente que trabaja en la compañía es excelente.⁷⁶ Adicionalmente, un punto importante y necesario es la preparación técnica e intelectual del personal que instruye e implementa el *compliance program* que se trate. De nada sirve repetir sin entender las problemáticas y complejidades que aquí señalamos. La clave se encuentra en un correcto entendimiento de los problemas de *compliance*, y un adecuado entrenamiento a los empleados en un lenguaje accesible, flexible y entendible, de llano entendimiento, de los problemas y consecuencias de *compliance*.

Un *compliance program*, no obstante, puede resultar bastante costoso para muchas empresas por el tiempo que es necesario invertir, los recursos humanos que se deben involucrar, y en ocasiones los recursos tecnológicos que esto puede representar. Sin embargo, el costo es un tema que cada organización deberá evaluar de acuerdo con los riesgos inherentes a su sector y determinar si no tener una herramienta de este tipo para prevenir y saber cómo manejar los riesgos puede tener. En ese sentido, cabe preguntarse: ¿debe la empresa tercerizar su programa de cumplimiento ante la falta de recursos? o ¿debe la empresa tercerizar la realización y planeación de sus políticas internas?

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, *ob. cit.* p. 2.

⁷⁶ MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, *ob. cit.*, p 176.

Una de las principales fallas del sistema de controles planteado es su aplicación sin propósito y sin interés corporativo real. Mal puede tercerizarse un trabajo que sólo debe concernir a la persona involucrada. Nuevamente, la idea de *compliance* de papel como una compilación de protocolos es una pérdida de tiempo. Ello no quiere decir que la empresa deba hacer todo solo y por su cuenta. El asesoramiento adecuado ayudará a robustecer sus programas y detectar márgenes de mejora. Pero ante los ojos de los reguladores, nada tiene más sentido que la creación de un programa de cumplimiento orgánicamente, así como una férrea cultura de *compliance* desde su alta gerencia como ejemplo.

4.5 Cultura organizacional del cumplimiento y la ética

Conjuntamente con esta discusión, también es importante el entendimiento de la cultura de cumplimiento y los valores y cultura corporativa de una determinada organización. La imposición de los valores culturales de la empresa trasnacional a sus filiales y sucursales es una realidad de negocio. Similarmente, la cultura de cumplimiento e integridad también debe imponerse, pero como forma (y no obligación) de hacer negocios. Para el logro de tal fin, se requiere recursos a nivel global y un departamento legal y de cumplimiento lo suficientemente capacitado y dotado de autoridad para realizar su trabajo globalmente.

En esta estructura, no se trata de un solo oficial de cumplimiento, sino de varios oficiales distribuidos de acuerdo con las necesidades del negocio en particular. Aunque parezca obvio, la noción de *global compliance* se refiere a la gran empresa (ya sea nacional o internacional). No tiene sentido hablar de un sistema complejo de controles cuando la empresa realmente no tiene autocontrol. Esto también señala el hecho que la realidad de la gran empresa no es necesariamente la realidad y necesidad de la mediana y pequeña empresa.

Ahora bien, el establecimiento de la cultura corporativa de *compliance* debe realizarse desde el poder (tono desde la junta directiva). Las organizaciones están integradas por individuos (y grupos) interdependientes con intereses divergentes, que deben encontrar modos de conciliar esos intereses.⁷⁷ Todas las decisiones gerenciales implican beneficios y sacrificios: es necesario balancear asuntos complejos y ambiguos, que generan desacuerdos legítimos acerca de qué es lo mejor para la organización.⁷⁸

⁷⁷ Linda Hill, «Power dynamics in organizations». *HARVARD BUSINESS REVIEW*, No. 494-083 (Boston: Harvard University Press, 1995): p. 2.

⁷⁸ *Id.*

El poder tiende a acumularse en las personas que realizan actividades y ocupan posiciones asociadas con el control de recursos escasos y contingencias críticas.⁷⁹ “Contingencias críticas” son aquellas actividades esenciales para el desempeño de la organización, dado su contexto particular (industria, entorno regulador, demografía de la fuerza de trabajo, por ejemplo).⁸⁰ Pero ¿de dónde viene el poder dentro de una organización? Gran parte del poder de un individuo proviene de las actividades que realiza y de su ubicación en la organización.⁸¹ Así, son necesarios el revestimiento de una autoridad formal dentro de la empresa, relevancia, autonomía, visibilidad, pericia y trayectoria dentro de la organización para que el gerente legal y de compliance cumpla sus funciones con éxito. Mientras mayor sea la autonomía —facultad discrecional o libertad para ejercer el juicio propio— asociada con la posición del gerente mayor será su poder.⁸²

La cultura de cumplimiento ha sido objeto de debate con opiniones muy diversas. Para algunos, la cultura de compliance es un reforzamiento adicional a los procedimientos de papel ya establecidos por las políticas establecidas. Nada más alejado de la realidad, pues, si defendemos un sistema de controles flexibles para los intereses de la empresa, una verdadera cultura debe impregnar (desde lo más alto de la gerencia de la compañía) todas las actividades de ética y cumplimiento.

Los elementos clave de todo programa de cumplimiento, ampliamente discutidos en el capítulo primero de este ensayo, son un reflejo de elementos culturales de compliance. Así, no puede existir cultura corporativa de cumplimiento si no hay un entrenamiento efectivo a los empleados y lineamientos básicos de los objetivos de integridad de la empresa en este sentido. Se ha encontrado que cuando una organización enfatiza el cumplimiento interno, puede tener un efecto positivo en la disposición de los empleados a denunciar internamente comportamientos ilegales y de manera interna.⁸³ Si, por el contrario, el pago de sobornos es algo común y/o está respaldado por la gerencia de nivel superior, será menos probable que reporten pagos ilícitos a través de canales internos de cumplimiento debido a la creencia de que tales informes serían inútiles.⁸⁴

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.* p. 1950.

⁸⁴ *Id.*

Adicionalmente, cuando una organización ha creado una cultura donde el comportamiento corrupto es aceptable, los empleados individuales pueden volverse insensibles a tales conductas de tal manera que se convierta en una práctica común y ya no sea impactante, a pesar de ser espantoso para quienes están fuera de la situación.⁸⁵ Gran parte del fraude financiero que ocurrió en la reciente crisis financiera encajaría en esta descripción.⁸⁶ En estas situaciones, el fraude podría tener un tamaño y alcance importantes y ser perjudicial para la economía, pero es poco probable que se informe o se trate internamente.⁸⁷ Evidentemente, cuando analizamos los elementos por separado y de forma procedimental, parecieran ser elementos exclusivamente de la formalidad de un *compliance program*. Nada más alejado de la realidad, pues, un programa de cumplimiento debe ser flexible y adoptar la forma en que nuestro cliente empresarial realiza su negocio de la mejor forma posible.

Ahora bien, el estudio de la cultura corporativa es un problema de comportamiento organizacional de las empresas, pues, indudablemente, las compañías tienen rituales y formas de proceder que las diferencian las unas con las otras. Cuando nos referimos a cultura corporativa propiamente, nos referimos a “un sistema de significados compartidos por los miembros de una empresa, el cual distingue a una organización frente a las demás.”⁸⁸ La búsqueda de una cultura fuerte es muy cercana al anhelo gerencial de asegurar que la conducta del personal no se desvíe de determinadas pautas.⁸⁹ No obstante, si bien es deseable que las culturas organizacionales sean consistentes, no deben serlo tanto que anulen las conductas divergentes. Este tipo de conductas es indispensable para que haya innovación y aprendizaje,⁹⁰ y *compliance* tiene que ver precisamente con un aprendizaje constante de aquello que es permitido dentro de un sistema ordenado del riesgo legal.

De igual manera, se ha discutido considerablemente sobre la estructura e infraestructura ética-corporativa de la función de cumplimiento. En este sentido, TENBRUNSEL ha desarrollado el concepto de infraestructura ética de una organización el cual se compone de elementos formales e informales.⁹¹ De esta manera, el modelo de infraestructura ética propuesto no se basa en las aproximaciones sobre la base del cumplimiento *per se* o la integridad en sí misma, sino que provee una visión comprensiva de la orga-

⁸⁵ *Id.* p. 1954.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Stephen P. Robbins, & Timothy A. Judge, *COMPORTAMIENTO ORGANIZACIONAL*, (México: Pearson Educación, 2013), p. 512.

⁸⁹ Ramón Piñango, «Buena es la Cultura, pero no tanto». *DEBATES IESA*, No. 13 (2008): p. 62.

⁹⁰ *Id.* p. 63.

⁹¹ TENBRUNSEL, SMITH-CROWE & UMPHRESS, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.

nización y los comportamientos éticos.⁹² De esta forma, la estructura propuesta abarca un elemento formal, informal y de clima organizacional.⁹³

El sistema formal se sustenta en el monitoreo, comunicación y sanción cuando ocurre una conducta infractora o contraria a los intereses empresariales de acuerdo con los procedimientos y protocolos establecidos. El sistema informal donde, siguiendo los protocolos establecidos, se busca calmar las aguas de forma atenuada y sin llevar a los extremos el pie de la letra de los manuales de cumplimiento a través de asesoramiento al empleado en cuestión para que así el sujeto en cuestión siga voluntariamente los lineamientos de la empresa. Esto también ocurre por medio de la presión social cuando existe una cultura de cumplimiento fuerte en la organización ya establecida.

Hemos señalado que un clima organizacional donde los empleados compartan percepciones sobre lo correcto e incorrecto desde un punto de vista personal pero frente a la organización donde trabajan. Así, el clima organizacional se sustenta en tres problemas: la ética propia y la ética de la empresa, el respeto, y justicia procedimental.⁹⁴ El clima organizacional determina qué tipo de conducta es esperada de los empleados y apoyada por la organización.⁹⁵ Ahora bien, ese clima organizacional requiere respeto a los empleados, entendido como el trato considerado y digno que se le da a los empleados.⁹⁶ Esto se vincula directamente con la justicia procedimental que debe procurarse estructuralmente, pues, toda la estructura tiene legitimidad en la medida que el clima de justicia procedimental es usado para tomar decisiones en la organización ante problemas de cumplimiento o éticos.⁹⁷ El respeto y la justicia procedimental promueve que los empleados correspondan sus conductas a los lineamientos corporativos y sus reglas.⁹⁸

Promover el estudio de *compliance* es también “hacer que la integridad, la ética y el cumplimiento también formen parte del proceso de promoción, compensación y evaluación dentro de la empresa, porque al final del día, la forma más efectiva de comunicar que “hacer lo correcto” es una prioridad, es recompensarlo.”⁹⁹ La ética empresarial y el cumplimiento meramente normativo van de la mano en este sentido, ya que, no basta

⁹² DAVID HESS, «*Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*», (New York: New York University Journal of Law and Business, 2015) p. 36.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ TENBRUNSEL, SMITH-CROWE & UMPHRESS, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.* p. 295.

⁹⁹ Cutler, Stephen M., *Speech by SEC Staff: Second Annual General Counsel Roundtable: Tone at the Top: Getting it Right*, U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2004. Disponible en: <https://www.sec.gov/news/speech/spch120304smc.htm>

el mejor cumplimiento de la legalidad sino entender si la empresa está actuando ética y responsablemente. Una cultura ética y de cumplimiento es un elemento clave, pues, “si a los empleados se les hace creer que, cuando se trata de compensación y avance profesional, que todo lo que cuenta es la rentabilidad a corto plazo, y que tomar atajos éticos es una forma aceptable de llegar allí, se desempeñarán en esa forma.”¹⁰⁰

Los objetivos de una empresa pueden alcanzarse a través de la formalización empresarial, es decir, el establecimiento de metas precisas y reglas como cómo debe actuar el negocio, pero definidos desde quién ejerce poder efectivo en la organización. Por ello, es clave que la autoridad dentro de la empresa en materia legal y de compliance tenga poder efectivo y real sobre las actuaciones corporativas. En este sentido, una organización puede alcanzar sus objetivos con base en su cultura empresarial que puede ser, igual o más fuerte, que la formalización de sus objetivos, funciones, reglas y directrices de cómo debe ser el negocio y la actividad empresarial. Esto puede denominarse un ambiente organizacional en el cual la cultura de la empresa juega un papel fundamental en el alcance de los fines empresariales.

Un ejemplo de esto puede ser una empresa de consumo masivo cuya cultura organizacional se encuentra orientada en el cumplimiento de metas de ventas y que sus empleados se encuentren entrenados en acciones y objetivos orientados a los resultados con una fuerte cultura de excelencia en su sector. Esta empresa de consumo masivo tiene empleados que su única preocupación es alcanzar estos objetivos como sea posible, pues al alcanzarlos, la empresa los reconoce con alegría e identifica valores comunes en beneficio de todos (tanto de la empresa como de sus empleados). Este anhelo de alcanzar las metas debe ser compartido por todos en la empresa, sin importar su grado en la organización, y debe ser celebrado como el modo de vida o de trabajo de esta organización. Ahora bien, cumplir con las metas corporativas debe ser realizado con base en los compromisos frente a la empresa, no porque se le ordene al personal a hacerlo.

En este sentido, esta cultura genera que espontáneamente los empleados cumplan los objetivos porque son parte de sus valores esenciales como empleados de la organización, y es donde los valores de compliance tienen un papel fundamental, pues, toda la actividad de cumplimiento normativo y ético debe formalizarse y ser parte íntegro del ambiente corporativo.¹⁰¹ Sólo la afinidad con la cultura de la empresa, y que sus valores

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Así, una cultura del triunfo al alcanzar los objetivos, cuando es más arraigada, logra que los empleados ofrezcan más y más para el alcance de tales objetivos sin necesidad de directrices gerenciales que ordenen a trabajar. Así las cosas, mientras más arraigada sea la cultura, será menos necesario el establecimiento de direcciones de la gerencia a sus subordinados, pues todos saben qué hacer y tienen un objetivo en común, en este caso, la obtención de un resultado de ventas fijado o ser los mejores en determinado sector económico (e.g ser la mejor empresa chocolatera nacional, y yo como empleado me siento orgulloso de pertenecer a la mejor empresa de chocolates en Venezuela, y doy todo lo mejor de mí por el solo hecho de pertenecer a tan prestigiosa y respetada empresa).

sean compartidos por todos los empleados, genera una situación en la cual no se requiere formalizar el negocio (en el sentido de controlar a los empleados en sus funciones) sino que la fuerza laboral de la empresa hace sus funciones por el compromiso con la organización y lo que su cultura ofrece.

Finalmente, el establecimiento de lineamientos generales o normas marcos siempre será beneficio para los intereses de la empresa global. Por una parte, preconstituye un resumen de la buena voluntad empresarial de adoptar y realizar las mejores prácticas corporativas existentes. Así, de fallar alguno de los controles preestablecidos, existe ese primer puente de colaboración con las autoridades. Por otra parte, existe una diferencia muy marcada entre una empresa con lineamientos gerenciales precisos de comportamiento empresarial, frente aquellas empresas que no disponen de ningún mecanismo para alertar a sus empleados de la importancia del cumplimiento de la ley y las regulaciones existentes. No hacer nada no es una excusa ni defensa ante un eventual incumplimiento o mala práctica corporativa. Innovar al establecer un sólido cuerpo de normas internas ayuda a la empresa, no solo en venderse como una marca de transparencia corporativa, sino que le ayuda a robustecer su posición cuando una irregularidad sea cometida.

5. Nota final: Cuando Compliance y el análisis del riesgo fallan

No todo puede ser perfecto. Los errores ocurren más a menudo de lo que queremos y el factor humano incrementa, en buena medida, violaciones a la regulación vigente y susceptibles de sanciones administrativas y procedimientos penales. Desafortunadamente, de una forma muy habitual surgen preguntas y situaciones sumamente complejas para los practicantes de esta materia. Así, no solo *compliance* implica prevención: empresas con problemas públicos y notorios de *compliance* se ven obligadas a realizar un análisis de riesgos y elegir la opción menos mala cuando los controles fallan. De igual manera, hemos advertido que es posible, como estrategia de negocios, asumir ciertos riesgos legales. No obstante, hay riesgos tan altos que jamás pueden ser asumidos por su manifiesta ilegalidad o por sus consecuencias catastróficas para las empresas.

En la práctica de *compliance* es habitual hacer referencia a casos emblemáticos, no por demostrar buenas prácticas, sino por ejemplificar los errores de mal manejo de programas, mala gerencia y asesoría en la materia que nos concierne. No todo puede ser controlado, independientemente de la estrategia aplicada y las proyecciones realizadas. El estudio de cumplimiento normativo versa en buena medida en cuatro frentes de lucha: sanciones internacionales, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, regulación de control sobre exportaciones, corrupción y soborno. Si se quiere,

estos tópicos son *compliance* en su parte especial. Y son sólo algunos de los problemas que presenta el comercio global actual y la práctica transnacional del derecho. Ahora bien, *compliance* en la actualidad es una *necesidad de negocio* y no es un maquillaje corporativo de malas prácticas corporativas como planteó *Siemens* hace más de diez años. Así como el riesgo legal existe y por ello se encuentran equipos de abogados de la empresa, también se hace necesario un equipo de *compliance*.

Buena parte de la literatura actual en la materia se sustenta en los fracasos ajenos y el establecimiento de mejores prácticas empresariales con base en esos escándalos corporativos. En este ensayo, veremos muchos ejemplos de ello, así como también aquellas situaciones que nunca debieron pasar. El fracaso de un *compliance program* tiene muchos frentes complejos de análisis. En nuestra opinión, el punto central, tal y como señalan CHEN y SOLTES es que “las empresas cuentan habitualmente con políticas y procedimientos, pero no realizaban un seguimiento de las infracciones que cometían.”¹⁰² De nada sirve un *compliance de papel y de escritorio* si la empresa no toma las decisiones correctas en el momento preciso. Esto ha generado una serie de problemas prácticos que conllevan, irremediablemente, al fracaso del programa que queremos fomentar.

Un error, también común, es confundir la responsabilidad legal con la efectividad del cumplimiento. Las políticas de cumplimiento cumplen funciones legales importantes, pero forzarlas a entrar en marcos legales puede limitar su capacidad para influir positivamente en el comportamiento de los empleados.¹⁰³ ¿Cómo ha evaluado la empresa si estas políticas y procedimientos se han implementado de manera efectiva? Las empresas suelen responder mostrando que los empleados firmaron una declaración de que habían leído y comprendido las políticas y códigos de conducta de la empresa. Si bien dicha firma puede proporcionar una base legal para despedir a alguien que viole una regla, no demuestra que un empleado haya convertido el conocimiento sobre las políticas en prácticas laborales cotidianas.¹⁰⁴ ¿Realmente eso significa o aporta algo de valor para nuestro *compliance program*? Contar las aprobaciones legalmente vinculantes de los empleados a las políticas no es una forma adecuada de cuantificar la efectividad de un *compliance program*.

También la creencia errónea de que estamos haciendo las cosas bien genera una autocensura en nuestra crítica interna respecto a las áreas de oportunidad que puede tener nuestro programa de cumplimiento. El hecho de tener un *compliance program in place* quiere expresar que la empresa hace sus mejores esfuerzos para conocer los

¹⁰² CHEN & SOLTES, *Why Compliance Program Fail-and to Fix Them...*, *ob. cit.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

riesgos potenciales a los que se enfrenta y saber, preventivamente, cómo podría manejarlos. Ello genera un sesgo de autoinforme y autoselección peligroso para la empresa. Compliance managers a menudo se basan en encuestas para evaluar el desempeño de sus programas.¹⁰⁵ El desafío de las encuestas es que la autoevaluación y la autoselección de los encuestados pueden sesgar los resultados y llevar a los gerentes a sacar conclusiones incorrectas. Las personas que ocupan puestos de responsabilidad y las que realmente cometen una mala conducta pueden estar menos inclinadas a participar.¹⁰⁶ Por ello, es necesario tener en cuenta el sesgo en los datos recopilados al interpretar la data obtenida una vez probado o auditado el programa de cumplimiento.

Navegar regulaciones cada vez más complejas y exhaustivas requiere personal calificado y los recursos necesarios para esta labor. No en vano, agentes regulatorios sancionan a empresas transnacionales con multas de billones de dólares. La realidad es que es muy fácil ser acusado y aceptar acuerdos por violaciones que ni siquiera se tenían en el radar para el negocio. Si algo podemos aprender de estos fracasos de *compliance* es que su obligatoriedad de cumplimiento es una necesidad en la dinámica de los negocios en la contemporaneidad; su efecto mitigador de riesgos puede ser clave; y su impulso y propulsión a mejores prácticas corporativas respetuosas de la ley, las regulaciones, la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos, son el nuevo horizonte empresarial.

Finalmente, el trabajo de *compliance* es amplio en su espectro de temas a desarrollar. En los hombros de las empresas no solo recae el objetivo de pagar dividendos a los accionistas, sino que, adicionalmente, recae el deber de cumplir con las exigencias de múltiples entidades y agentes administrativos en varias jurisdicciones, así como cumplir con los *stakeholders* claves. Por ello, la asesoría y el establecimiento de programas adecuados son clave para un negocio exitoso en el mundo regulatoriamente complejo que vivimos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Annicchiarico, José. «La autorregulación privada en Venezuela». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, No. 5, (2011): pp. 311-344.
- Bentata, Victor. *Teoría General de las Prácticas Económicas Ilícitas*. Caracas; Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
- Boghraty, Babak. *Organizational Compliance and Ethics*. New York: Aspen Publishers, 2019.
- Chen, Hui & Eugene Soltes. «Why Compliance Program Fail-and to Fix Them». *Harvard Business Review*, No 2 (2018): pp. 116-125.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

- Charnovitz, Steve, «International Standards and the WTO», (Washington: George Washington Law Faculty Publications, 2005).
- David Hess, «*Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*», (New York: New York University Journal of Law and Business, 2015) p. 36.
- Edward Martin Lodge, Edward C. Page, and Steven J. Balla, George J. Stigler, «The Theory of Economic Regulation» por Chris Carrigan and Cary Coglianese, *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Gámez Arcaya, Francisco. «Principios de Gobierno Corporativo». *Revista de Derecho Público*, N° 102 (2005): pp. 37-42.
- Gómez Cáceres, Diego & Jesús López Zaballos. *Riesgos financieros y operaciones internacionales*. Madrid: ESIC Editorial, 2002.
- Gómez, Pavel. «Regulación en Venezuela: adaptación y supervivencia». *Debates IESA*, No. 1 (2008). Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/12/eneo8regulapavel.pdf>.
- Hess, David. *Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*, working paper, Stephen M. Ross School of Business, University of Michigan, 2015.
- Linda Hill, «Power dynamics in organizations». *Harvard Business Review*, No. 494-083 (Boston: Harvard University Press, 1995) p. 2.
- LaMay, Frank. *Corporate Finance*. Philadelphia: McGraw-Hill, 2017.
- Miller, Geoffrey P. *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*. New York: Aspen Casebook series, 2014.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: las sociedades mercantiles*, Tomo II-B. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- Piñango, Ramón. «Buena es la Cultura, pero no tanto». *Debates IESA*, No. 13 (2008): p. 62.
- Robbins, Stephen P. & Timothy A. Judge. *Comportamiento Organizacional*. México: Pearson Educación, 2013.
- Mitchell, Ronald, Agle, Bradley R & Wood, Donna J. «*Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts*». *Pittsburgh: Academy of Management Review* (1997).
- Rodríguez Morales, Alejandro. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. Caracas: Ediciones Paredes, 2019.
- Ruiz, Lucia & Luis Becerra. «El riesgo político de un país». *Revista académica e institucional de la Universidad Católica de Pereira*, N° 58 (2000)
- Tenbrunsel, Smith-Crowe & Umphress, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.
- Stigler, George. «The Theory of Economic Regulation». *The Bell Journal of Economics and Management Science*, No. 1, (1971).
- Zerk, Jennifer. *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: Breves reflexiones sobre los ordenamientos jurídicos de Argentina y Venezuela

María Alejandra Ruiz Gómez*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-197-218

Resumen: Nadie estaba preparado para afrontar esta “nueva realidad”. La pregunta sería, ¿nuestros ordenamientos jurídicos tampoco? El incremento exponencial del uso de los medios tecnológicos nos hace virar la atención a la normativa que regula los elementos de una negociación electrónica, así como, a desempolvar algunas nociones que se creían olvidadas. A través del presente artículo haremos unas breves reflexiones sobre la Ley No. 25.506 de Firmas Digitales y la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, a fin de verificar sus diferencias, semejanzas, y su concordancia con los principios rectores del comercio electrónico.

Palabras claves: Mensaje de datos, documentos electrónicos, documentos digitales, firmas electrónicas, firmas digitales, tecnología, derecho.

Data Message and Electronic Signatures: Brief reflections on the legal systems of Argentina and Venezuela

Abstract: *No one was prepared to face this “new reality”. The question is, were our legal systems not prepared either? The exponential increase in the use of technological means makes us turn our attention to the rules that regulate the elements of an electronic negotiation, as well as to dust off some notions that were thought to have been forgotten. Through this article we will make some brief reflections on Law No. 25,506 on Digital Signatures and the Law on Data Messages and Electronic Signatures, in order to verify their differences, similarities, and their concordance with the guiding principles of electronic commerce.*

Keywords: *Data message, electronic documents, digital documents, electronic signatures, digital signatures, technology, law.*

Recibido: 11/11/2021

Aprobado: 04/12/2021

* Abogada *Magna Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela (2015) con Diplomado en Contratos y Litigios Internacionales de la Universidad Austral (2020). Asociada del Departamento de Resolución de Controversias de Baker Mckenzie Venezuela. Profesora de Teoría General del Proceso de la Universidad Monteávila. Directora del Instituto Venezolano de Derecho y Tecnología (INVEDET). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de otras asociaciones nacionales e internacionales. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. En el año 2020 fue nominada por Chambers and Partners en la categoría de "D&I Future Líder (South América)" y, de igual forma, ha sido reconocida por el prestigioso directorio Legal 500 como "Rising Star" de su área de práctica.

Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: Breves reflexiones sobre los ordenamientos jurídicos de Argentina y Venezuela

María Alejandra Ruiz Gómez*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-197-218

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Principios rectores de las regulaciones tecnológicas. 1.1. Equivalencia funcional. 1.2. Neutralidad tecnológica. 1.3. No discriminación de las firmas electrónicas extranjeras. 2. Argentina y Venezuela. 2.1. Principios que rigen sus textos normativos. Equivalencia Funcional, Neutralidad Tecnológica. 2.2. Diferencias entre los distintos términos utilizados en los textos normativos. a. ¿Mensaje de datos o Documentos Electrónicos? b. Documento Digital/ Mensaje de Datos: Argentina/Venezuela. c. ¿Firmas Electrónicas o Firmas Digitales? d. Firma electrónica/Firma digital: Argentina/Venezuela. 3. No discriminación de firmas electrónicas extranjeras.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La evolución tecnológica ha sido un proceso de nunca parar, no obstante, en la actualidad parece estar más presente que nunca. A lo largo de la historia, hemos observado cómo el Derecho se ha tenido que adaptar a los cambios sociales, quedando, en no pocas oportunidades, rezagado e inocuo para afrontar las nuevas realidades. Razón por la cual, a fin de buscar una solución óptima, doctrinarios se han encargado de verificar la idoneidad de las regulaciones existentes para determinar la necesidad de una nueva regulación. Sin embargo, tomando en cuenta la realidad actual, ¿podríamos afirmar que los distintos ordenamientos jurídicos no se encuentran preparados para afrontar lo que estamos viviendo hoy día?

* Abogada *Magna Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela (2015) con Diplomado en Contratos y Litigios Internacionales de la Universidad Austral (2020). Asociada del Departamento de Resolución de Controversias de Baker McKenzie Venezuela. Profesora de Teoría General del Proceso de la Universidad Monteávil. Directora del Instituto Venezolano de Derecho y Tecnología (INVEDET). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. En el año 2020 fue nominada por Chambers and Partners en la categoría de "D&I Future Líder (South América)" y, de igual forma, ha sido reconocida por el prestigioso directorio Legal 500 como "Rising Star" de su área de práctica.

Pareciera que en la actualidad estamos viviendo un fenómeno indescriptible de crecimiento exponencial en el uso de las tecnologías. La utilización de videollamadas, mensajes instantáneos, correos electrónicos, redes sociales y plataformas tecnológicas en general, se ha multiplicado por el estado actual de circunstancias. Las medidas como el distanciamiento social, la paralización de las actividades laborales y la restricción de la movilización, tanto a nivel interno como externo, han provocado la búsqueda de soluciones para evitar un colapso económico. En este sentido, en virtud del COVID-19 las empresas han podido observar con mayor claridad las ventajas de las herramientas tecnológicas, ya existentes, para la continuación de los negocios, por lo que, su uso, más que una alternativa se convirtió en una obligación.

Sería irónico pensar que nos encontramos en una situación de novedad y que, por lo tanto, nuestras regulaciones no se encuentran preparadas para afrontar esta realidad, cuando es necesario desempolvar nociones que se encuentran vigentes desde el año 1996. Para ese entonces, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) tomó en consideración que el comercio a nivel mundial se estaba adaptando a una nueva realidad, por lo que, diversos países de la región prepararon sus respectivos ordenamientos jurídicos basándose en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (“LMSCE”), la cual fue el primer¹ instrumento en incorporar los principios base para la regulación tecnológica actual.² En este sentido, la nota explicativa de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (“LMFE”) indica que la preparación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico “*a comienzos del decenio de 1990 fue consecuencia del creciente empleo de medios modernos de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI) para la realización de operaciones comerciales internacionales. Se vio que las nuevas tecnologías se habían desarrollado con rapidez y seguirían desarrollándose a medida que continuara difundándose el acceso a soportes técnicos como las autopistas de la información y la Internet.*” Por lo cual, la CNUDMI previó en el año 1996 que nos encontrábamos frente a una evolución provocada por la tecnología, y en especial, por el empleo de nuevos medios de comunicación, que debía ser regulado.

Así, para el año 1996 se incorporó i) el principio de neutralidad tecnológica y ii) el principio de equivalencia funcional. El primero de ellos consiste en el reconocimiento de la eficacia de las tecnologías existentes y las que están por existir, mientras que el

¹ En este sentido, ver la obra de la Prof. Claudia Madrid Martínez “Medios electrónicos de pago en comercio internacional”. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2018. p. 137 quien indica que el Principio de Equivalencia Funcional fue expresamente reconocido por primera vez en la LMSCE.

² Tanto ha sido el éxito de esta Ley Modelo que, de acuerdo a la información suministrada por la página web de la CNUDMI, 74 países se han inspirado en la misma. Para ver la situación actual y los países que la han incorporado a su regulación interna: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status

segundo, consiste en otorgarle la misma eficacia jurídica a toda la información que se encuentre contenida en un mensaje de datos, tal y como se le otorga a un documento escrito. No obstante, adicionalmente a estos principios, a las leyes modelos posteriores³ se les sumó un principio poco comentado en la práctica, empero, a juicio de esta autora, importante en virtud de la internacionalidad de los negocios actuales, el cual sería, el principio de no discriminación de las firmas electrónicas extranjeras.

1. Principios rectores de las regulaciones tecnológicas

1.1. Equivalencia funcional

De acuerdo a la LMSCE, el principio de equivalencia funcional consiste en analizar la función que tiene la presentación de un documento escrito a fin de determinar la forma de satisfacer dicha función mediante la presentación de un documento creado a través de medios electrónicos. Sin pretender que la información creada a través de medios electrónicos sea el equivalente de un documento de papel, ya que su naturaleza es distinta. Lo único equivalente sería la función de ambas. En este sentido, la LMSCE no pretende definir un equivalente informático para todos los documentos escritos, sino que se busca determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos, permitirían un reconocimiento legal equivalente.

1.2. Neutralidad tecnológica

Por su parte, de acuerdo a la Ley Modelo CNUDMI sobre Firmas Electrónicas⁴ la neutralidad tecnológica hace referencia a la no discriminación de las herramientas tecnológicas utilizadas para comunicar o archivar de forma electrónica la información, ello tomando en cuenta la velocidad de los desarrollos tecnológicos. Por lo tanto, se pretende no sólo reconocer las tecnologías existentes, sino también abarcar a aquellas

³ Principalmente en la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001). Así mismo la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales lo reconoce al expresar en su nota explicativa “De por sí, el lugar de origen de una firma electrónica no debería ser, en modo alguno, un factor determinante de que los certificados extranjeros o las firmas electrónicas deban reconocerse susceptibles de tener eficacia jurídica en un Estado Contratante, y en qué medida. La determinación de si una firma electrónica puede tener eficacia jurídica, o del grado en que pueda tenerla, no debería depender del lugar en que se haya creado la firma electrónica o del lugar en que se encuentre la infraestructura (jurídica o de otro tipo) que respalde la firma electrónica, sino que debe depender de su fiabilidad técnica.” Por su parte la Ley Modelo sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017) no se refiere expresamente a la no discriminación de las firmas electrónicas extranjeras, sino a la no discriminación de los documentos transmisibles electrónicos extranjeros.

⁴ Para mayor información respecto a la Ley Modelo CNUDMI sobre Firmas Electrónicas consultar: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures#:~:text=La%20Ley%20Modelo%20sobre%20las%20Firmas%20Electr%C3%B3nicas%20se%20basa%20en,t%C3%A9cnicos%20y%20la%20equivalencia%20funcional.

que estén por existir en virtud de las innovaciones tecnológicas. En este sentido, la reciente Ley Modelo sobre Documentos Electrónicos Transmisibles⁵, al referirse al principio de neutralidad tecnológica, señala que al adoptar un enfoque neutral es posible recurrir a tecnologías novedosas, tales como, las de base registral, tokens, o registros descentralizados, lo que actualmente se conoce como tecnología blockchain.

1.3. No discriminación de las firmas electrónicas extranjeras

De acuerdo a la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, este principio implica eliminar aquellas normas que no permiten el reconocimiento de una firma electrónica en virtud de i) el lugar en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica, ii) el lugar en el que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante. Por lo tanto, el lugar de origen no debe ser en ningún caso considerado un factor determinante para el reconocimiento de la eficacia jurídica de los certificados extranjeros o las firmas electrónicas extranjeras, en este sentido, la Ley Modelo señala que “la determinación de si un certificado o una firma electrónica pueden tener eficacia jurídica, y hasta qué punto pueden tenerla, no debe depender del lugar en que se haya emitido el certificado o la firma electrónica sino de su fiabilidad técnica.” De esta forma, la Ley Modelo señala que, para que una firma extranjera o certificado extranjero produzca los mismos efectos jurídicos que una firma nacional deberá presentar “un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente” y que, para ello, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente. Adicionalmente, se señala que, con base en este principio, las partes podrán acordar la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados y se deberá reconocer que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que el mismo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable. Por lo tanto, con este principio no se afecta a las normas de Derecho Internacional Privado.

En este sentido, todo ordenamiento jurídico que esté regido bajo dichos principios, podría perfectamente afrontar las novedades tecnológicas que se presenten respecto a las negociaciones electrónicas o al comercio electrónico en general, puesto que, buscan abarcar de manera omnicomprendensiva cualquier supuesto de hecho sin restricciones. Así, el autor Morles Hernández señala que “si algo llama la atención de la actividad legislativa en materia de comercio electrónico y firma electrónica es el empeño de juristas y expertos en tecnologías informáticas por plasmar en fórmulas omnicomprendensivas y sencillas los principales conceptos que se manejan en esta materia,

⁵ Para consultar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/MLETR_ebook_S.pdf

para que cualquier persona, en cualquier parte del mundo, tenga la seguridad de que se están manejando las mismas ideas”⁶. La pregunta sería, si los ordenamientos jurídicos de Argentina y Venezuela se basan en los mismos principios.

2. Argentina y Venezuela

2.1. Principios que rigen sus textos normativos. Equivalencia Funcional, Neutralidad Tecnológica

Al realizar una revisión de ambos textos normativos, es notoria la diferencia en el ámbito de aplicación de ambas leyes. La Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas venezolana tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico, tanto a la Firmas Electrónicas como a los Mensaje de Datos y, en general, a toda información inteligible en formato electrónico i) independiente del soporte material, e ii) independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. En este sentido, se puede apreciar que la Ley se inspira en la LMSCE y tiene como principios rectores, tanto a la equivalencia funcional como a la neutralidad tecnológica. Adicionalmente, la Exposición de Motivos señala que la misma se regirá por los principios de i) respeto a las formas documentales existentes, por lo que no se obliga a la utilización de la firma electrónica en lugar de la manuscrita, es decir, su utilización es voluntaria, ii) respeto a las firmas electrónicas preexistentes, iii) otorgamiento y reconocimiento jurídico de los Mensajes de Datos y las Firmas Electrónicas, iv) no discriminación del mensaje de datos firmado electrónicamente, buscando garantizar su fuerza ejecutoria, el efecto o la validez jurídica de una firma electrónica que no sea cuestionado por el solo motivo de que se presente bajo la forma de mensaje de datos, v) libertad contractual, reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes al decidir utilizar las herramientas tecnológicas y en consecuencia, permite a las partes la escogencia de la modalidad de sus transacciones. En este sentido, se indica que las normas que se encuentren en dicha Ley deberán ser “desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas”.⁷

⁶ Morles Hernández, Alfredo (2001). Introducción. En: La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Anauro Ediciones, C.A., Caracas, Venezuela. p. 14

⁷ Artículo 1.- El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos. El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas. La certificación a que se refiere el presente Decreto-Ley no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que,

La Ley argentina No. 25.506 de Firma Digital, por su parte, tiene por objeto⁸ sólo reconocer la eficacia jurídica de la firma electrónica y la firma digital, sin referirse al otorgamiento o el reconocimiento de eficacia jurídica a los Mensajes de Datos, Documentos Electrónicos o Documentos Digitales. No obstante, al hacer una verificación de los artículos, si bien no se señala que se reconoce la validez y eficacia de los documentos digitales, en el Artículo 6⁹ se reconoce que el documento digital satisface el requerimiento de escritura. Así, en sentencia del 3 de septiembre de 2015, el Cámara Nacional de Apelaciones estableció:

“el art. 6 de la ley 25.506 establece que un documento digital satisface el requerimiento de escritura sin que sea menester, en este caso, formular distingo entre firma electrónica y firma digital, admitida como quedó por la accionante la recepción de los correos electrónicos referidos (...) véase que ahora, en línea con lo normado en el art. 6 de la denominada Ley Modelo de Firma Electrónica de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade), el Código Civil y Comercial de la Nación Fecha de firma: 03/09/2015 autoriza la expresión escrita “por instrumentos firmados o no firmados (...) en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos” (art. 286).”¹⁰

De igual forma se señala que, cuando la ley requiera una firma manuscrita, dicha exigencia quedará satisfecha por una firma digital¹¹; por lo que se evidencia que la ley se rige por el principio de equivalencia funcional, en concordancia con los principios de la CNUDMI.

A pesar de ello, respecto al principio de neutralidad tecnológica, pareciera no ser tan amplia como la ley venezolana, si bien la ley venezolana señala expresamente que no se inclina a una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, la ley argentina no dice nada al respecto, sino que deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier medio electrónico para la creación de una firma electrónica la cual, como veremos posteriormente, requiere menos requisitos legales para su validez. Así mismo, la Ley se limita a indicar en su Artículo 2 que los procedimientos de Firma Digital y verificación serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia

de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos.

⁸ “**ARTICULO 1º** — Objeto. Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley.”

⁹ “**ARTICULO 6º** — Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.”

¹⁰ 27761/2011 - E-CORP S.A. c/ ADECCO ARGENTINA S.A. s/ORDINARIO. Disponible en: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/064/504/000064504.pdf>

¹¹ **ARTICULO 3º** — Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.

con estándares tecnológicos internacionales vigentes.¹² Empero, en lo que respecta al documento digital si se indica que se reconocen independientemente del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Por lo que, a pesar de no indicarlo expresamente, el texto de sus normas no favorece a una determinada tecnología, ni para el documento digital ni para las firmas y certificados electrónicos¹³, por lo cual, se puede apreciar que la misma se rige también por el principio de la neutralidad tecnológica. Ahora bien, la ley argentina no hace referencia alguna respecto al resto de los principios en los que se basa la ley venezolana, no obstante, se observa que i) no obliga a ninguna de las partes a la utilización de la firma digital, y de acuerdo al autor Miguel Luis Jara “permite a las partes convenir la modalidad de sus transacciones”¹⁴, en este sentido, se respeta la libertad contractual.

2.2. Diferencias entre los distintos términos utilizados en los textos normativos

a. ¿Mensaje de datos o Documentos Electrónicos?

Términos como “mensajes de datos” y “firmas electrónicas” resultaron ser los más adecuados para definir los elementos que forman parte de una transacción electrónica, por lo que, es común verlos en los distintos instrumentos normativos latinoamericanos debido a la influencia que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ha tenido en nuestro continente, específicamente en países como Venezuela, Colombia, Ecuador, Paraguay, Honduras, Panamá, México, República Dominicana, Trinidad y Tobago, parte de Canadá y Estados Unidos. Empero, a pesar de ser los términos más comunes, existen términos adicionales que pudieran crear confusiones al momento del estudio del tema y que deben ser analizados.

De acuerdo con la i) Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y ii) la Ley Modelo Sobre Firmas Electrónicas, se entiende por mensajes de datos ***“la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos***

¹² **ARTICULO 2º** — Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. a. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

¹³ Jara, Miguel Luis (2019) “La Ley de Firma Digital en Argentina. Análisis del marco normativo nacional y sus problemáticas”, Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado. Año VII, Nº 2, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, pp. 156-197.

¹⁴ Jara, Miguel. La Ley de Firma Digital...p. 160.

(EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales incluye la misma definición, con la única diferencia que agrega, a su vez, los “medios magnéticos”¹⁵. Básicamente, se refiere a toda información generada y transmitida de forma electrónica, “incluyendo textos, sonidos e imágenes”.

No obstante, la Convención agrega el término “*Comunicaciones Electrónicas*”, puesto que es el objeto principal de regulación de la Convención, y en este sentido indica que, se entenderá por “Comunicación”, “*toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la **formación o el cumplimiento de un contrato***”; de esta forma, “Comunicación electrónica” será “*toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos*”. En consecuencia, se empiezan a distinguir los Mensajes de Datos de las Comunicaciones Electrónicas, ya que éstas no sólo se generan y transmiten por medios electrónicos, sino que, se realiza con ocasión a un contrato, específicamente, en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre las partes. Haciendo la salvedad, que no se trata de cualquier contrato, sino de un contrato de naturaleza comercial.¹⁶

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos agrega un nuevo término que genera confusión como lo es el de “Documento Electrónico”, el cual se entiende como toda “información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, **incluida, cuando proceda, toda la información lógicamente asociada o vinculada de alguna otra forma a ella de modo que forme parte del documento**, se haya generado simultáneamente o no”. En este texto, no se hace referencia alguna al término Mensaje de Datos, no obstante, en la nota explicativa se señala que la definición del Documento Electrónico se basa en la definición de Mensaje de Datos que se encuentra en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Empero, se utilizó un término distinto con el fin de aclarar

¹⁵ “Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”

¹⁶ “1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

- a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;
- b) i) Operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.

2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.”

que los Documentos Electrónicos i) pueden contener información de carácter compuesto, es decir, ii) se incluye, dentro de la definición, toda la información lógicamente asociada o vinculada a la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, iii) que incluso la información asociada o vinculada puede ser anterior o posterior a la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos.

De estas tres definiciones, podemos observar que la más amplia es la que ofrece la LMSCE, por lo tanto, la relación existente entre el Mensaje de Datos y la Comunicación Electrónica o Documento Electrónico es de continente a contenido. Ahora bien, a pesar de que la Ley Modelo sobre Documentos Transmisibles Electrónicos quiso agregar un elemento distintivo al término Documento Electrónico, lo cierto es que en la práctica dicho término se utilizaba como sinónimo al de Mensaje de Datos, y es que siguiendo a la autora Ana María Mesa Elnesser “hablar de documentos electrónicos, mensajes de datos y soporte digital de la información de actos y contratos pueden ser utilizados como sinónimos para los fines de instrumento documental”¹⁷.

No obstante, la autora Patricia Ramos señala que se deben diferenciar los términos Mensaje de Datos y Documentos Electrónicos, puesto que, el Mensaje de Datos constituye un Documento Electrónico sólo cuando ese intercambio de información produce efectos jurídicos, en este sentido, “*todo documento electrónico es un mensaje de datos, pero no todo mensaje de datos es un documento electrónico.*”¹⁸

Ahora bien, existen instrumentos normativos y ordenamientos jurídicos que ni siquiera hacen referencia al término Mensaje de Datos, sino que prefieren y, consideran más adecuado, utilizar solamente el término Documento Electrónico o Documento Digital. En este sentido, la Resolución No. 37/96 sobre el Reconocimiento de la Eficacia Jurídica del Documento Electrónico, la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Avanzada en el Ámbito del Mercosur (“Resolución No. 37/96”)¹⁹, señala que el Documento Electrónico y Documento Digital se utilizan indistintamente y que se refieren a la “**representación digital de actos o hechos** con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”.

¹⁷ Mesa Elnesser, Ana María, (2017) “Cifrado de extremo a extremo de Whatsapp: un análisis a partir de la prueba documental”, en: Agudelo Mejía, D; Pabón Giraldo, M; Toro Garzón, L., Bustamante Rúa, M.; Vargas Vélez, O (Coords.) *Derecho procesal contemporáneo: perspectivas y desafíos*, Universidad de Medellín, Edición: Primera, Colombia.

¹⁸ Ramos Perez, Patricia, (2011), “Reconocimiento del Documento Electrónico Certificado Extranjero”, consultado: http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3755/1/T026800004916-0-patriciaramos_finalpublicacion-000.pdf el 8/7/2020.

¹⁹ Texto disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/resolutions/Res3706.pdf>

b. Documento Digital/ Mensaje de Datos: Argentina/Venezuela

Al haber analizado los términos que se encuentran en los distintos textos normativos antes señalados, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos objeto del presente estudio, ¿cuál sería entonces el término más idóneo? La Ley argentina N° 25.506 de Firma Digital, a pesar de tener la misma definición que la Resolución No. 37/96 prefiere la utilización del término “Documento Digital” y en consecuencia señala en su Artículo 6 que “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo...”. En este sentido, a lo largo de su texto no se hace referencia alguna al término Mensaje de Datos, pese a que autores señalan que se tomó en cuenta a la LMSCE como un antecedente importante para la redacción de la misma²⁰.

No obstante, ¿por qué a pesar de tener la misma definición de la Resolución No. 37/96 el legislador argentino prefirió el término Documento Digital? De acuerdo con Jorge Oscar Rossi²¹ los especialistas consideran que es el término más adecuado, por lo que, correspondería referirse a documento digital y no a documento electrónico en virtud de que el procesamiento informático consiste en procesar dígitos binarios y no electrones. En consecuencia, el autor señala que el vocablo electrónico “*se utiliza erróneamente, a pesar de su popularidad*”.

Así, el Documento Digital según Jorge Oscar Rossi “es una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede representar cualquier tipo de información (actos, hechos o datos), con independencia del soporte utilizado para almacenar o archivar dicha información”, y a pesar de existir distintas modalidades de almacenamiento y transmisión, el documento no pierde su cualidad numérica, es decir digital, es por ello que, los especialistas consideran dicho término es el más conveniente²². No es objetivo de este artículo entrar a discutir los detalles técnicos del Documento Digital, puesto que también, así como lo indica el autor, esta tecnología resulta un tanto novedosa para los abogados. No obstante, es notoria la divergencia de términos utilizados a lo largo de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos e incluso la errónea utilización de los mismos en nuestra práctica.

²⁰ Márquez, José F. (2002), “Introducción a la obra “Ley de Firma Digital Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, consultado en [http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/la-ley-de-firma-digital-argentina/at_download/file] el 8/7/2020

²¹ Oscar Rossi, Jorge (2007), “Documento y firma digital: para entrar en tema”, consultado en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080089-rossi_documento_firma_digital_para.htm el 8/7/2020.

²² Oscar Rossi, J (2007), “Documento y firma digital: para entrar en tema”, consultado en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080089-rossi_documento_firma_digital_para.htm el 8/7/2020.

Ahora bien, el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas venezolana, prefiere a su vez, la utilización del término Mensaje de Datos, señalando que su principal objetivo es “adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comunicación y negocios electrónicos, para dar pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de estas tecnologías”. Por lo tanto, se define al Mensaje de Datos como “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”. Es clara la influencia que tuvo la LMSCE sobre la ley venezolana, sin embargo, podemos también observar que la definición de mensaje de datos no es la misma, agregando que la información tiene que ser inteligible. La razón de ello según el autor venezolano Pedro Jedlicka estriba en que se busca evitar establecer limitaciones para asumir una “posición tecnológicamente neutra”²³ que tienda a impedir la obsolescencia de la normativa.

Sin duda, entre la ley venezolana y la ley argentina existen diferencias tanto en los términos como en la redacción de la definición de dichos términos. La primera se enfoca en definir el objeto de lo que se debe entender por Mensaje de Datos, lo cual sería toda información inteligible en formato electrónico o similar; mientras que, la segunda busca resaltar el objetivo del documento digital, el cual es representar digitalmente actos y hechos.

c. ¿Firmas Electrónicas o Firmas Digitales?

Pareciera no haber tantas diferencias respecto al significado de firma electrónica entre los distintos instrumentos normativos. Para la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, son aquellos “datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”. De igual forma, la Resolución No. 37/96 señala que son aquellos “datos en forma electrónica anexos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados por el firmante como medio de identificación”. En ambos conceptos prevalecen los siguientes elementos; i) son datos en forma electrónica, ii) utilizados para identificar al firmante, iii) asociados a otros datos electrónicos o a un mensaje de datos.

²³ Jedlicka, Pedro. (2004) “Comentarios de los Mensajes de Datos como Medios de Prueba”. En: Aspectos Legales del Comercio Electrónico. Caracas. Cámara Venezolana de Comercio Electrónico. pp. 177-198

Así, la LMSFE señala que dentro del concepto de firmas electrónicas se encuentran tanto i) las firmas numéricas basadas en la criptografía de la clave pública o privada, como, ii) aquellas firmas electrónicas basadas en técnicas distintas de la criptografía de la clave pública, a saber, las que se realizan a través de dispositivos biométricos, las que se basan en el uso de número de identificación personal, versiones digitalizadas de firmas manuscritas, o simplemente la selección de un signo afirmativo en la pantalla electrónica mediante el ratón. Por lo cual, engloba de manera genérica las distintas técnicas con el fin de no limitar o discriminar el uso de ninguna tecnología.

No obstante, en otros textos normativos podemos observar la referencia a la Firma Electrónica Avanzada o incluso a la Firma Digital. En este sentido la Resolución No. 37/96 utiliza indistintamente los términos Firma Electrónica Avanzada y Firma Digital, y en consecuencia, se entiende a la Firma Electrónica Avanzada como aquella que cumple con los siguientes requisitos: “a) requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; b) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; c) ser susceptible de verificación por terceros; d) estar vinculada a estos datos de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en los mismos sea detectable; y e) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido y válido al momento de la firma.”

En este sentido, Patricia Ramos señala que existen confusiones terminológicas entre firmas electrónicas y firmas electrónicas avanzadas o digitales, por lo que es necesario determinar que “la relación entre las distintas denominaciones es de continente a contenido, siendo la firma electrónica el continente y las firmas digitales o electrónicas avanzadas el contenido”²⁴.

d. Firma electrónica/Firma digital: Argentina/Venezuela

No obstante, al remitirnos a la Ley argentina No. 25.506, también hace referencia tanto a la Firma Digital como a la Firma Electrónica, en este sentido, se señala que se entiende por Firma Digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que i) requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, es decir, la misma debe estar bajo su absoluto control, ii) debe ser susceptible de verificación por terceras partes, iii) dicha verificación debe simultáneamente permitir identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma²⁵. Para que recaiga una presunción iuris tantum de autoría sobre la firma digital

²⁴ Ramos, Patricia, Reconocimiento del Documento Electrónico ... consultado: http://saber.ucev.ve/bitstream/123456789/3755/1/T026800004916-0-patriciaramos_finalpublicacion-000.pdf el 8/7/2020.

²⁵ “ARTICULO 2º — Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un

ésta debe ser certificada, ya que a través de dicho certificado se vincula los datos de verificación de firma a su titular²⁶. Por otro lado, la Firma Electrónica es aquella que no cumple con los requisitos señalados para que se considere una Firma Digital, es decir, “aquel conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”. De esta forma, se deja abierta a la posibilidad de que el signatario utilice el medio electrónico de su preferencia con el fin de crear la firma electrónica que le ayude a atribuir su autoría a un documento digital y, en consecuencia, le sirva de medio de identificación; si bien la Firma Digital prevalece sobre la Firma Electrónica, el poder judicial también le reconoce su valor, utilidad e importancia, así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en sentencia de fecha 15 de mayo de 2008 señala:

“No está de más recordar que tal clave (numérica en el caso), ostenta la calidad de firma electrónica, a la luz de lo dispuesto por la Ley 25.506 (artículo 5). Si bien no tiene los mismos efectos de la firma digital (art. 3 de la norma citada), no puede ignorarse que tal clave tiene amplio uso en nuestra vida diaria amén de tener por finalidad, bien que no única, la identificación del cliente, como ocurre con la firma ológrafa. De hecho, esta clave personal o firma electrónica es constantemente utilizada para múltiples actividades, muchas de ellas de claro contenido económico. Uso que se ha generalizado a partir de la llamada “bancarización”.”

(...)

“De igual manera que a nadie se le ocurriría entregar a un tercero un papel con su firma manuscrita y menos si tal “papel” es un formulario de cheque, lo mismo debería ocurrir con la firma electrónica y, en algún tiempo, con la ya inminente firma digital. Es posible que en nuestro país exista cierta ignorancia o, cuanto menos, una insuficiente conciencia masiva sobre la trascendencia que, en nuestra adolescente sociedad digital, tiene tanto la firma electrónica como la digital. Se trata, a mi juicio, de un cambio cultural que como tal, requiera de un tiempo mayor en tanto exige adoptar o cuanto luego consolidar, conductas que hasta el inicio de esta “era digital” eran inimaginables.”²⁷

Por su parte, la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas venezolana, señala que la firma electrónica es “aquella información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permita atribuirle su autoría bajo el contexto en

procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.”

²⁶ “ARTICULO 7º — Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.”

²⁷ “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”. Texto disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-bieniauskas-carlos-banco-ciudad-buenos-aires-fa08971926-2008-05-15/123456789-629-1798-0ots-eupmocsollaf>

el cual ha sido empleado”. Si bien en el texto de la Ley no hace distinción expresa entre Firma Electrónica y Firma Digital o Avanzada, la jurisprudencia ha establecido que en la Ley existen cuatro tipos de firmas electrónicas: Firma simple, Firma acordada, Firma avanzada y Firma digital. En este sentido, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela mediante sentencia N° 446 del 11 de noviembre de 2016, indicó que i) **la firma electrónica simple**, es aquella creada o utilizada por el signatario que no cumple con los requisitos señalados por la ley para homologar su validez y eficacia probatoria con los de la firma autógrafa; en este caso, la ley no desecha su utilización sino que impone su apreciación judicial conforme a las reglas de la sana crítica, ii) **la firma electrónica concordada o pactada**, es aquella que cumple con los requisitos acordados por las partes para tal efecto, en este sentido, es necesario que se demuestre en juicio el cumplimiento del acuerdo establecido por las partes para que posea la misma validez y eficacia probatoria que la firma autógrafa, en consecuencia, las partes tienen la facultad de establecer los requisitos que deberá cumplir la firma electrónica para tener el mismo valor y eficacia probatoria que la firma autógrafa, iii) **la firma electrónica calificada o avanzada**, es aquella que tiene igual validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, únicamente si se demuestra que permite garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; que ofrece seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente; y que no se altera la integridad del mensaje de datos; iv) por último, **la firma electrónica certificada o firma digital** la cual es aquella que utiliza un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública, que está certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación, de ahí que sobre ella pesa una presunción, *iuris tantum*, de autenticidad y tiene idéntica validez jurídica que su equivalente autógrafa.²⁸ De esta forma, se le reconoce la posibilidad de adoptar el tipo de firma electrónica que desee, tal y como se indica en la nota explicativa de la LMSFE, es decir, aquellas firmas numéricas basadas en la criptografía de la clave pública o privada, como aquellas firmas electrónicas basadas en técnicas distintas de la criptografía de la clave pública, bien sea por dispositivos biométricos, número de identificación personal, versiones digitalizadas de firmas manuscritas, o simplemente la selección de un signo distintivo por las partes.

e. No discriminación de firmas electrónicas extranjeras

Una vez verificadas las diferencias existentes entre los términos utilizados en los distintos textos normativos, quedaría entonces verificar si dentro de los mismos se establece el principio de no discriminación de las firmas electrónicas extranjeras. Tal

²⁸ Texto disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/andres-lietor-martinez-654900421>

y como señalé, de acuerdo a la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, este principio consiste en eliminar aquellas normas que no permiten el reconocimiento de una firma electrónica extranjera en razón del lugar en donde se haya creado, utilizado o expedido el certificado, así como, del lugar del establecimiento del firmante o del que expide el certificado. Por lo que, la Ley Modelo indica que el no reconocimiento de una firma electrónica extranjera debería estar fundamentado por razones de fiabilidad técnica. Es indudable la cantidad de compañías que se han visto forzadas a utilizar documentos digitales o electrónicos y, en consecuencia, a la utilización de firmas electrónicas, pero no es menos cierto, que a pesar de que han transcurrido muchos años desde la publicación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, existe cierto escepticismo respecto al uso de estas herramientas tecnológicas y es que como indica Claudia Madrid, no existe en el mundo digital “una garantía absoluta sobre la identidad de las personas, tampoco existe seguridad sobre la no intervención de un mensaje de datos por terceros no autorizados”.²⁹

En este sentido, la Ley Modelo busca otorgar una seguridad jurídica a aquellos que utilizan firmas electrónicas, independientemente del lugar en donde se originen, así como, aquellos que necesariamente se encuentran frente a relaciones jurídicas con elementos de extranjería, puesto que es indudable la internacionalidad de los negocios actuales. Razón por la cual, considero que es uno de los principios que deben regir los textos normativos de los distintos países, pues genera una mayor confiabilidad y confianza en el uso de las firmas electrónicas. Ahora bien, respecto a la ley venezolana, los certificados electrónicos³⁰, que sean emitidos por proveedores de servicios de certificación extranjera, tendrán la misma validez y eficacia jurídica que una Firma Digital, siempre que tales certificados se encuentren garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación nacional debidamente acreditado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE) y, por lo tanto, garantice en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos de seguridad, validez y vigencia del certificado.³¹

²⁹ Madrid Martínez, Claudia (2018) “Medios electrónicos de pago en comercio internacional”. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, p. 137

³⁰ Artículo 2: (...) “Certificado Electrónico: Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica.”

³¹ “Artículo 44.- Los Certificados Electrónicos emitidos por proveedores de servicios de certificación extranjeros tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida en el presente Decreto-Ley, siempre que tales certificados sean garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación, debidamente acreditado conforme a lo previsto en el presente Decreto-Ley, que garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos, seguridad, validez y vigencia del certificado. Los certificados electrónicos extranjeros, no garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación debidamente acreditado conforme a lo previsto en el presente Decreto-Ley, carecerán de los efectos jurídicos que se atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.”

No obstante, aquellos certificados electrónicos extranjeros, no garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación nacional carecerán de los efectos jurídicos que la ley atribuye a las Firmas Digitales, empero, podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, la ley venezolana busca garantizar el cumplimiento de los requisitos de seguridad, validez y vigencia del certificado, sin tomar en cuenta el lugar de su expedición. Tanto así, que en la Exposición de Motivos se indica que el principio de otorgamiento y reconocimiento jurídico de los Mensajes de Datos y las Firmas Electrónicas “asegura el otorgamiento y reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, las firmas electrónicas y los servicios de certificación provistos por los proveedores de servicios de certificación, **incluyendo mecanismos de reconocimiento a nivel internacional.**” Por lo que, es claro el reconocimiento del principio de no discriminación de las firmas digitales extranjeras. Sobre el resto de las firmas señaladas en el capítulo anterior, a saber, firma simple, acordada o avanzada, que se hayan originado en el extranjero, la ley no señala nada al respecto. No obstante, tomando en cuenta lo señalado en la Ley, las normas “deberán ser desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas”³².

Por su parte, la Ley argentina No. 25. 506 señala en su Artículo 16 lo siguiente:

“Los certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros podrán ser reconocidos en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y sus normas reglamentarias cuando:

- a. Reúnan las condiciones que establece la presente ley y la reglamentación correspondiente para los certificados emitidos por certificadores nacionales **y se encuentre vigente un acuerdo de reciprocidad firmado por la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero, o**
- b. Tales certificados sean reconocidos por un certificador licenciado en el país, que garantice su validez y vigencia conforme a la presente ley. A fin de tener efectos, este reconocimiento deberá ser validado por la autoridad de aplicación.”

A su vez, la Resolución No. 37/96 señala:

Art. 5- Firma electrónica avanzada: Reconocimiento Mutuo Con el objetivo de alcanzar el reconocimiento mutuo de las firmas electrónicas avanzadas y de los certificados digitales, **los Estados Partes podrán celebrar, entre sí, acuerdos de reconocimiento mutuo.** A tales efectos, el GMC aprobará las Directrices para la celebración de dichos acuerdos. Dichas Directrices reflejarán el estado de la materia al momento de su aprobación y podrán ser actualizadas a propuesta del SGT N° 13, de manera de acompañar la evolución de las tecnologías a ellas relacionadas.

³² Artículo 1 de la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Ver nota al pie No. 6

A través de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo se otorgará a las firmas electrónicas avanzadas, que cumplan con las condiciones dispuestas en ellos, el mismo valor jurídico y probatorio que el otorgado a las firmas manuscritas. **Los Estados Partes reconocerán la autenticidad e integridad de un documento electrónico firmado con una firma electrónica avanzada, admitiéndola como prueba documental en procesos judiciales, conforme lo que se disponga en los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo.** Los Estados Partes indicarán, en el ámbito del SGT N° 13, cuáles serán los organismos competentes habilitados para suscribir Acuerdos de Reconocimiento Mutuo.

En este sentido, el ordenamiento jurídico argentino exige, en primer lugar, que se cumplan los requisitos establecidos para los certificados nacionales, y adicionalmente, que se encuentre vigente un acuerdo de reciprocidad firmado entre la República de Argentina y el país de origen del certificado extranjero. Respecto esta disposición, la misma va en contra del principio de no discriminación de firmas electrónicas extranjeras, en virtud de que expresamente señala que se le reconocerá validez tomando como factor determinante el país donde se origina el certificado extranjero. En este sentido, si esta fuese la única norma prevista para otorgar el reconocimiento de la firma electrónica extranjera, no sólo estaría impidiendo el reconocimiento de aquellas que si tienen una fiabilidad técnica requerida, sino que se les estaría negando el reconocimiento de las firmas electrónicas a una gran cantidad de países existentes, puesto que en la actualidad Argentina sólo tiene sólo un acuerdo de reciprocidad con Chile³³ y recientemente firmó un “Acuerdo De Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur”³⁴ en diciembre del 2019. No obstante, gracias a la conjunción “o” también se pueden reconocer a los certificados electrónicos extranjeros siempre que los certificados sean reconocidos por un certificador licenciado que garantice la validez y vigencia y, a su vez, sea validado por la autoridad de aplicación. Por lo que, a pesar de la primera disposición, la ley argentina abre sus puertas para el reconocimiento de certificados extranjeros a aquellos que tengan una fiabilidad técnica.

No podemos concluir sin señalar, a modo de referencia, las normas del reciente Acuerdo que permite el reconocimiento de los certificados digitales emitidos por los Estados Parte del Mercosur, el cual establece:

“Artículo 1: 1. El presente Acuerdo tiene por objeto el reconocimiento mutuo de certificados de firma digital, emitidos por prestadores de servicios de certificación acreditados o certificadores licenciados, a los fines de otorgar a la firma digital el mismo valor jurídico y probatorio que el otorgado a las firmas manuscritas, de conformidad con el respectivo ordenamiento jurídico interno de cada Parte.

³³ Texto disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312884/res436.pdf>

³⁴ Mayor información en : <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/> (Decisión 11/2019)

Artículo 2. 1. A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá por “firma digital” los datos en forma electrónica resultantes de la aplicación de un proceso matemático a un documento digital, que se vale de un elemento criptográfico, que requiere información de exclusivo control del firmante, la que es asociada a una persona o entidad originaria, identificada de forma inequívoca, y emitida por un prestador de servicios de certificación acreditado por cada una de las Partes.

Artículo 3. Los certificados de firma digital emitidos en una Parte tendrán la misma validez jurídica en otra Parte, siempre que sean emitidos por un prestador de servicios de certificación acreditado conforme a las siguientes condiciones: a) que respondan a estándares reconocidos internacionalmente, conforme lo establezca la autoridad designada por cada Parte en el artículo 8; b) que contengan, como mínimo, datos que permitan:

- (i) identificar inequívocamente a su titular y al prestador de servicios de certificación que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única;
 - (ii) ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación;
 - (iii) detallar la información verificada incluida en el certificado digital;
 - (iv) contemplar las informaciones necesarias para la verificación de la firma, e
 - (v) identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido.
- c) que hayan sido emitidos por un prestador de servicios de certificación acreditado bajo el sistema nacional respectivo de acreditación y control de las infraestructuras de claves públicas.”

El análisis de las normas anteriores escapa del objetivo del presente artículo, sin embargo, podemos destacar, i) la intención de los países del Mercosur de reconocer los certificados digitales extranjeros basados en el principio de equivalencia funcional; ii) la inclusión del elemento criptográfico en la definición de firma digital, iii) la inclusión de elementos adicionales requeridos para verificar la fiabilidad técnica del certificado digital extranjero.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo señalado por el autor Tomas Mann, “*sólo a través de la comparación nos distinguimos y sabemos cómo somos para convertirnos en lo que debemos ser*”³⁵. Sin embargo, tal y como indica Tatiana B. De Maekelt debemos preguntarnos *qué se debe comparar. Así como la equivalencia funcional es el principio rector de todos los instrumentos normativos que regulan los medios tecnológicos;*

³⁵ Citado en: De Maekelt B. T. (2002), “El Derecho Comparado, Ayer y Hoy”, en: Parra Aranguren, F. *Libro Homenaje A Fernando Parra Aranguren*, Facultad De Ciencias Jurídicas y Política de la Universidad Central de Venezuela, Separata del Tomo II, Caracas, p. 85

también es el principio rector del Derecho Comparado, es decir, es la guía de todos los que nos atrevemos a adentrar en un texto normativo ajeno al propio. En este sentido, “sólo un derecho comparado funcional, puede responder a las exigencias de las ciencias jurídicas modernas porque parte de una base real acorde con la problemática de cada caso concreto”³⁶. Por lo cual, a lo largo del artículo, pudimos observar que, a pesar de existir distintos términos o definiciones, todos tenían la misma función, es decir, reconocer i) la existencia de la tecnología, ii) la utilización de dicha tecnología y iii) la eficacia y validez del resultado de la utilización de dicha tecnología, en menor o mayor medida. Es importante, rescatar la importancia de los principios contenidos en los instrumentos de soft law en nuestro continente, y en nuestra normativa. Por lo cual, si bien los términos son muy importantes para conocer la materia, para utilizarlos de la mejor manera, y para evitar confusiones, lo cierto es que, podemos estar en presencia de miles de términos, pero lo importante es que regulen o busquen obtener el mismo resultado. En ocasiones el reconocimiento del otro, de sus diferencias y de sus distintos puntos de vistas para describir un fenómeno, es esencial para lograr, en el fondo, una armonización de soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbero, O. “Introducción al Derecho Privado”. (Rosario, Editorial Juris, 2004).
- Jara, M.L. “La Ley de Firma Digital en Argentina. Análisis del marco normativo nacional y sus problemáticas”, Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado. Año VII, N° 2, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2019).
- Jedlicka, P. “Comentarios de los Mensajes de Datos como Medios de Prueba”. En: Aspectos Legales del Comercio Electrónico. (Caracas, Cámara Venezolana de Comercio Electrónico, 2004).
- Madrid Martínez, C. “Medios electrónicos de pago en comercio internacional”, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. (Caracas, RVLJ, 2018).
- Maelkelt B. T. “El Derecho Comparado, Ayer y Hoy”, en: Parra Aranguren, F, Libro Homenaje A Fernando Parra Aranguren, Facultad De Ciencias Jurídicas y Política de la Universidad Central de Venezuela, Separata del Tomo II. (Caracas, UCV, 2002).
- Márquez, José F. “Introducción a la obra “Ley de Firma Digital Argentina”, , consultado en [http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/la-ley-de-firma-digital-argentina/at_download/file] el 8/7/2020. (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002).
- Mesa Elnesser, A. “Cifrado de extremo a extremo de Whatsapp: un análisis a partir de la prueba documental”, en: Agudelo Mejía, D; Pabón Giraldo, M; Toro Garzón, L., Bustamante Rúa, M.; Vargas Vélez, O (Coords.) Derecho procesal contemporáneo: perspectivas y desafíos, Edición: Primera. (Medellín, Universidad de Medellín, 2017).

³⁶ De Maelkelt B. T, El Derecho Comparado, Ayer y Hoy... p. 98

- Oscar Rossi, J. “Documento y firma digital: para entrar en tema”, consultado en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080089-rossi_documento_firma_digital_para.htm el 8/7/2020. (Buenos Aires, 2007).
- Ramos Perez, P. “Reconocimiento del Documento Electrónico Certificado Extranjero”, consultado: http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3755/1/T026800004916-0-patriciaramos_finalpublicacion-000.pdf el 8/7/2020. (Caracas, UCV, 2011).
- La Red Martínez, D. L.; Valesani, M. E.; Mariño, S. I. “La Firma Digital en la Argentina”, consultado en: http://tid.ies21.edu.ar/149/me/129_149_mm.PDF el 11/7/2020.
- Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Andrés Lietor Martínez, 11/11/ 2016.
- Cámara Nacional De Apelaciones en lo Comercial, “Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, 15/05/2008.
- Cámara Nacional De Apelaciones, “E-Corp S.A. C/ Adecco Argentina S.A. S/ Ordinario”, 3/09/2015
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, consultado en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001, consultado en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996, consultado en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos, consultado en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/MLETR_ebook_S.pdf
- Resolución No. 37/96 sobre el Reconocimiento de la Eficacia Jurídica del Documento Electrónico, la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Avanzada en el Ámbito del Mercosur, consultado en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/resolutions/Res3706.pdf>
- Ley No. 25.506 de Firma Digital (texto actualizado), sancionada el 14 de noviembre 2001, promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001, consultada en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/texact.htm>
- Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial No. 37.148, publicada el 28 de febrero de 2001, consultada en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo19.pdf
- MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/19, Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur, consultado en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

Consecuencia jurídica de la suma 'indeterminada' en la letra de cambio

Gerardo A. Valenzuela Segura*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-219-227

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo estudiar la sentencia n° 330 de la Sala de Casación Civil de fecha 13 de Junio de 2016, mediante el cual se declaró la invalidez de unas letras de cambio por no determinar con precisión la suma expresada en mencionados instrumentos cartulares. Para ello se hará un breve repaso de los títulos valores según el Código de Comercio y la doctrina relevante en Venezuela, además de algunas observaciones de las formalidades esenciales que debe llevar una letra de cambio, haciendo énfasis en los pactados en moneda extranjera bajo los lineamientos del convenio cambiario y la Ley del Banco Central de Venezuela.

Palabras claves: Letras de cambio, títulos valores, suma indeterminada.

Legal consequence of the 'undetermined' sum in the bill of exchange

Abstract: *The objective of this work is to study failure No. 330 of the Civil Cassation Chamber dated June 13, 2016, by which the invalidity of some bills of exchange was declared because it did not precisely determine the sum expressed in the aforementioned instruments. For this, a brief review of the securities according to the Commercial Code and the relevant doctrine in Venezuela will be made, in addition to some observations of the essential formalities that a bill of exchange must carry, emphasizing those agreed in foreign currency under the guidelines of the exchange agreement and the general law of banks and other financial institutions.*

Keywords: *Bill of exchange, securities, indeterminate sum.*

Recibido: 20/10/2021
Aprobado: 04/12/2021

* Abogado egresado de la Universidad Fermín Toro (UFT); Asesor legal del Escritorio Jurídico-Contable de la Casa de Ley; Diplomado en Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil dictado por la Fundación Emilio Macías Mujica (FUNDEM); Investigador y consultor en temas de Derecho Mercantil, Procesal e Internacional; Email: gvalenzuela.abg@gmail.com; Instagram: @gvalenzuelaabg.

Consecuencia jurídica de la suma 'indeterminada' en la letra de cambio

Gerardo A. Valenzuela Segura*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-219-227

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Breve reseña acerca de los títulos valores. A. Incorporación. B. Literalidad. C. Autonomía. D. Legitimación. E. Abstracción. 2. Anotaciones acerca de la letra de cambio. 3. Análisis de la sentencia objeto de estudio (Sentencia Nro. 330 del 13/06/2016 emanada de la Sala de Casación Civil). CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los títulos valores son instrumentos cambiarios que facilitan el intercambio de dinero y el tráfico de riqueza a nivel nacional e internacional, uno de ellos es la letra de cambio de frecuente utilidad en la actualidad los cuales pueden ser pactados en moneda extranjera, bien sea como moneda de cuenta (aplicando el equivalente en bolívares según la tasa del Banco Central de Venezuela para el día del pago) o como moneda de pago. Sin embargo es común observar letras de cambio no contienen todos sus requisitos de forma establecidos en el Código de Comercio, los cuales su inobservancia pueden inclusive invalidar dicho documento como instrumento cartular. Es por ello que el presente trabajo analizará un fallo resaltante de la Sala de Casación Civil donde se decide sobre la validez de una letra de cambio expresada en moneda extranjera que a criterio de los ilustres Magistrados, no cumple con el artículo 410 del Código de Comercio. De esta manera considero que el presente trabajo tiene gran relevancia para difundir estos conocimientos a juristas, académicos, estudiantes, comerciantes y al público en general con el objetivo de contribuir a la seguridad jurídica y precisión en la redacción y uso de este instrumento cambiario.

* Abogado egresado de la Universidad Fermín Toro (UFT); Asesor legal del Escritorio Jurídico-Contable de la Casa de Ley; Diplomado en Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil dictado por la Fundación Emilio Macías Mujica (FUNDEMM); Investigador y consultor en temas de Derecho Mercantil, Procesal e Internacional; Email: gvalenzuela.abg@gmail.com; Instagram: @gvalenzuelaabg.

1. Breve reseña acerca de los títulos valores

Los títulos de crédito constituyen el mecanismo jurídico destinado a resolver de manera simple y segura los problemas propios de la circulación de los derechos. Si se examina el diverso contenido del título, fácilmente se llega a la conclusión de que es más adecuado usar las expresiones “papel valor” o “título valor”, por ser éstas más comprensivas que la de título de crédito (Morles Hernández)¹. En la gran obra de cuatro tomos del ilustre jurista antes citado también nos brinda una aproximación a la desmaterialización de los títulos valores, tales como títulos de crédito a través de documentos electrónicos y el uso de las firmas digitales como sustitutos del papel y la firma manuscrita.

De lo anterior expuesto, el derecho debe adecuarse a estas nuevas realidades, donde la informática y los medios electrónicos buscan resguardar y proteger el derecho de los acreedores donde sean beneficiarios de títulos valores, sin embargo la profundización de este tema escapa del objeto del presente trabajo.

Asimismo, el maestro Morles Hernández², previa revisión de elementos doctrinarios y legislaciones comparadas, resume los elementos de los títulos valores en:

- A. Incorporación:** el título equivale al derecho allí contenido, es decir, al desaparecer el título igual suerte corre el derecho plasmado en él. Lo que quiere decir que la transferencia del título equivale a la transferencia del derecho, y sin la presentación del documento no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación allí establecida.
- B. Literalidad:** Contra lo expresado en el documento no se admite prueba en contrario, aunque este provenga de otros documentos, salvo que exista una relación necesaria, como es el caso de los títulos causales (los cuales sirven para garantizar una obligación dineraria de algún contrato o negocio, comúnmente utilizado en los contratos de opción a compra venta)
- C. Autonomía:** la función natural de los títulos valores es la circulación, para ello el adquirente goza del principio de la autonomía donde el título es independiente de su creación o de las anteriores transferencias del título, es decir, está desvinculado de la situación jurídica del transmitente. La Jurisprudencia mercantil de la Sala de Casación Civil ha establecido la incompatibilidad de ejercer de manera conjunta las acciones cambiarias con la acción causal garantizada. (Véase TSJ-SCC 10/07/2007, Exp. 2004-000221³).

¹ Morles Hernández, Alfredo, Curso de Derecho Mercantil, Los Títulos Valores, tomo III (Caracas-UCAB, 2007), 1581.

² Morles..., Curso..., 1588-1596.

³ Castagnino, Diego, Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil (2000-2020), (abediciones-UCAB-

D. Legitimación: Es una consecuencia del carácter necesario del documento: el portador legítimo, para ejercitar el derecho, debe legitimarse exhibiendo el título. El portador del título debe equipararse al titular del derecho, es decir, obtener la “investidura”, para legitimarse. Con esto podemos llegar a la conclusión de que para legitimarse se necesita algunos de estos requisitos: el nombre del portador debe estar inserto en el título; que sea un título a la orden o al portador o; que sea endosatario (aunque con la figura del endosatario en procuración, válido solamente para abogados, pueden ejercitar todas las acciones necesarias para el cobro del título en nombre del endosante).

E. Abstracción: algunos títulos como las letras de cambio no necesitan una causa específica, es decir, pueden servir para cualquier fin que establezcan las partes. Sin embargo, en el caso de existir causa específica, las acciones o excepciones contra estas quedan desvinculadas del título, ya que no se puede perjudicar a los sucesivos acreedores del mismo.

2. Anotaciones acerca de la letra de cambio

La letra de cambio es un título valor el cual configura como una orden o promesa de pago donde intervienen tres sujetos: librador (quien da la orden de pagar), el librado (a quien se ordena pagar, pero que no se compromete hasta que la acepta y estampe su firma en el mismo instrumento), y el beneficiario (a quien se le debe pagar la suma determinada). Así la letra de cambio constituye un título de crédito formal y completo que contiene la obligación de pagar, sin contraprestación, una cantidad determinada, al vencimiento y en el lugar en el mismo expresado (Vivante⁴). Sin embargo, la jurisprudencia patria ha señalado que la letra de cambio que no contenga el lugar del pago no genera su nulidad. (Véase. TSJ-SCC 06/08/2007, Exp.2005-000711⁵)

Para Morles Hernández (obr. Cit.) Y el resto de la doctrina predominante reitera el carácter formal de la letra de cambio, donde la inobservancia de la forma establecida en el artículo 410 del Código de Comercio despoja al documento de su carácter de título valor. De esta manera la letra de cambio debe contener:

1. La denominación de letra de cambio inserta en el mismo texto del título y expresada en el mismo idioma empleado en la redacción del documento.
2. La orden pura y simple de pagar una suma determinada.
3. El nombre del que debe pagar (librado)

Caracas) 141-143.

⁴ Citado por Morles..., Curso..., 1672.

⁵ Castagnino, Diego, Decisiones...,144-145.

4. Indicación de la fecha de vencimiento.
5. Lugar donde el pago debe efectuarse.
6. El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago.
7. La fecha y lugar donde la letra fue emitida.
8. La firma del que gira la letra (librador).

Cabe destacar que los sujetos de librador y librado pueden coincidir en una persona. Ahora bien, se puede preguntar, ¿es permitido suscribir una letra de cambio en moneda extranjera? En el criterio del autor si está permitido e inclusive el artículo 128 de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras regula el pacto de obligaciones en moneda distinta a la de curso legal en la República, en concordancia con el actual convenio cambiario (Nro. 1 de fecha 21 de agosto de 2018)⁶ donde se puede estipular a la moneda extranjera como de cuenta (es decir, como referencia aplicando la tasa publicada por el Banco Central de Venezuela para calcular el equivalente en bolívares) o como moneda de pago si así expresamente se estipuló en el contrato (o en este caso, la letra de cambio).

Al respecto la Ley del Banco Central de Venezuela en su artículo 128 dispone que: *“Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago.”*⁷

3. Análisis de la sentencia objeto de estudio (Sentencia Nro. 330 del 13/06/2016 emanada de la Sala de Casación Civil)⁸

El caso objeto de estudio comienza con un procedimiento de intimación donde el instrumento fundamental de la demanda fue una letra de cambio con una cantidad expresada en moneda extranjera. Sin embargo, la Sala de Casación Civil cuando fundamenta su pronunciamiento de la tercera denuncia delatada, realiza las siguientes observaciones:

- I. Reitera el carácter formal de la letra de cambio fundamentado en los requisitos establecidos en el artículo 410 del Código de Comercio.

⁶ Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto del 2018, Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6406 extraordinario, del 07-09-18.

⁷ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario N.º 6.211,

⁸ TSJ-SCC 13/06/2016 Nro. 330, Exp. AA20-C-2015-000729, **JOSÉ MANUEL DELGADO VALBUENA vs. INCOLAB SERVICES DE VENEZUELA, C.A.**, Acceso el 18 de Octubre de 2021, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188174-RC.000330-13616-2016-15-729.HTML>

- II. La denuncia trataba específicamente del numeral 2do del artículo 410 ejusdem: la orden pura y simple de pagar una suma determinada (Resaltado propio).
- III. Invalidez de la letra de cambio por carecer de los requisitos establecidos en el artículo anterior (artículo 411 C.Com), salvo las siguientes excepciones:
- III.1) La letra de cambio que no lleve la denominación “letra de cambio” será válida siempre que contenga la indicación expresa de que es a la orden.
- III.2) La letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado, se considerará pagadera a la vista.
- III.3) A falta de indicación especial, se reputa como lugar del pago y del domicilio del librado, el que se designa al lado del nombre éste.
- III.4) La letra de cambio que no indica el sitio de su expedición se considera como suscrita en el lugar designado al lado del nombre del librador...”

Con esto se puede concluir que la intención de la Sala es aclarar que la letra de cambio debe contener todos los requisitos establecidos en el artículo 410, de lo contrario conllevaría la sanción del artículo 411 ejusdem donde al faltar cualquier requisito el instrumento cambiario, no se consideraría como tal letra de cambio.

Ahora bien, haciendo una valoración del documento fundamental que se sustenta la acción de la causa principal, la Sala realiza las siguientes observaciones (teniendo presente que se está cuestionando el numeral 2 del artículo 410 del Código de Comercio):

- a. (...) Del descrito instrumento se desprende, que se estableció la cantidad de trescientos mil (300.000,00), monto que fue acompañado en su expresión en números por el símbolo monetario \$, símbolo este que es utilizado por diferentes países (...) (sólo por mencionar algunos, existe el dólar australiano, el dólar de Hong Kong, dólar singapurense, entre otros).
- b. (...) y en su expresión en letras, se hizo referencia a “dólares norteamericanos”, lo que evidencia, que no se estableció con exactitud el tipo de divisa a que se refiere, lo cual es indispensable para poder determinar su valor para el día en que el pago sea exigido, (existe el dólar estadounidense y el dólar canadiense, ambos países se encuentran en Norteamérica, siendo un subcontinente del continente americano).
- c. tal como efectivamente es delatado en la denuncia, lo que podría llevar a la conclusión de que el referido instrumento no podría considerarse como tal letra de cambio. (establece la invalidez de un instrumento por carecer de sus requisitos esenciales).

- d. En el presente caso, en la letra de cambio fundamento de la acción, se estableció la orden de pago en números, por la cantidad de 300.000,00, cantidad que fue acompañada con el símbolo monetario “\$”, y en su expresión en letras, se ordena el pago de “Trescientos Mil Dólares Norteamericanos”, expresiones que resultan genéricas e imprecisas para determinar la moneda en la cual fue emitida la orden de pago de la cartular, ya que, el símbolo \$ es un símbolo gráfico usado de forma genérica por diferentes países que denominan a su moneda como dólar, y la expresión “Dólares Norteamericanos” deja abierta la posibilidad de que el pago se realice en dólares de Canadá (CAD) o en dólares de los Estado Unidos de Norteamérica (USD).
- e. Lo anterior deja en evidencia que, al no expresarse con claridad la clase de moneda en que habrá de efectuarse el pago, o en su defecto, a qué divisa se refiere para calcular el monto a pagar de conformidad con lo establecido en el artículo 449 del Código de Comercio, **invalida el título como letra de cambio, ya que, es un requisito que debe constar en la cambial.** Esta imprecisión hace que el instrumento pierda eficacia o validez en razón a su rigorismo, por ser un título destinado a la circulación nacional e internacional y al interés del librador de saber la cantidad que ha mandado a pagar, igualmente al interés del librado a conocer con precisión cuál es el monto de la suma a pagar al portador del título, con mayor razón, cuando esta orden viene en moneda extranjera.

De lo anterior expuesto deja en evidencia que el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil como máxima autoridad judicial en materia mercantil que la letras de cambio y demás títulos valores deben llevar inserto en el mismo la suma determinada, so pena de invalidez, y en el caso de las cambiales estipuladas en moneda extranjera, debe llevar el texto en letras aclarando el país cuya moneda oficial se refiere (en este caso, es recomendable utilizar en letras la expresión “dólares de los estados unidos de américa”), a fin de prevenir la invalidez del derecho estipulado en el instrumento cambiario y por ende el acreedor corre el riesgo de perder el monto al no poder exigir el pago de la suma establecida por ser esta indeterminada.

CONCLUSIONES

La letra de cambio es un título formal, cuya inobservancia de la forma establecida por la ley comercial despoja del tal carácter al documento que pretenda ser algún instrumento cartular.

Los títulos valores llevan incorporado en ellos el derecho, lo que significa que para exigir el derecho debe presentarse el título, el papel o el documento. De igual forma la pérdida material del documento puede llevar consigo la extinción del derecho en el contenido.

Los títulos valores son instrumentos necesarios e importantes para la circulación nacional e internacional de la riqueza, el derecho debe adaptarse a la desmaterialización de los títulos de créditos ante la posibilidad de soportarlo de formas informáticas, en un contexto donde el comercio electrónico crece cada día más.

El ordenamiento jurídico vigente permite la estipulación de monedas extranjeras en las obligaciones contractuales, igualmente aplica para los títulos valores, sin embargo, en el caso de las letras de cambio, estas tienen una forma legal establecida en el Código de Comercio (artículo 410), cuya inobservancia despoja a un instrumento del carácter de letra de cambio, siendo inválida como tal. En el caso objeto de estudio, se debe determinar con precisión el tipo de moneda a utilizar a fin de aplicar la conversión correspondiente y el deudor conozca con exactitud la suma que debe pagar.

Se recomienda utilizar en los títulos valores los símbolos de las respectivas monedas extranjeras y el nombre oficial del país a que se refieren, a fin de evitar imprecisiones que puedan llevar al acreedor a perder el derecho de cobro contenido en el instrumento cartular.

BIBLIOGRAFÍA

- Morles Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil”, Los Títulos Valores, tomo III (Caracas, UCAB, 2007).
- Castagnino, Diego. “Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil”. (2000-2020), (Caracas, Abediciones-UCAB, 2021).
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.211, del 30-12-2015
- Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto del 2018, Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6406 extraordinario, del 07-09-18.
- TSJ-SCC 13/06/2016 Nro. 330, Exp. AA20-C-2015-000729, José Manuel Delgado Valbuena vs. Incolab Services de Senezuela, C.A., Acceso el 18 de Octubre de 2021, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188174-RC.000330-13616-2016-15-729.HTML>

Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades

Rodrigo A. Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-229-253

Resumen: La responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado se sitúa en el Derecho de Sociedades como un modelo normativo que comprende la indulgencia como regla de aproximación a violaciones al deber de cuidado, las nociones de “ordenado empresario” y “buen hombre de negocios” como estándares normativos-conductuales de diligencia, y la “business judgment rule”. El referido modelo normativo se desajusta de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario. Para remediar sus deficiencias, se propone un modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, que podría devolver su efectividad al modelo normativo y evitar que se convierta en un pretexto para desestimar las acciones sociales de responsabilidad.

Palabras claves: Responsabilidad de los administradores, deber de cuidado, estándares normativos-conductuales de diligencia, acciones sociales de responsabilidad.

Standards of care as a bylaw, statutory-based model of directors' liability for breaches of their fiduciary duty of care. An analysis of the subject matter in view of the concept of corporate governance in Corporate Law

Abstract: *Directors' liability for breaches of their fiduciary duty of care appears in Corporate Law as a legal framework that comprises indulgence as the main approach to such breaches of the duty of care, the notion of “reasonable care” as a normative-behavioral standard of diligence, and the “business judgment rule”. The aforementioned legal framework remains unadapted to the current, modern concept of corporate governance in Corporate Law. To redress the deficiencies of the legal framework of directors' liability for breaches of their duty of care, a bylaws-based framework of Directors' liability is herein proposed that may rescue such legal framework's effectiveness whilst preventing it from being an excuse to dismiss shareholders' derivative actions.*

Keywords: *Directors' liability, duty of care, normative-behavioral standard of diligence, derivative actions.*

Recibido: 20/11/2021
Aprobado: 04/12/2021

* 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.

Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades

Rodrigo A. Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-229-253

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- *La redefinición de los deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores por infracciones a aquellos como producto de la admisión de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario.* 2.- *El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado.* 2.1.- *La indulgencia como regla de aproximación a la responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado.* 2.2.- *Los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado.* 2.3.- *La regla de discrecionalidad o business judgment rule.* 2.4.- *El contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y de la business judgment rule o regla de discrecionalidad: repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores.* 3.- *Estándares estatutarios determinantes del alcance del deber de cuidado y la ulterior responsabilidad del administrador por infracciones a aquel deber fiduciario.* 3.1.- *La conveniencia de la estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la responsabilidad de los administradores.* 3.2.- *Dos premisas introductorias: el principio de libertad de actuación de los administradores y la confirmación de la indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario.* 3.3.- *Definición estatutaria del alcance del cuidado que el administrador debe observar.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

* 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.

INTRODUCCIÓN

Un planteamiento constante en el Derecho de Sociedades que, lejos de desaparecer o dejar de ocupar un lugar predominante en las discusiones doctrinales, se ha reafirmado en los últimos años, es la responsabilidad que recae sobre aquellos administradores de las sociedades mercantiles que incurren en violaciones a sus deberes fiduciarios.

Para un Derecho de Sociedades moderno cuya aproximación y disciplina a la gobernanza de las compañías se ha transformado espléndidamente en las últimas cinco décadas por la progresiva recepción de la noción y contenido de gobierno corporativo, los deberes fiduciarios de los administradores societarios, en cuanto estándares conductuales como la lealtad y el cuidado, se han compaginado con la disciplina reforzada de distintos modelos normativos de responsabilidad que, con un tratamiento jurisprudencial variado y considerando las dinámicas del mercado, se encuentran encaminados a incentivar a los administradores, consejeros y directores a asumir sus funciones con una honesta y prudente diligencia, observando como nortes la “maximización (del valor)” para sus compañías y la seguida “distribución” de ese valor generado, al decir de Paz-Ares¹, y a sancionar las eventuales infracciones a tales deberes.

En este sentido, el deber fiduciario que ocupa al presente trabajo es el deber de cuidado, según el cual los administradores han de dispensar a sus funciones gerenciales un nivel adecuado de diligencia, parafraseando a Noboa Velasco², y, sobre todo, la responsabilidad que acarrea para los administradores que violen aquel deber.

De los administradores se espera, además de un comportamiento “diligente y juicios(o)” según Laguado Giraldo³, que estos observen un nivel de cuidado en la gestión de los asuntos societarios. Desde una perspectiva normativa, el cuidado que debe dispensar el administrador en el ejercicio de su función gerencial se entiende estandarizado: en distintos ordenamientos jurídicos, se observan las nociones del “ordenado empresario” o “buen hombre de negocios”⁴ como estándares normativo-conductuales de cuidado destinados a los administradores de las compañías.

¹ 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.

² Noboa Velasco, Paúl. 2020. “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’”. *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>.

³ Laguado Giraldo, Darío. 2004. “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Vniversitas* 108 (1): 225-279.

⁴ En latitudes de tradición jurídica anglosajona, “reasonable care” y “good faith”, como veremos más abajo.

Asimismo, a modo de consolidar las prenombradas nociones, germinó en la jurisprudencia estadounidense la denominada “*business judgment rule*” y “*business judgment doctrine*”⁵, traducida entre nosotros y en algunos ordenamientos de países hispanoparlantes como la “regla de discrecionalidad”, que condicionó indefectiblemente a las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Sin embargo, como veremos más adelante, la estandarización normativo-conductual del deber de cuidado bajo los términos planteados adolece de una multiplicidad de problemas que dificultan la posibilidad jurídica de que los accionistas, afectados por posibles infracciones al deber de cuidado por parte de un administrador, exijan su responsabilidad ante un órgano jurisdiccional.

El examen judicial sobre la conducta de un administrador demandado por infracciones al deber de cuidado resultaría necesariamente erróneo si se considera que los jueces no se entienden expertos en ciencias como la economía, la administración y las finanzas y normalmente combaten su descontextualización de las realidades empresariales particulares inherentes a las compañías sobre las cuales juzgan, por mejor actividad probatoria que desplieguen las partes; mal podrían concluir los jueces, entonces, que un administrador infringió el deber de cuidado con estándares normativos-conductuales tan abstractos como los nombrados en el pretérito párrafo, y de allí el por qué surgieron las llamadas “*business judgment rule*”, “*business judgment doctrine*” o “regla de discrecionalidad”⁶.

Más que garantizar la vigencia de un modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones la deber de cuidado, las anteriores concepciones dificultan que tal responsabilidad cobre vigencia. Los problemas inherentes al prenombrado modelo y sus consecuencias sobre el mismo hacen peligrar el balance de poder que existiría entre accionistas y administradores dentro de una sociedad mercantil, prefiriendo a los últimos sobre los primeros cuando ya de por sí los administradores ejercen un importante poder de facto sobre el destino de la compañía que sus propios dueños.

Considerando algunos problemas que hemos identificado con anterioridad y sobre los cuales posteriormente volveremos, sostenemos que la disciplina estatutaria de estándares de cuidado que concreten el mencionado esquema legal sería deseable para

⁵ Manning, Bayless. 1984. “The Business Judgment Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal* 615 (45): 615-627.

⁶ Sobre todo, tomando en cuenta que, al decir de Ribas Ferrer, el deber de cuidado posee, junto con el deber de lealtad, la particularidad de que se han consolidado en la doctrina, en ocasiones, “con independencia de la injerencia del legislador”, es decir, sin regulación normativa. Véase, Vicenç Ribas Ferrer, “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004).

las compañías que exijan de sus administradores niveles distintos de cuidado y ulterior responsabilidad. La predefinición estatutaria de la extensión del deber de cuidado de los administradores de la compañía tornaría más claro un eventual panorama en que infracciones verosímiles a tal deber fiduciario comprometa potencialmente la responsabilidad del administrador.

Las próximas líneas se destinan a aportar algunos elementos de análisis orientados a postular y explicar la conveniencia y necesidad de la disciplina de estándares de cuidado que definan el grado de diligencia y cautela que las compañías exijan de sus administradores y que consecuentemente puntualicen e individualicen el modelo normativo antes indicado, como un modelo estatutario y alternativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, con miras a su vigencia efectiva.

1.- La redefinición de los deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores por infracciones a aquellos como producto de la admisión de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario

La aparición del término “*corporate governance*” en los registros federales de la Comisión de Bolsa y Valores estadounidense (S.E.C, por sus siglas en inglés) en 1976, y un posterior reporte del Instituto Americano de Derecho en el año 1978, inauguraron los estudios multidisciplinarios sobre gobierno corporativo. Según Cheffins⁷, el renovado interés sobre el gobierno corporativo que tuvo su auge en la segunda mitad de los años 70’ obedeció a los primeros descubrimientos de prácticas deshonestas, desleales y negligentes imputables a administradores de las importantes compañías que, hasta el momento, se ocultaron dolosamente o nunca se habían detectado.

Aquellos descubrimientos, y pese al esfuerzo dedicado a evitar ulteriores ramificaciones, derivaron en el acaecimiento de graves escándalos de fraude corporativo que motivaron la emisión de los más emblemáticos reportes sobre gobierno corporativo a partir del año 1992, con el famoso Reporte Cadbury. Los casos más importantes de fraude, corrupción y prácticas negligentes, deshonestas y desleales corporativas, traducidos en violaciones a los deberes fiduciarios⁸ por parte de los administradores de las

⁷ Cheffins, Bryan. 2012. “The History of Corporate Governance”, *European Corporate Governance Institute* 184 (1): 1-32.

⁸ Casos como Enron, World.Com, Parmalat, BCCI Bank, Polly Peck, entre otros, revelaron el difícil panorama que para la época se enfrentaba por escándalos financieros de gravedad y tipos variados: malversación de fondos, aumentos financieramente irresponsables de la remuneración de los administradores, decisiones negligentes ejecutadas sin un plan empresarial predeterminado o bien uno irrealizable, asunción de riesgos irracionales o sin considerar la capacidad operacional de la compañía, decisiones ejecutadas sin poseer suficiente información o a espaldas de los accionistas, elevado endeudamiento de la sociedad mercantil, ausencia de auditorías internas y externas o una realización meramente nominal de estas, transacciones interesadas, entre otros. Como puede entenderse, todos configuran violaciones a los deberes fiduciarios.

compañías afectadas, precipitaron una crisis de credibilidad en las Juntas Directivas o Consejos de Administración que solamente pudo ser enmendada mediante la reafirmación y redefinición de los deberes fiduciarios desde una perspectiva de gobierno corporativo.

El concepto y contenido de gobierno corporativo, así, sentó las bases para la redefinición de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad ante infracciones por parte de los administradores, iniciando por la justificación de ambos. En efecto, la “esencia de todo sistema de buen gobierno corporativo” entraña que los administradores deben poseer una libertad de actuación para la definición y ejecución de un plan de empresa, pero también impone que tal libertad de actuación “debe ejercerse dentro de una efectiva estructura de responsabilidad” que remedie la brecha existente por, y conflictos de intereses derivados de, la separación entre propiedad y control de la sociedad⁹ y que castigue con severidad eventuales faltas a los deberes fiduciarios¹⁰.

En este sentido, es de interés notar que la prenombrada reconfiguración de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad observa una profunda influencia de la ética como estándar conductual que guía las conductas de los administradores. En efecto, la ética se considera, también, una referencia que, además de orientar el quehacer decisorio de la sociedad mercantil, ofrece alternativas para dilucidar problemas de agencia y maximizar el valor de las compañías; en palabras de Olivencia, “la ética es un índice de calidad”, sin la cual “no puede haber ni valor ni valía de entidades, ni de organizaciones, ni de instituciones públicas o privadas”¹¹.

Así, siguiendo a Richard y Muiño, “la dirección (de la compañía) debe encuadrarse dentro de una escala de valores, una deontología, una ética para con la comunidad en la que se desenvuelve”¹². La ética, entonces, vinculada con las raíces históricas del Derecho Mercantil mismo¹³, constituye un elemento inseparable de la noción de gobierno corporativo, y por ello se inscribe en la redefinición de los deberes fiduciarios de los administradores que entraña tal noción.

⁹ Marcelo Villegas, “El “corporate governance”, los “deberes fiduciarios” de los administradores y el principio de “creación de valor para los accionistas”. La regla del “juicio de los negocios” (conferencia, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, Argentina, 2001).

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 Manuel Olivencia. 1999. El buen gobierno de las Sociedades. (Nro. 1). Fundación ÉTNOR.

¹² Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño. 2000. Derecho Societario. Buenos Aires: Editorial Astrea.

¹³ La ética como noción predominante en el contenido del gobierno corporativo configura una reminiscencia a la historia del Derecho Mercantil, cuya regulación primigenia se caracterizó, al decir de Stefano (2010), por normas “morales, en vez de científicas”, que prevalecieron sobre una regulación puramente normativa de los mercados incipientes.

Finalmente, conviene destacar que la recepción de gobierno corporativo y la redefinición de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad por tal motivo ha aparejado también la consolidación de la transparencia y auditoría como constantes necesarias y elementos fundamentales para el cumplimiento de los deberes fiduciarios por parte de los administradores. Debe recordarse que la “frustración (del) sistema corporativo de rendición de cuentas” según Seligman¹⁴, esto es, la falta de transparencia, la inexistencia de auditorías internas y externas, y la omisión o recepción dolosa por parte de los administradores de información financiera relevante para los accionistas de la compañía aun en el supuesto en el que no hayan debido de tomar una decisión con base en esa información que retiene el administrador, derivaron en los escándalos financieros más graves de la época.

Lo anterior fundamenta que, como obligaciones correlativas de los deberes de cuidado y de lealtad, algunos códigos de gobierno corporativo se animaron a incentivar a las sociedades cotizadas a disciplinar un “sistema de control interno” sobre la gestión, compuesto por “reglas, procedimientos y estructura organizativa” encaminadas al monitoreo de la administración societaria¹⁵, armonizado con la selección de auditores externos que revisen –mas no preparen- los estados financieros de las compañías.

2.- El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado

En líneas generales, el régimen de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado –acaso de todos los deberes fiduciarios- consiste en una adaptación institucional de las reglas ordinarias de responsabilidad extracontractual de la cual dimanen ciertos caracteres diferenciadores.

En un intento de explicar tales aspectos que particularizan el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado de las reglas tradicionales, hemos identificado y trataremos tres de ellos: la indulgencia como regla de aproximación a tal régimen de responsabilidad, los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado, y la regla de discrecionalidad o *business judgment rule*.

¹⁴ Joel Seligman. 2012. *The Transformation of Wall Street: A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*. Washington D.C: Houghton, Mifflin.

¹⁵ Como prefiere el Codice di Corporate Governance italiano por el Comitato per la Corporate Governance. Véase, Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana S.p.A.

En esta sección acometemos, igualmente, exponer una de las críticas fundamentales al modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, que consiste en el contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y la *business judgment rule*, así como sus consecuencias sobre la revisión judicial de la actuación del administrador.

2.1- El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado

El Informe Aldama, con el propósito de diferenciar correctamente los deberes fiduciarios de los administradores y sus regímenes de responsabilidad, observó lo siguiente:

Para tratar de manera correcta los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad, la Comisión considera que sería necesario separar nítidamente el aspecto de la creación de valor y beneficios de la empresa, del aspecto relativo a la distribución de ese valor para distinguir correlativamente el deber de diligencia y el deber de lealtad, dentro de los deberes fiduciarios de los administradores. En definitiva, los administradores están sujetos a dos imperativos: maximizar la creación de valor, no entendido ni única ni principalmente como valor de la cotización bursátil en un determinado momento, y distribuir correctamente ese valor o beneficio.

El régimen de responsabilidad de los administradores debe tratar con el debido rigor la infracción de los deberes de lealtad, sin menoscabo del tratamiento adecuado al deber de diligencia. Por su parte, las exigencias derivadas del deber de diligencia –obtención de información, dedicación, participación en la formación colegiada del criterio– no deberían eliminar el ámbito de la discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad.¹⁶

Los anteriores párrafos, cuya cita extensiva nos permitimos por su importancia, confirman la hipótesis de diversificación del régimen de responsabilidad de los administradores propuesto por el Informe Aldama y desarrollado con posterioridad por Paz-Ares¹⁷: en vez de un “tratamiento unitario de la responsabilidad de los administradores” conviene, según el prenombrado autor, la separación entre la “vertiente tecnológica (relativa a la producción de valor)”, referida al deber de cuidado, de la “vertiente deontológica (relativa a la distribución de valor)”, referida esta al deber de lealtad, a los efectos de entender la diferencia entre ambos deberes y sus posteriores modelos normativos de responsabilidad de los administradores diferenciados.

¹⁶ Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas (Nro. 1). Madrid: Comisión Nacional de Valores de España.

¹⁷ Paz-Ares, Ob. Cit. 1, p. 3.

En este sentido, Paz-Ares¹⁸ resume la hipótesis antes explicada indicando que “el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia”, es decir, en un esquema indulgencia-severidad que determina la aproximación normativa a violaciones a ambos deberes, siendo que las violaciones al deber de cuidado serían tratadas con “indulgencia”, mientras que las infracciones al deber de lealtad merecen un tratamiento de “severidad”.

El tratamiento indulgente a las infracciones al deber de cuidado se justifica por dos razones: primero, entendiendo que el soporte y asunción constante de “un riesgo de pérdida, el cual se compensa con la expectativa (...) de obtener un beneficio ilimitado” constituye un elemento inherente al concepto de empresa comercial¹⁹ el modelo normativo emplea la indulgencia como regla general de aproximación para incentivar a los administradores a asumir riesgos razonables en aventuras comerciales dentro de las cuales implican a sus compañías, aspirando al éxito del emprendimiento; y, segundo, para garantizar a los administradores que no serán responsabilizados *a priori* por el fracaso de sus iniciativas económicas, siendo que las obligaciones que contraen respecto a la obtención del resultado exitoso son de medios, mas no de resultados²⁰.

Así, el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado parte, inicialmente, de la indulgencia como premisa de aproximación, entendiendo que los administradores, en el desempeño de sus atribuciones gerenciales, se verán obligados a asumir un nivel de riesgo y de incertidumbre en la ejecución de las iniciativas económicas de la compañía como parte del concepto mismo de empresa, por lo cual mal podría imputárseles el fracaso de algunos proyectos encaminados a la creación de valor para las sociedades mercantiles que administran.

2.2- Los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado

Como hemos adelantado, el deber de cuidado se encuentra jurídicamente estandarizado. Una amplia cantidad de ordenamientos societarios en el mundo disciplinan las nociones de “ordenado empresario” y “buen hombre de negocios” como estándares normativos-conductuales del cuidado que los administradores deben dedicar a sus funciones y atribuciones ejecutivas.

¹⁸ Paz-Ares, Ob. Cit. 1, p. 4.

¹⁹ Juan Farina. 1999. Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial. Editorial Astrea.

²⁰ Noboa Velasco, Ob. Cit. 2.

Estos estándares normativos-conductuales pertenecen al elenco de diferencias institucionales entre la responsabilidad civil ordinaria y la responsabilidad de los administradores: mientras que la primera observa la noción de “buen padre de familia”²¹ como estándar conductual, la última prefiere los modelos de “ordenado empresario” o “buen hombre de negocios” para definir el nivel de diligencia, dedicación y cuidado que se exige de los administradores societarios.

La necesidad de definir los estándares conductuales en materia de responsabilidad extracontractual de la responsabilidad de los administradores por infracciones a sus deberes fiduciarios parte de algunas particularidades institucionales de la última: según Ramos Herranz²², mientras que la noción de “buen padre de familia” consiste en la diligencia de “un hombre medio”, el estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” es un modelo “más profesional o técnico” que convierte a los administradores o directores en “deudores” profesionales técnicos o especializados de los que se exige un nivel de diligencia más complejo que del “hombre medio”. De ahí que cada estándar entrañe niveles distintos de responsabilidad ajustados a las respectivas realidades de cada disciplina científica.

Ahora bien, pese a los encomiables esfuerzos de la doctrina por determinar conceptualmente el alcance del estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios”, estimamos que estos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado de los administradores presentan algunas inconsistencias que expondremos *ut infra*.

En primer lugar, resulta difícil separar conceptualmente los prenombrados estándares de responsabilidad de los administradores de aquel perteneciente a la responsabilidad extracontractual con el tratamiento de indulgencia ante infracciones por parte del administrador al deber de diligencia.

Ciertamente, si la diferencia entre un estándar conductual de otro estriba en el grado de cuidado que exige cada uno, consideramos que aquella discrepancia carece de sentido si se parte de una premisa de indulgencia frente a infracciones al deber de

²¹ Recientemente, según Martínez, la legislación francesa optó por el reemplazo del estándar de “buen padre de familia” por la de “persona razonable”. Los cambios obedecen a razones de género, y a razones de comprensibilidad, argumentándose que los proponentes de la enmienda advierten que la noción de buen padre de familia “ha devenido ininteligible por los ciudadanos”. Es de interés observar que el reemplazo del estándar de “buen padre de familia” por la de “persona razonable” también coadyuvaría a un mejor entendimiento entre la doctrina anglosajona y la de nuestras latitudes en lo referente a los distintos regímenes de responsabilidad, pues en la primera la noción de “*reasonable care*” funciona como estándar conductual en distintas áreas del Derecho, y, entre ellas, en el Derecho Comercial y Derecho Corporativo. Véase, Tomás Martínez, Gema. 2015. “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil* 2 (1): 57-103.

²² Ramos Herranz, Isabel. 2006. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil* 59 (1): 195-226.

cuidado, pues no habría una diferencia real entre ambos estándares y se terminaría por exigir a los administradores el mismo nivel de cuidado o diligencia que se exige del “hombre promedio”, bajo el pretexto de que la aproximación sobre los posibles escenarios en los cuales un administrador ha violado el deber fiduciario de cuidado deben tratarse con “indulgencia”; en otras palabras, la indulgencia como regla de aproximación a la responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado invalidaría el estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” equiparando el nivel de diligencia exigido por estos con los estándares ordinarios de responsabilidad extracontractual.

Asimismo, los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado permanecen conceptualmente indeterminados en la actualidad por la jurisprudencia, la cual no ha hallado una forma de diferenciarla de los módulos conductuales ordinarios. En efecto, al decir de Ramos Herranz, “(l)a jurisprudencia no ha sido del todo clara a la hora de diferenciar ambos estándares”, por cuanto, aun considerando algunos intentos por determinarla²³, los estándares normativos-conductuales todavía continúan observando un nivel de abstracción que, combinado con el tratamiento de indulgencia antes explicado junto con otra problemática que denunciaremos en las siguientes dos secciones, no han permitido que se individualicen.

Por otro lado, el panorama parece ser más complejo en legislaciones como la argentina y la uruguaya, en las que se disciplina la responsabilidad ilimitada y solidaria por parte de los directores hacia la sociedad mercantil por el “mal desempeño de su cargo”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 274 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 de Argentina y artículo 59 *eiusdem*, y los artículos 391 y 83 de la Ley No. 16.060 de 4.09.1989 de Uruguay. El “mal desempeño de su cargo” podría, en todo caso, hacer peligrar la indulgencia como regla de aproximación al modelo normativo

²³ En este caso, es de interés referir a algunas sentencias proferidas por tribunales en España. En una sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 15 de febrero de 1995, citada por Carbonell O’Brien, la Audiencia afirmó que “por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de gestión empresarial”. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid, en una decisión de fecha 14 de mayo de 2014 y citada por Jiménez Marín (2021), sostuvo que “la diligencia exigible al empresario no es la civil o común del buen padre de familia, sino (...) la de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad”, observando que el administrador debe actuar “evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa”. Véase, Ramos Herranz, *Ob. Cit.* 21, p. 213; Carbonell O’Brien, Esteban. 2018. “El deber de diligencia de los administradores societarios. Alcance y consecuencias del incumplimiento. estudio comparativo entre la legislación española y peruana”, *Estudios de Derecho Empresario* 17 (1): 100-107; Jiménez Marín, Antonio. 2020. “Sociedades. Responsabilidad de los administradores. LEX ARTIS”. *Blog Law & Trends*. Acceso el 29 de septiembre de 2021, <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/sociedades-responsabilidad-de-los-administradores-lex-artis-1.html>.

de responsabilidad de los administradores, por cuanto se trata de un supuesto muy amplio que no repara en las gravedades de las faltas en las que pudiere incurrir el administrador en el ejercicio de sus atribuciones, y podría, por el contrario, complicar o problematizar el esquema de responsabilidad de los administradores²⁴.

Finalmente, conviene notar que en los países de tradición jurídica anglosajona, según Gerner-Beurle, existen los estándares de “*good faith*” (buena fe) y “*reasonable care*” (cuidado razonable), los cuales guardan una necesaria similitud con los estándares antes estudiados pero en los cuales persiste la indeterminación conceptual de los mismos, problema que ha proyectado sus efectos, por ejemplo, en la imposibilidad del a jurisprudencia inglesa de “formalizar” un criterio unificado en cuanto a los estándares de cuidado, y delinear la revisión judicial a una “limitada”²⁵.

2.3.- La regla de discrecionalidad o *business judgment rule*

Un componente fundamental del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracción al deber de cuidado lo constituye la llamada “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad”. Se trata de una regla que nace y se remonta a 160 años de jurisprudencia estadounidense²⁶ destinada a la protección de los administradores frente a la injerencia judicial sobre los juicios de negocio que ejerzan en el desempeño de sus funciones gerenciales y por los cuales se reclame responsabilidad.

En palabras del Comité de Derecho Corporativo de la *American Bar Association*²⁷ los directores, “en el marco de su servicio a las juntas directivas”, toman distintas decisiones con regularidad, en las cuales aquellos “deben aplicar su juicio de negocios (*business judgment*) con base en la información razonablemente disponible y actuar en la manera en la que estos razonablemente consideren sea en obsequio de los intereses de la compañía”, siendo que, en algunos casos, “una junta podría tomar una decisión, de buena fe, a sabiendas de que algunos accionistas podrían estar en desacuerdo”.

²⁴ Gagliero circunscribe la noción de “mal desempeño de su cargo” a las actuaciones temerarias o negligentes que “ponga en peligro, no sólo la propia conducción empresaria, sino la funcionalidad, el progreso y la vida de la empresa en sí misma”. Así, la prenombrada autora atribuye un nivel de gravedad absoluta a la actuación del administrador para determinar que ha desempeñado mal su cargo de conformidad con el estándar genérico de los artículos 274 y 59 de la Ley General de Sociedades argentina. Véase, Silvana Gagliero, “*La responsabilidad de los directores en la Ley de Sociedades*” (conferencia, V Congreso de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Huerta Grande, Córdoba, Argentina, 1992).

²⁵ Carsten Gerner-Beurle, “The duty of care and the business judgment rule: a case study in legal transplants and local narratives”, en *Comparative Corporate Governance*, ed. por Afra Afsharipour and Martin Gelter (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), páginas-páginas 220-241.

²⁶ Gevurtz, Franklin. 1994. “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?” *Southern California Law Review* 67 (287): 287- 337.

²⁷ Corporate Laws Committee, ABA Business Law Section. 2020. *Corporate Director’s Guidebook – Seventh Edition* (Nro. 1). Chicago: American Bar Association.

Las decisiones que los administradores tomarían en el ejercicio de su juicio de negocios²⁸ son de variadas formas: involucrar a la sociedad mercantil en una aventura comercial asumiendo notables riesgos que se compensan con la aspiración de un lucro eventual e ilimitado, contraer una amplia cantidad de obligaciones en virtud de la búsqueda de fuentes alternativas de financiamiento empresarial, entre otras. Los problemas surgen cuando los administradores, en su infalibilidad, incurren en un juicio de negocios erróneo sobre determinadas decisiones corporativas que se traducen en un perjuicio económico para la compañía y para sus accionistas, y que podrían representar violaciones a sus deberes fiduciarios, y principalmente, al deber de cuidado.

En este sentido, la “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad” se consolida jurisprudencialmente como un mecanismo de protección a la discrecionalidad de los administradores como una reafirmación de la libertad de acción que deben poseer y ejercer para promover el progreso económico de la compañía²⁹.

La “*business judgment rule*” preceptúa que los jueces se abstendrán de revisar “las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores societarios, quienes, en consecuencia, no podrán ser responsabilizados por realizar negocios o tomar determinaciones que, a la postre, resulten perjudiciales a los intereses de la sociedad”³⁰, y constituye, además, indirectamente, una “presunción” de que los administradores han actuado adecuadamente de conformidad con su deber de cuidado, como bien apunta Morel³¹.

Así, la “*business judgment rule*”, siguiendo a Gerner-Beurle, tiende a mitigar o prevenir completamente los “falsos positivos” inherentes a una revisión judicial de juicios de negocio efectuados por administradores societarios, traducidos en instancias en las cuales las cortes “podrían identificar una violación al deber, aun cuando las decisiones de los directores (...) se ajustan a sus deberes”³². El soslayo de estos riesgos

²⁸ Para una posible definición de “juicio de negocios”, resultaría de interés del lector la referencia a Keay, A. y Loughrey, J. (2018). The Concept of Business Judgment. *University of Leeds Legal Studies 1 (1)*, 1-46.

²⁹ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Ob. Cit. 9, p. 10

³⁰ Abdala, Martín. 2014. La aplicación de la denominada *business judgment rule* en el derecho argentino. *Revista de Derecho 42 (1)*: 264-284.

³¹ Morel, Víctor. 2021. “La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o *business judgment rule*”. *Blog AbogadosSDQ*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://abogadosdq.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-societarios-frente-a-la-regla-del-buen-juicio-de-los-negocios-o-business-judgement-rule/>.

³² Gerner-Beurle, Ob. Cit. 24, p. 221.

institucionales ha permitido la “difusión” de esta regla de discrecionalidad en distintos países europeos³³, como narra Cebriá, y también en países latinoamericanos recientemente.

Igualmente, la “*business judgment rule*” puede compaginarse, aunque sin depender una de la otra, con la “*business judgment doctrine*”, la cual, según Manning³⁴, consiste en “la proposición generalizada que las cortes no sustituirán su juicio de negocios por aquel de los directores”, es decir, los jueces no podrán desdeñar del juicio de negocios de los administradores para precipitarse a emitir un juicio de negocios propio, siendo que el juez carece de conocimientos técnicos sobre administración, economía y finanzas, y sobre la propia realidad empresarial de la compañía.

Ahora bien, la “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad” ha despertado críticas, sobre todo a la luz de los escándalos financieros que afectaron duramente la credibilidad de los mercados a partir del año 1970. En general, la jurisprudencia estadounidense ha interpretado la regla de modo que la ha llevado un extremo que Keay y Loughrey denominarían “excepcionalismo de los directores” (“*Director exceptionalism*”), lo cual es difícil de defender “en una sociedad cada vez más preocupada por la responsabilidad de actores poderosos”³⁵.

Gevurtz ha argumentado que “la regla esencialmente apoya la proposición de que los directores no son responsables salvo que exista una razón para la cual estos lo sean, como cuando estos violan su deber de cuidado”, lo cual, además de tornar todas las discusiones sobre la regla “inútiles”, comporta que, para declarar la responsabilidad de los administradores por violaciones a su deber de cuidado, “los directores deberán incurrir en un grado mayor de culpa más allá de la negligencia ordinaria”, lo cual deviene, básicamente, en su completa indemnidad frente a potenciales demandas intentadas por los accionistas ante infracciones palmarias al deber fiduciario de cuidado³⁶.

³³ Concretamente, la República Checa, Croacia, Alemania, Grecia, Portugal, España y Rumania, según Cebriá. Véase, Cebriá, Luis Hernando. 2018. “The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule”, *European Company and Financial Law Journal* 15 (1): 41-68. Resulta de interés destacar que algunos países africanos como Sudáfrica y Zimbabue, combinando igualmente el deber de cuidado con la regla de discrecionalidad, han elevado aquel deber fiduciario a un nivel en el cual se exige del director “cuidado, habilidad y diligencia”, según la *Companies and Other Business Entities Act* de Zimbabue. Para profundizar en este tema de interés, se refiere al lector a una bibliografía importante. Véase, Hamadziripi, Friedrich, y Chitimira, Howard, 2021. “A comparative analysis of company directors’ accountability and the statutory duty of care, skill and diligence in South Africa and Zimbabwe”, *Perspectives of Law and Public Administration* 10 (2): 38-49.

³⁴ Manning, Ob. Cit. 4, p. 623.

³⁵ Keay y Loughrey, Ob. Cit. 26, p. 46.

³⁶ Gevurtz, Ob. Cit. 24, p. 288.

De lo anterior parte que el propio Gevurtz propugne la “abolición” de tal regla de discrecionalidad, para prevenir un esquema legal y jurisprudencial que procure la total indemnidad de los administradores societarios³⁷, y autores como Gurrea-Martínez (2015, p. 32) han cuestionado la “deseabilidad económica de la *business judgment rule*”, este último circunscrito al Derecho español, concluyendo que “la implementación de esta regla no resulta necesaria ni, de hecho, deseable en el Derecho español, al menos en los términos en los que ha sido incorporada”³⁸.

2.4.- El contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y de la business judgment rule o regla de discrecionalidad: repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores

Considerando los planteamientos sobre el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, comprendiendo este la premisa general de aproximación consistente en un tratamiento indulgente a tales infracciones, los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y la *business judgment rule* o regla de discrecionalidad, conviene observar el contraste entre los dos últimos componentes y sus repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores.

Las acciones sociales de responsabilidad existen en una importante cantidad de ordenamientos jurídicos societarios y, por medio de esta, un porcentaje de socios actuando en interés de la compañía acometen la declaración de responsabilidad de un administrador y una reparación de los daños causados por su gestión, generalmente por causa de una conducta “transgresora de la Ley o de los estatutos, o, en su caso, de otro, negligente”, y “puede provenir, tanto de la comisión por acción, negligente o culposa, de un acto que profiera un perjuicio a la sociedad”, en palabras de Calaza López³⁹.

En los últimos años, la noción de gobierno corporativo ha promovido una “optimización del status jurídico del accionista”, que ha sentado las bases para el ejercicio de este tipo de acciones judiciales por parte de los socios en contra de los administradores que violen sus deberes fiduciarios, con arreglo a algunos criterios que la jurisprudencia ha aclarado progresivamente⁴⁰.

³⁷ Gevurtz, Ob. Cit. 24, p. 287.

³⁸ Gurrea-Martínez, Aurelio. 2014. “La cuestionada deseabilidad económica de la *business judgment rule* en el Derecho español”, *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo*, Working Paper Series.

³⁹ Calaza López, Sonia. 2005. “La responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sociales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 12 (1): 15-32.

⁴⁰ Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. “La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (1): 297-321.

Al ejercer los socios una acción social de responsabilidad por violaciones al deber de cuidado, se confía al juez la tarea de decidir si el administrador es responsable o no, examinando los hechos controvertidos para determinar si el administrador actuó con la diligencia y cuidado debido en su proceder, de conformidad con los estándares normativos-conductuales, condicionando su aproximación según el esquema de indulgencia anteriormente explicado, que se le dispensa a este tipo de casos.

Ahora bien, se indicó que los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado, bajo los términos en los que se encuentran legislativamente planteados en algunos ordenamientos societarios, adolecen de un grado de generalidad y abstracción que la jurisprudencia no había logrado puntualizar o concretar, en parte por el “problema de la competencia institucional” que, como advierte Gurrea-Martínez, es uno de los justificantes de la existencia de la *business judgment rule*⁴¹.

Así, recae sobre el juez, *prima facie*, la puntualización de los estándares normativos-conductuales de cuidado y diligencia que el director debió dedicar a los asuntos inherentes a su gestión, en atención al caso concreto, lo cual entraña una reconstrucción del proceso decisorio en virtud de la cual el juez deberá examinar, *a fortiori*, los juicios de negocios considerados o ejercidos para verificar el nivel de cuidado empleado (mas no, en ningún caso, lo acertado o no que resultaron).

Sin embargo, la *business judgment rule*, precisamente, le prohíbe al juzgador adentrarse sobre tales juicios de negocios que los administradores expresaron al tomar una decisión, por lo cual invalida los estándares normativos-conductuales de cuidado, al prevenir que el juez los puntualice mediante el examen limitado de los juicios de negocio.

Adicionalmente, también existe, como se explicó, la “business judgment doctrine”, que evita que los jueces desdeñen de los juicios de negocio de los administradores por los suyos propios, lo cual cierra el mínimo margen de posibilidad de que el juez examine el proceso decisorio de la compañía y evalúe los juicios de negocio de los administradores, aun cuando, desde su insolvencia en materia administrativa y financiera⁴² no adelantará opinión alguna sobre el acierto o desacierto de tales juicios.

Finalmente, y excluida la posibilidad de puntualizar los módulos conductuales de cuidado, el juez se verá en la necesidad de recurrir, únicamente, a la *business judgment rule* y a dispensar un tratamiento indulgente a la infracción denunciada, o bien concluir que tal infracción no existe.

⁴¹ Gurrea-Martínez, Ob. Cit. 34, p. 12.

⁴² Noboa Velasco, Ob. Cit. 2.

Lo anterior nos obliga forzosamente a concluir que el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado es, a lo menos, insuficiente, o bien procura la completa indemnidad de los administradores ante acciones sociales de responsabilidad, lo cual predestina su ejercicio a una desestimación por parte del juez que se verá impedido de considerar el proceso decisorio.

Síntoma de la insuficiencia del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado y de la aplicación rigurosa de la regla de discrecionalidad son los denominados “*special litigation committees*” o comités especiales de litigios en las compañías estadounidenses.

En efecto, como respuesta a las acciones derivativas ejercidas por socios de sociedades mercantiles americanas, las compañías respondieron con aquel tipo de comités especiales de litigio como “una estrategia defensiva”, según Steinberg, compuestos por directores independientes o “*outside directors*”, quienes evalúan la acción planteada por los accionistas y manifiestan si, de conformidad con su juicio de negocios, la acción se encuentra asistida o desprovista de la razón⁴³; en otras palabras, los propios colegas de los administradores cuya responsabilidad se discute decidirán si estos son o no responsables bajo la forma en la que lo plantean los socios de la compañía.

Murdock advierte que “las altas cortes de seis estados (de los Estados Unidos de América) han considerado el poder de los comités especiales de litigios de terminar las acciones derivativas intentadas en contra de miembros de la junta”, citando casos emblemáticos como *Zapata Corp. v. Maldonado*, decidido por la Suprema Corte del Estado de Delaware en ese sentido⁴⁴.

Todo lo anterior traslada a las acciones sociales de responsabilidad a extremos en los cuales privan de sentido su ejercicio por parte de los socios, entendiéndose predestinadas al fracaso, ya por la insuficiencia del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado, por la aplicación rigurosa de la *business judgment rule*, o por la decisión sobre sus méritos por parte de los “*special litigation committees*” estadounidenses.

⁴³ Steinberg, Marc. 1980. “The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Derivative Suits”, *University of Miami Law Review* 1 (2): 1-29.

⁴⁴ Murdock, Charles. 1993. “Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees”, *Washington Law Review* 68 (1): 79-137

3.- Estándares estatutarios determinantes del alcance del deber de cuidado y la ulterior responsabilidad del administrador por infracciones a aquel deber fiduciario

Atendiendo a los explicados problemas inherentes al modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, presentamos una propuesta alternativa que consiste en la estandarización estatutaria de la cautela y diligencia que los administradores deben dispensar a sus obligaciones en cuanto tales.

Para tal propósito, hemos dividido la presente sección en tres partes que intentaremos tratar con la mayor brevedad y claridad, en obsequio a la coherencia del planteamiento: en primer lugar, explicaremos la conveniencia del modelo propuesto como alternativa al modelo normativo; segundo, rescataremos dos premisas fundamentales antes tratadas, a saber, la libertad de acción de los administradores y el esquema de indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario o, *mutatis mutandis*, como regla de aproximación judicial a la responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado; y, en tercer lugar, finalmente, pondremos la definición estatutaria del deber de cuidado por medio de estándares de cuidado con arreglo a ciertas particularidades institucionales o de agencia.

3.1.- La conveniencia de la estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la responsabilidad de los administradores

La estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la ulterior responsabilidad de los administradores que proponemos observa dos objetivos principales que definen su conveniencia y oportunidad práctica.

El primer objetivo del modelo propuesto, consiste en la puntualización o determinación estatutaria del deber de cuidado, de suerte que los estatutos sociales logren concretar los estándares normativos-conductuales de cuidado, con arreglo a ciertas particularidades institucionales de la compañía.

De esta manera, se predefiniría conceptualmente el nivel de cuidado, cautela y diligencia que deben ejercer los administradores societarios para entender cumplidos sus deberes fiduciarios y sentar claramente las bases para una ulterior acción social por parte de los accionistas que reclamen la responsabilidad de los administradores sin que aquella esté predestinada al fracaso por el desequilibrio que representa la aplicación rigurosa de la regla de la discrecionalidad.

Asimismo, la estandarización estatutaria del deber de cuidado equivaldría a un marco estatutario de regulación de la discrecionalidad, de conformidad con lo que expondremos en la siguiente sección del presente trabajo.

En segundo lugar, los estándares estatutarios de cuidado lograrían dilucidar las problemáticas denunciadas de la *business judgment rule* para que no resulte aquella pretexto de desestimación de una acción social de responsabilidad al prevenir que se examine el proceso decisorio de la compañía, pero, a su vez, y reconociendo el tantas veces nombrado problema de “competencia institucional”⁴⁵, sin que represente la necesidad de que los jueces examinen el acierto o equivocación de un juicio de negocios al observar predeterminado el nivel de cuidado que recae sobre los administradores societarios.

3.2.- Dos premisas introductorias: el principio de libertad de actuación de los administradores y la confirmación de la indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario

Consideramos que, necesariamente, la estandarización estatutaria del deber de cuidado de los administradores como modelo alternativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al mencionado deber, debe partir de dos premisas inherentes a aquel modelo, que son el principio de libertad de actuación de los administradores y el esquema de indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario.

En efecto, en tanto los estándares de cuidado reflejados en los estatutos sociales serían un marco estatutario de discrecionalidad y de predefinición de la responsabilidad, aquellos deben considerar que los administradores deben poseer un amplio margen de acción para acordar y ejecutar un plan empresarial en función de la disponibilidad patrimonial de la sociedad mercantil⁴⁶.

Si los estándares de cuidado observan una aproximación prohibitiva a la discrecionalidad de los administradores, pocas o ninguna persona se animaría a asumir las riendas gerenciales de la compañía, y tendría ramificaciones en la propia credibilidad comercial de la compañía.

También deben compaginarse los estándares de cuidado con un efectivo sistema de rendición de cuentas de los administradores, de suerte que exista un constante monitoreo sobre la gestión societaria que velaría por el cumplimiento de los estándares estatutarios de cuidado y advertiría sobre desviaciones detectadas o potenciales de los mismos.

⁴⁵ Gurrea-Martínez, Ob. Cit. 34, p. 12.

⁴⁶ Richard y Muño, Ob. Cit. 11, p. 232.

Igualmente, por razones de agencia y de maximización de valor, la indulgencia como premisa de partida también deberá rescatarse del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, pero hasta cierto punto: el tratamiento indulgente a eventuales infracciones debe hallarse condicionado a una actuación ética y transparente verificable por parte del administrador societario, como se ha expuesto en la primera sección del presente trabajo.

Así, en una eventual reclamación de responsabilidad intentada por los accionistas en contra de los administradores basados en la violación de un estándar estatutario de cuidado, la carga de la prueba sobre la actuación ética y transparente recaería sobre los administradores para recurrir a la indulgencia como regla de aproximación a su responsabilidad, en caso de que las infracciones al deber de cuidado resulten excusables.

3.3.- Definición estatutaria del alcance del cuidado que el administrador debe observar

Como se adelantó con anterioridad, el modelo propuesto consiste en estándares contemplados en los estatutos de la compañía que definan el alcance del cuidado que el administrador debe observar en el desempeño de su función gerencial, que puntualicen los módulos normativos-conductuales en atención a distintos aspectos institucionales de la compañía específica. Así, la definición estatutaria del deber de cuidado podría considerar como particularidades institucionales, entre otras: el tipo y tamaño de compañía, su rubro comercial, la naturaleza, facultades y atribuciones de la administración de la compañía, la composición accionaria y su proactividad respecto de las decisiones societarias, y las disposiciones de Ley referentes al deber de cuidado.

CONCLUSIONES

Con base en los anteriores planteamientos, destacamos las siguientes conclusiones puntuales:

1. El concepto y tendencias actuales de gobierno corporativo redefine los deberes fiduciarios y su régimen de responsabilidad de la siguiente manera: (i) justificando ambos, deberes fiduciarios y régimen de responsabilidad, en la brecha existente en, y conflictos de intereses derivados de, “la separación de propiedad y control” de las empresas; (ii) la recepción de la influencia de la ética en la gobernanza empresarial como parte de los deberes fiduciarios, y; (iii) la consolidación de la transparencia y auditoría como constantes necesarias y elementos de importancia para que los administradores cumplan sus deberes fiduciarios.

2. El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado se encuentra integrado por tres componentes fundamentales: la indulgencia como regla de aproximación a tal modalidad de responsabilidad; estándares normativo-conductuales de cuidado; y la llamada “*business judgment rule*” o “regla de la discrecionalidad”.
3. El tratamiento de indulgencia dispensado a posibles infracciones al deber de cuidado que comprometen la responsabilidad de los administradores obedece a la necesidad de maximizar el valor de la compañía, lo cual permite observar el régimen de responsabilidad, en vez de como un sistema sancionatorio a tales infracciones, como un incentivo normativo a los administradores societarios para que estos ponderen y asuman niveles razonables de riesgos en función de una aspiración de lucro eventual, realizable e ilimitado como parte del concepto de empresa.
4. El ordenamiento jurídico-societario estandariza el deber de cuidado por medio de las nociones abstractas de diligencia del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” como un modelo de responsabilidad que parte de la adaptación institucional de las reglas de la responsabilidad extracontractual a la esfera corporativa, aunque tales nociones en la actualidad permanecen abstractas e indeterminadas.
5. La “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad”, en cuanto regla que se destina a la protección de los juicios de negocios de los administradores societarios, se ha configurado de una forma en la cual limita la revisión judicial de la responsabilidad de los administradores ante denuncias de infracción a sus deberes fiduciarios e invalida la puntualización que pudiere formular el juez de los estándares normativos-conductuales de cuidado, garantizando la plena indemnidad de los administradores y el fracaso *ab initio* de una acción social de responsabilidad, incompatible con las actuales tendencias de gobierno corporativo.
6. Los estándares de cuidado consisten en un modelo alternativo a los estándares normativos-conductuales encaminados a su objetivación estatutaria a los efectos de definir el alcance de la diligencia y cautela que los administradores deben observar en el desempeño de sus funciones ejecutivas y a facilitar la vigencia de un efectivo régimen de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.
7. El modelo estatutario de estandarización del deber de cuidado y determinación de la responsabilidad de los administradores por violaciones aprovecha el esquema técnico de estandarización normativa del deber de cuidado y de tal responsabilidad por medio de la recepción de dos de sus premisas fundamentales: la libertad de acción que debe confiarse a los administradores societarios para trazar un

plan de empresa y ejecutar iniciativas económicas, y el tratamiento indulgente a eventuales infracciones al deber de cuidado, dependiendo el provecho que puede tomar de este último de que el administrador tenga éxito en probar que ha actuado de una forma ética y transparente en el desempeño de sus funciones.

8. Los estándares de cuidado son, propiamente, definiciones estatutarias del alcance del deber de cuidado que depende de ciertas particularidades institucionales de las compañías, tales como el tipo y tamaño de compañía, su rubro comercial, la naturaleza, facultades y atribuciones de la administración de la compañía, la composición accionaria y su proactividad respecto de las decisiones societarias, y las disposiciones de Ley referentes al deber de cuidado.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdala, Martín. 2014. La aplicación de la denominada *business judgment rule* en el derecho argentino. *Revista de Derecho* 42 (1): 264-284.
- Calaza López, Sonia. 2005. “La responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sociales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 12 (1): 15-32.
- Carbonell O’Brien, Esteban. 2018. “El deber de diligencia de los administradores societarios. Alcance y consecuencias del incumplimiento. estudio comparativo entre la legislación española y peruana”, *Estudios de Derecho Empresario* 17 (1): 100-107.
- Carsten Gerner-Beuerle, “The duty of care and the business judgment rule: a case study in legal transplants and local narratives”, en *Comparative Corporate Governance*, ed. por Afra Afsharipour and Martin Gelter (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), páginas-páginas 220-241.
- Cebriá, Luis Hernando. 2018. “The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule”, *European Company and Financial Law Journal* 15 (1): 41-68.
- Cheffins, Bryan. 2012. “The History of Corporate Governance”, *European Corporate Governance Institute* 184 (1): 1-32.
- Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas (Nro. 1). Madrid: Comisión Nacional de Valores de España.
- Corporate Laws Committee, ABA Business Law Section. 2020. *Corporate Director’s Guidebook – Seventh Edition* (Nro. 1). Chicago: American Bar Association.
- Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muíño. 2000. *Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gevurtz, Franklin. 1994. “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?” *Southern California Law Review* 67 (287): 287- 337.

- Gurrea-Martínez, Aurelio. 2014. “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español”, *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo*, Working Paper Series.
- Hamadziripi, Friedrich, y Chitimira, Howard, 2021. “A comparative analysis of company directors’ accountability and the statutory duty of care, skill and diligence in South Africa and Zimbabwe”, *Perspectives of Law and Public Administration* 10 (2): 38-49.
- Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana S.p.A.
- Jiménez Marín, Antonio. 2020. “Sociedades. Responsabilidad de los administradores. LEX ARTIS”. *Blog Law & Trends*. Acceso el 29 de septiembre de 2021, <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/sociedades-responsabilidad-de-los-administradores-lex-artis-1.html>.
- Joel Seligman. 2012. *The Transformation of Wall Street: A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*. Washington D.C: Houghton, Mifflin.
- Juan Farina. 1999. *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Editorial Astrea.
- Keay, Andrew and Loughrey, Joan. 2018. “The Concept of Business Judgment”, *University of Leeds Legal Studies* 1 (1): 1-46.
- Laguado Giraldo, Darío. 2004. “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Universitas* 108 (1): 225-279.
- Ludovica De Stefano, “Contrarre con l’impresa: profili soggettivi ed oggettivi” (tesis de PhD, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2019).
- Manning, Bayless. 1984. “The Business Judgment Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal* 615 (45): 615-627.
- Manuel Olivencia. 1999. *El buen gobierno de las Sociedades*. (Nro. 1). Fundación ÉTNOR.
- Marcelo Villegas, “*El “corporate governance”, los “deberes fiduciarios” de los administradores y el principio de “creación de valor para los accionistas”*. La regla del “juicio de los negocios” (conferencia, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, Argentina, 2001).
- Morel, Víctor. 2021. “La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o *business judgment rule*”. *Blog AbogadosSDQ*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://abogadosdq.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-societarios-frente-a-la-regla-del-buen-juicio-de-los-negocios-o-business-judgement-rule/>.
- Murdock, Charles. 1993. “Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees”, *Washington Law Review* 68 (1): 79-137.
- Noboa Velasco, Paúl. 2020. “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’”. *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>.
- 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.

- Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. “La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (1): 297-321.
- Ramos Herranz, Isabel. 2006. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil* 59 (1): 195-226.
- Silvana Gagliero, “*La responsabilidad de los directores en la Ley de Sociedades*” (conferencia, V Congreso de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Huerta Grande, Córdoba, Argentina, 1992).
- Steinberg, Marc. 1980. “The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Derivative Suits”, *University of Miami Law Review* 1 (2): 1-29.
- 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.
- Tomás Martínez, Gema. 2015. “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil* 2 (1): 57-103.
- Vicenç Ribas Ferrer, “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004).

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.
- **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.
- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.

- **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras 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 prejuizar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.
- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores po-

drán saber quién es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.

- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



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

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

 www.sovedem.com

 [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)

 [@sovedem_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)