



SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Nº **11**
CARACAS, 2023

HOMENAJE AL *Dr. José Muci-Abraham*

COLABORADORES:

Luis Cova Arria
Humberto Romero-Muci
Carlos Eduardo Acedo Sucre
Nayibe Chacón Gómez
Fred Aarons P.
Mario Bariona G.
Pedro Rengel Núñez
Diego Tomás Castagnino
Andrea I. Rondón García
Nasly Ustáriz Forero
Liliana Vaudo Godina
Serviliano Abache Carvajal
Marianela Zubillaga
Tadeo Arrieche Franco
Carol Johana Jiménez López

Julio César Díaz Valdez
Héctor Orlando Rodríguez R.
Deysi Carolina Labrador Oliveros
Edison Lucio Varela Cáceres
Alfredo José Mendoza Méndez
Franco Di Miele
Alexander Ocanto Portillo
Ivonne Antonieta Torrellas Arias
Luis Ernesto Fidhel Gonzales
Rubén Eloy Balzan Almeida
Simón Jesús Fernández Bravo
Jesús Augusto Rojas Hernández
Jesús A. Dávila
Naillet M. Gomez Padilla

© 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° 11 / Diciembre 2023

Publicación de la convocatoria: 16/10/2023

Recepción de artículos: 16/10/2023 al 20/11/2023

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

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

Web site: www.sovedem.com

E-mail: sociadadderechomercantil@gmail.com

Diseño y diagramación: www.megaeditorial.com

E-mail: info@megaeditorial.com

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

Caracas, Venezuela.



Signatory of





SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

XI EDICIÓN

COLABORADORES:

Luis Cova Arria	Julio César Díaz Valdez
Humberto Romero-Muci	Héctor Orlando Rodríguez R.
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Deysi Carolina Labrador Oliveros
Nayibe Chacón Gómez	Edison Lucio Varela Cáceres
Fred Aarons P.	Alfredo José Mendoza Méndez
Mario Bariona G.	Franco Di Miele
Pedro Rengel Núñez	Alexander Ocanto Portillo
Diego Tomás Castagnino	Ivonne Antonieta Torrellas Arias
Andrea I. Rondón García	Luis Ernesto Fidhel Gonzales
Nasly Ustáriz Forero	Rubén Eloy Balzan Almeida
Liliana Vaudo Godina	Simón Jesús Fernández Bravo
Serviliano Abache Carvajal	Jesús Augusto Rojas Hernández
Marianela Zubillaga	Jesús A. Dávila
Tadeo Arrieche Franco	Nailet M. Gomez Padilla
Carol Johana Jiménez López	

Caracas - Venezuela
Diciembre 2023



**SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL**

Presidente Honorario
Alfredo Morles Hernández (†)

Comité Ejecutivo 2022 - 2023

Director General
Mario Bariona G.

Secretaria General
Nayibe Chacón Gómez

Tesorero
Pedro A. Rengel Núñez

Director
Diego Castagnino

Director
Daniel Pérez Pereda

Coordinador Internacional
Carlos Domínguez

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

Director-Editor
Diego Castagnino

Asesor Académico
Kimlen Chang de Negrón

Coordinador
Daniel Pérez Pereda

Editor Gráfico
Juan Marcano

Sumario

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

<i>Semblanza del Dr. José Muci-Abraham</i>	XIII
Nayibe Chacón Gómez	

ARTÍCULOS

<i>Problemas legales del comercio electrónico y los obstáculos para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, con relación a los documentos de transporte utilizados en el comercio internacional</i>	23
Luis Cova Arria	

<i>Reflexión sobre el superávit restringido por inflación en el patrimonio bancario. (Aspectos legales, fiscales y contables de la Resolución No. 329.99 y la Circular No. 04201 de Sudeban)</i>	55
Humberto Romero-Muci	

<i>El levantamiento del velo corporativo en Venezuela para el año 2023</i>	89
Carlos Eduardo Acedo Sucre	

<i>Aspectos digitales del comercio electrónico que requieren su atención jurídica en Venezuela</i>	141
Nayibe Chacón Gómez	

<i>Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada</i>	151
Fred Aarons P.	

<i>El buen gobierno corporativo en las empresas familiares</i>	179
Mario Bariona G.	

<i>Intereses y usura: a 43 años de la sentencia de Rene de Sola de 1981</i>	191
Pedro Rengel Núñez	
<i>Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance</i>	217
Diego Tomás Castagnino	
<i>Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»</i>	247
Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero	
<i>Regulaciones de cumplimiento corporativo en el sector asegurador venezolano</i>	267
Liliana Vaudo Godina	
<i>Las operaciones económicas de las empresas de seguros (y la no sujeción de sus arrendamientos inmobiliarios en el IVA)</i>	287
Serviliano Abache Carvajal	
<i>La recopilación de datos personales por las tecnológicas y los reclamos por eventuales daños a los usuarios: La sentencia dictada por la Corte Suprema de Reino Unido, en el caso Lloyd vs Google LLC [2021]</i>	325
Marianela Zubillaga	
<i>Parámetros de los medios de defensa de los accionistas</i>	347
Tadeo Arrieche Franco y Carol Johana Jiménez López	
<i>La Mala Praxis de la Actividad Administrativa Tributaria y el Principio de Seguridad Jurídica como expresión del Derecho</i>	375
Julio César Díaz Valdez	
<i>La neobanca en Venezuela: aspectos de regulación</i>	397
Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez	

<i>Elementos esenciales para la constitución y protección de la franquicia en Venezuela</i>	425
Deysi Carolina Labrador Oliveros	
<i>Luis Sanojo y su impronta en el Derecho Mercantil</i>	449
Edison Lucio Varela Cáceres	
<i>Consideraciones acerca de la adopción de formas mercantiles para ejecución de actos de naturaleza no mercantil</i>	469
Alfredo José Mendoza Méndez	
<i>Apuntes sobre la desaparición de la causa en la reforma del Code Civil</i>	491
Franco Di Miele	
<i>Responsabilidad de los administradores de compañías anónimas: Consideraciones al estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano</i>	519
Alexander Ocanto Portillo	
<i>El convenio de sindicación de acciones en la sociedad anónima venezolana</i>	543
Ivonne Antonieta Torrellas Arias	
<i>Regulación de valores en el mercado de capitales venezolano</i>	581
Luis Ernesto Fidhel Gonzales	
<i>Gobierno Corporativo aplicado a las PYMES en Venezuela</i>	617
Rubén Eloy Balzan Almeida	
<i>Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela</i>	641
Simón Jesús Fernández Bravo	
<i>Límites al arbitraje estatutario</i>	667
Jesús Augusto Rojas Hernández	

El levantamiento del velo corporativo: Sentencia Nro. 509 del 2022, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia 691

Jesús A. Dávila y Naillet M. Gomez Padilla

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES DCCV

Presentación y agradecimientos

Nos complace presentar la Décima Primera Edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, en esta oportunidad, en homenaje al Dr. José Muci-Abraham, a quien además se le dedicó la VI Jornada de SOVEDEM en su IV Edición internacional y virtual que se realizó los días 5 y 6 de diciembre de 2023.

Le correspondió a la Dra. Nayibe Chacón Gómez la labor de redactar la semblanza de nuestro homenajeado, el Dr. José Muci-Abraham. Agradecemos profundamente al Profesor José Antonio Muci Borjas, quien recibió con regocijo, en nombre de su papá y en el propio, la decisión del Comité Ejecutivo de SOVEDEM de rendir este merecido tributo.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la Sovedem (www.sovedem.com), el dieciséis (16) de octubre de 2023, 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 veinte (20) de noviembre de 2023. 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 29 trabajos, que fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego. De los cuales, 26 fueron aprobados y 3 rechazados. Queremos agradecer a los 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. Luis Cova Arria: “Problemas legales del comercio electrónico y los obstáculos para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, con relación a los documentos de transporte utilizados en el comercio internacional”.
2. Humberto Romero-Muci: “Reflexión sobre el superávit restringido por inflación en el patrimonio bancario. (Aspectos legales, fiscales y contables de la Resolución No. 329.99 y la Circular No. 04201 de Sudeban)”.
3. Carlos Eduardo Acedo Sucre: “El levantamiento del velo corporativo en Venezuela para el año 2023”.
4. Nayibe Chacón Gómez: “Aspectos digitales del comercio electrónico que requieren su atención jurídica en Venezuela”.

5. Fred Aarons P.: “Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada”.
6. Mario Bariona G.: “El buen gobierno corporativo en las empresas familiares”.
7. Pedro Rengel Núñez: “Intereses y usura: a 43 años de la sentencia de Rene de Sola de 1981”.
8. Diego Thomás Castagnino: “Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance”.
9. Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero: “Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»”.
10. Liliana Vaudo Godina: “Regulaciones de cumplimiento corporativo en el sector asegurador venezolano”.
11. Serviliano Abache Carvajal: “Las operaciones económicas de las empresas de seguros (y la no sujeción de sus arrendamientos inmobiliarios en el IVA)”.
12. Marianela Zubillaga: “La recopilación de datos personales por las tecnológicas y los reclamos por eventuales daños a los usuarios: La sentencia dictada por la Corte Suprema de Reino Unido, en el caso Lloyd vs Google LLC [2021]”.
13. Tadeo Arrieche Franco y Carol Johana Jiménez López: “Parámetros de los medios de defensa de los accionistas”.
14. Julio César Díaz Valdez: “La Mala Praxis de la Actividad Administrativa Tributaria y el Principio de Seguridad Jurídica como expresión del Derecho”.
15. Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez: “La neobanca en Venezuela: aspectos de regulación”.
16. Deysi Carolina Labrador Oliveros: “Elementos esenciales para la constitución y protección de la franquicia en Venezuela”.
17. Edison Lucio Varela Cáceres: “Luis Sanojo y su impronta en el Derecho Mercantil”.
18. Alfredo José Mendoza Méndez: “Consideraciones acerca de la adopción de formas mercantiles para ejecución de actos de naturaleza no mercantil”.
19. Franco Di Miele: “Apuntes sobre la desaparición de la causa en la reforma del Code Civil”.
20. Alexander Ocanto Portillo: “Responsabilidad de los administradores de compañías anónimas: Consideraciones al estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano”.

21. Ivonne Antonieta Torrellas Arias: “El convenio de sindicación de acciones en la sociedad anónima venezolana”.
22. Luis Ernesto Fidhel Gonzales: “Regulación de valores en el mercado de capitales venezolano”.
23. Rubén Eloy Balzan Almeida: “Gobierno Corporativo aplicado a las PYMES en Venezuela”.
24. Simón Jesús Fernández Bravo: “Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela”.
25. Jesús Augusto Rojas Hernández: “Límites al arbitraje estatutario”.
26. Jesús A. Dávila y Naillet M. Gomez Padilla: “El levantamiento del velo corporativo: Sentencia Nro. 509 del 2022, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia”.

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

Queremos agradecer a nuestro Miembro Incorporado, abogado Juan Marcano, y al equipo de MEGA Editorial quienes amablemente nos apoyaron con la diagramación de la presente edición.

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

Caracas, diciembre de 2023

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Dra. Nayibe Chacón
Secretaria General

Prof. Diego Castagnino
Director-Editor

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang
Asesor Académico

Semblanza del Dr. José Muci-Abraham

Nayibe Chacón Gómez*

Redactar una semblanza con motivo de un homenaje a una persona, involucra un conocimiento de la vida y obra del homenajeado, y se busca plasmar no solo datos cronológicos sino también la admiración que se tiene a esa persona, a su labor y a su legado. En esta oportunidad no se trata de una semblanza típica, puesto que el Dr. José Muci-Abraham ha sido merecedor de numerosos homenajes en los que se describen sus logros académicos y profesionales.¹

Se destaca el Discurso del Académico Allan R. Brewer-Carías con motivo de la presentación del “*Liber Amicorum*, en homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham”² en la cual el autor ha tenido a bien emplear un cálido lenguaje propio de amigos de muchos años, que le permite narrar con detalle datos de la vida estudiantil del Dr. Muci-Abraham en su paso por las aulas de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en donde en 1950 fue Asistente del recién creado Instituto de Derecho Privado, para luego en 1951 graduarse con mención *Summa Cum Laude* y tesis sobresaliente.

El Dr. Brewer-Carías en esa presentación a la obra homenaje, destaca las características del Dr. Muci-Abraham, como un “hombre íntegro, honrado, recto y trabajador del derecho, de la buena escuela. Particularmente, esa característica tan poco común en nuestro medio de hombre dedicado al trabajo creador, infatigable sin descanso, junto con las otras, lo han acompañado durante su vida.”³

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

¹ Se pueden mencionar para su consulta el «Discurso de Contestación al acto de incorporación como Individuo de Número del Dr. José Muci Abraham, por el Dr. Gonzalo Parra Aranguren» publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, vol. 32, n° 46 (1971): 115-123; y también la «Semblanza del Dr. José Muci-Abraham» V *Jornadas Anibal Dominici. Títulos valores, contratos mercantiles: Homenaje al Dr. José Muci-Abraham*. (2014): 16-20 preparadas por el Dr. José Getulio Salaverría Lander.

² Allan R. Brewer-Carías. «Discurso del Académico Allan R. Brewer-Carías con motivo de la presentación de la obra *Liber Amicorum*, en homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci Abraham». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol., 71, n° 129 (1994): 81-92. http://acienpol.abcdonline.info/bases/biblio/texto/boletin/1994/BolACPS_1994_71_129_81-92.pdf

³ *Ibidem*, 84.

El Liber Amicorum al Dr. Muci-Abraham también cuenta con palabras del Dr. Gonzalo Parra Aranguren,⁴ en las que se deja evidencia del carácter del Dr. Muci-Abraham como Contralor General de la República en 1974, cargo que ejerció por dos años, al renunciar tras convencerse de la “inutilidad de sus esfuerzos para superar los infinitos obstáculos que le opuso una sociedad política pervertida, muchos de cuyos dirigentes utilizan en los días actuales la máscara de la honestidad para actuar como ardorosos defensores de la moral ciudadana.”⁵

Ha sido el propio Dr. José Muci-Abraham quien refiere las vicisitudes de su paso por la Contraloría General de la República al expresar en las intervenciones ante la Comisión de Contraloría de la Cámara de Diputados y ante la Comisión Delegada del Congreso de la República,⁶ en febrero de 1976 que

La función pública en general, y mucho más la ingrata labor de controlar el correcto manejo de los fondos públicos, entraña sin duda grandes sacrificios, y quien juró servir a su cargo con honestidad y sin más miras que el fiel respeto de la Constitución y de las leyes, está consciente de esos sacrificios aun a riesgo de comprobar esa indefensión, que hoy se manifiesta en el impedimento en que se halla, por el decoro y dignidad del cargo que sirve, para dar respuesta a imputaciones de que en su conducta de funcionario estaría guiado por móviles inconfesables.

Comprende también a cabalidad y ha comprendido siempre, que el recto ejercicio de la función fiscalizadora, tal cual su sana y patriótica razón se lo dicta, es capaz de herir intereses que en un momento dado pudieren resultar afectados. Es el alto precio que hay que pagar por toda irrestricta dedicación a la actividad fiscalizadora, sin dobleces, cortapisas, torceduras, inhibiciones, ni limitaciones.⁷

El Dr. José Muci-Abraham ha tenido una esmerada dedicación a la docencia, la investigación y las actividades de la administración universitaria en la Universidad Central de Venezuela como él mismo lo ha expresado en *¿Cómo llegué hasta aquí?*,⁸ siendo Director y posteriormente Decano de la Facultad de Derecho de su Alma Mater, siguió los pasos de su amigo el Dr. Oscar Palacios Herrera, procurando el cumplimiento de todos los programas de estudios y la ampliación de los servicios docentes, al tiempo de iniciar la publicación de la Revista de la Facultad de Derecho; y reconociendo además que

⁴ Gonzalo Parra Aranguren. «Palabras del Dr. Gonzalo Parra A. en la presentación de la obra Liber Amicorum en homenaje al Prof. José Muci Abraham». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 71, n° 129 (1994): 93-96. http://acienpol.abcdonline.info/bases/biblio/texto/boletin/1994/BolACPS_1994_71_129_93-96.pdf

⁵ *Ibidem*, 94.

⁶ José Muci-Abraham. «Dos intervenciones. El Contralor ante el Congreso de la República». *Separata de la Revista Control Fiscal*, n° 80 (1976): 209-243. <http://acienpol.abcdonline.info/bases/biblio/texto/coleccion-digital/076/076.pdf>

⁷ *Ibidem*, 216.

⁸ José Muci-Abraham. «¿Cómo llegué hasta aquí?» *V Jornadas Anibal Dominici. Títulos valores, contratos mercantiles: Homenaje al Dr. José Muci-Abraham*. (2014): 21-27. <http://acienpol.abcdonline.info/bases/biblio/texto/Muci-Abraham/L-3820-SEPARATA.pdf>

El logro más importante de este período fue la iniciativa de solicitar a todos los Profesores, cuando menos, un Manual comprensivo de sus Lecciones, de sus respectivas Cátedras. Así despegaron con fuerza las publicaciones, por venezolanos, en todas las ramas del Derecho. El aluvión de todas las publicaciones jurídicas aparecidas durante los últimos 40 años tuvo su génesis en esta iniciativa mía.⁹

La importancia de las publicaciones jurídicas y particularmente en la disciplina de los títulos valores, también la expresa el Dr. Muci-Abraham en la presentación del libro *El Cheque: enfoque de algunos aspectos fundamentales*,¹⁰ de la autoría del Dr. Leoncio Landáez Otazo, al referirse a la necesidad de “otras iniciativas esclarecedoras de los problemas que genera un título valor que sirve de asiento y soporte a la economía del mundo en que vivimos.”¹¹ Siendo la propia obra del Dr. José Muci-Abraham, *Estudios de Derecho Cambiario*,¹² una detallada y explicativa publicación acerca del estatuto cambiario, y en la atención a los antecedentes del tópico refiere reflexiones introductorias impercederas, que pueden ser aplicadas a todo el ordenamiento jurídico:

Para que un sistema de derecho pueda regular adecuadamente las exigencias de la vida real que indujeron a su formulación, y que justificaron luego su dictado e imposición coactiva, es menester descubrir el exacto sentido de todos y cada uno de los dispositivos que lo componen. Sólo cuando a esos dispositivos se les atribuya, en la práctica, la significación precisa que el legislador tuvo en mente al concebirlos, será factible plasmar las ideas que presidieron su estructuración, y calibrar sus posibles bondades y eventuales imperfecciones.¹³

En la presentación de esa significativa obra del Dr. Muci-Abraham, se encuentran las palabras de su amigo Dr. Alfredo Morles Hernández,¹⁴ quien revela como el privilegio de trabajar al lado del “modesto profesor” en funciones de Decano de la antigua Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y la Dirección de los Cursos de Doctorado en esa Facultad, le dio licencia para aseverar

las cualidades extraordinarias que Muci tiene como docente y como investigador, pero también para dar testimonio de su calidad humana y de sus profundas convicciones que lo llevan a creer en el Derecho como fundamento real de vida social. Si su actividad académica es destacada, no es menos valiosa la lección de su vida, existiendo una perfecta armonía entre hombre y circunstancia.¹⁵

⁹ Ibidem, 26.

¹⁰ Leoncio Landáez Otazo. *El Cheque: enfoque de algunos aspectos fundamentales*. Carabobo: Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comparado, Universidad de Carabobo. 1979.

¹¹ Ídem.

¹² José Muci-Abraham. *Estudios de derecho cambiario*, Caracas: Ediciones Schnell, 1984.

¹³ Ibidem, 15.

¹⁴ Alfredo Morles Hernández. «Presentación», *Estudios de derecho cambiario*, José Muci-Abraham. Caracas: Ediciones Schnell, 1984.

¹⁵ Ibidem, 5.

Para la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil es un honor rendir homenaje a la elevada carrera académica y profesional del Dr. José Muci-Abraham, nacido en “Valencia, no en la de España, sino en la de Venezuela, el 7 de octubre de 1928,” quien ha procurado una vida profesional y en el núcleo familiar, al lado de su “indestructible patrimonio,” su “virtuosa y abnegada esposa María Dolores Borjas,” sus queridos hijos José Gonzalo, José Antonio e Isabela Muci Borjas, y sus nietos.¹⁶

Me permito dar un especial agradecimiento al Profesor José Antonio Muci Borjas quien ha recibido con regocijo, en nombre de su papá y en el propio la decisión del Comité Ejecutivo de SOVEDEM de publicar el número 11° de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como la VI Jornada anual bajo el título: “Tecnología, actividad comercial y su regulación” en homenaje a la labor académica y profesional del Dr. José Muci-Abraham, cuya tesón en el estudio, enseñanza y divulgación del Derecho han sido una inspiración para el establecimiento de los objetivos de esta sociedad académica que se centran en la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil.

Caracas, 17 de noviembre de 2023

Nayibe Chacón Gómez
Secretaria General de SOVEDEM

¹⁶ José Muci-Abraham. «¿Cómo llegué hasta...», 27.

ARTÍCULOS

*Problemas legales del comercio electrónico y los obstáculos para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, con relación a los documentos de transporte utilizados en el comercio internacional**

Luis Cova Arria**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 23-54

Resumen: El comercio electrónico constituye una nueva forma de efectuar una de las actividades más antiguas de la humanidad: el comercio; el intercambio de bienes o servicios. La electrónica y sus instrumentos, vienen cada día sustituyendo de una manera más generalizada a la voz y al papel, clásicos medios de apoyo para la emisión y recepción de voluntades negóciasles y sus secuelas jurídicas y empresariales.

Palabras claves: Comercio electrónico, transporte internacional de mercaderías, CNUDMI.

Legal problems of electronic commerce and obstacles to the implementation of the UNCITRAL Model Law on electronic commerce, in relation to transport documents used in international trade

Abstract: *Electronic Commerce is a new way of carrying out one of the oldest activities of Humanity: commerce; the exchange of goods or services. Electronics and their instruments are increasingly replacing voice and paper; classic means of support for the issuance and reception of business wills and their legal and business consequences.*

Keywords: *E-commerce, international transport of goods, UNCITRAL.*

Recibido: 26/10/2023

Aprobado: 26/10/2023

* Conferencia dictada virtualmente el jueves 26 de octubre de 2023, en la Jornada “La digitalización del comercio internacional: especial referencia a la legislación vigente venezolana”, organizado por UNCITRAL, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

** Abogado, magna cum laude (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). *Master en Comparative Jurisprudence* (New York University). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y ex presidente de la misma, Miembro Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España, ex Consejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro Ejecutivo de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC).

*Problemas legales del comercio electrónico y los obstáculos para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, con relación a los documentos de transporte utilizados en el comercio internacional**

Luis Cova Arria**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 23-54

SUMARIO:

1. Consideraciones Generales. 2. Problemas legales del negocio electrónico. 3. Los Documentos de Transporte usados en el comercio internacional y el Comercio Electrónico. 4. Obstáculos legales para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con relación a los documentos de transporte usados en el comercio internacional. 5. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam) y el Comercio Electrónico. 6. La convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Consideraciones Generales

El Comercio Electrónico hoy en día no es ya nada nuevo. El intercambio electrónico de los EDI (*Electronic Data Interchange*) existe ya desde hace varios años y tuvo mayor auge con la aparición del World-Wide Web (www) lo que popularizó Internet y con ello la posibilidad de anunciar y vender a través de la red y permitir las transacciones comerciales a empresas que antes no se lo planteaban.

* Conferencia dictada virtualmente el jueves 26 de octubre de 2023, en la Jornada “La digitalización del comercio internacional: especial referencia a la legislación vigente venezolana”, organizado por UNCITRAL, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

** Abogado, magna cum laude (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). *Master en Comparative Jurisprudence* (New York University). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y ex presidente de la misma, Miembro Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España, ex Consejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro Ejecutivo de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC).

El Comercio Electrónico constituye una nueva forma de efectuar una de las actividades más antiguas de la Humanidad: el comercio; el intercambio de bienes o servicios. La electrónica y sus instrumentos, vienen cada día sustituyendo de una manera más generalizada a la voz y al papel, clásicos medios de apoyo para la emisión y recepción de voluntades negociales y sus secuelas jurídicas y empresariales.

Con la difusión del Comercio Electrónico se produce una apreciable modificación de las formas materiales que gobiernan la práctica del comercio, así como las manifestaciones jurídicas más relevantes del mismo. Lo que antes constituía una contratación oral o escrita que se llevaba a cabo entre las partes presentes o sus representantes deja de ser así para cambiar totalmente.

En un negocio electrónico no existen formas ni orales ni escritas. Además de que, en la contratación comercial electrónica, en la generalidad de los casos, se produce siempre entre sujetos ausentes, es decir, distante el uno del otro a nivel geográfico. Sin embargo, la popularización de este modo de contratación electrónica ha llevado a efectuarse de manera más frecuente e incluso entre las partes que se encuentran en un mismo domicilio o lugar geográfico.

Debido al Comercio Electrónico, en la contratación mercantil se han generados grandes cambios de importante trascendencia, y más a nivel jurídico. Lo que a su vez, ha traído como consecuencias una serie de problemas, que, hasta ahora eran inexistentes o inimaginables para muchos, como los inconvenientes para la adaptación a una nueva forma de contratación, diferente a la que se lleva a cabo en países como el nuestro, que signifique el desprendimiento del apego al papel y al soporte material y tangible en nuestras contrataciones, pero a su vez, encontrando en contraposición las múltiples ventajas que ello produciría en nuestro sistema como por ejemplo la celeridad y economía.

Unidas estas ventajas del uso del internet, la aplicación en los negocios de las innumerables herramientas de la inteligencia artificial (IA), en una forma más extendida de lo que la mayoría de las personas cree, desde marketing hasta operaciones logísticas y servicio al cliente, hace más generalizado el uso del comercio electrónico.

De allí que, a pesar de los problemas y riesgos que se toman a diario, el uso del Comercio Electrónico se incrementa día a día y por esto la necesidad de un esfuerzo conjunto a fin de establecer una disciplina uniforme para esta nueva modalidad del Comercio y así darle una mayor seguridad jurídica a quienes utilizan este novedoso sistema de contratación.

A pesar de que la uniformidad de esta disciplina se logra en gran parte con herramientas técnicas, el derecho también juega un papel muy importante al tener que concebir e implantar un sistema equivalente que abarque la posición jurídica de todos aquellos que interactúan a través de medios electrónicos

En esta disertación, señalaremos las dificultades legales del negocio electrónico en nuestros países, con una especial referencia al transporte de mercancías y el uso de las cartas de portes y conocimientos de embarque, exponiendo algunas de las soluciones que han sido propuestas en muchos de nuestros países, como aquellas que han ofrecido los organismos internacionales encargados de la unificación en esta materia.¹

2. Problemas legales del negocio electrónico

A pesar de que el comercio electrónico en el mundo, se encuentra en pleno apogeo, al principio sólo muy pocas legislaciones lo habían regulado, hasta que los Organismos Internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), despertaron la preocupación y la importancia por su regulación, proponiendo a los países los modelos legislativos para incorporarlos a sus legislaciones, buscando la uniformidad en el tema. Dos ejemplos de ello, los encontramos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas de 2001².

Debido a lo anterior, es que en algunos de nuestros países se han adoptado leyes que tienen como finalidad el regular el comercio electrónico y entre estos países encontramos: Argentina: Ley de Firma Digital (2001); Colombia: Ley de Comercio Electrónico y Firmas Digitales (1999); Costa Rica: Ley de Certificados, Firmas digitales y Documentos electrónicos (2006); Chile: Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Participación (2003); Ecuador: Ley de Comercio Electrónico y Firma Digital (2002); España: Ley 59/2003 de Firma Electrónica (2003); México: Ley de Comercio Electrónico y Firma; Panamá: Ley 43 sobre Comercio Electrónico y Firmas Digitales (2001); Perú: Ley de Firmas y Certificados Digitales (2000) y Puerto Rico: Ley 188 sobre Firmas Digitales (1998).

En Venezuela, se promulgó en el año 2001, el Decreto Ley N° 1.181 del 17 de enero de 2001, sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas³. Con ocasión de la promulgación de ese Decreto-Ley, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, bajo la presidencia del Profesor José Melich Orsini, organizó en el año 2001, un seminario,

¹ Véase el trabajo del abogado José Vicente Urdaneta Benítez titulada “*Los Mensajes de Datos y la Firma Electrónica. (seguridad jurídica que ofrecen y valor probatorio)*”, publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mayo de 2010.

² Sobre los trabajos de la CNUDMI puede verse: COVA A. Luis, *Las Leyes modelo de la NUDMI (UICTRAL) sobre comercio electrónico y firmas electrónicas. Aspectos Jurídicos. Labor Futura*, en “*La regulación del Comercio electrónico en Venezuela*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas, 2001. También pueden consultarse los trabajos de la CNUDMI en www.un.org.

³ Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001).

en la cual participaron los profesores Alfredo Morles Hernández, James O. Rodner, María de Lourdes Viso, Juan M. Raffalli y quien les dirige estas palabras. Dichos trabajos están recogidos la publicación Serie Eventos No. 16 de dicha Academia.⁴

Ahora bien, en aquellos países donde la contratación electrónica no tiene ningún tipo de regulación, comienzan a surgir distintos tipos de dudas, como: ¿cuál es el momento en que nace el vínculo jurídico entre las partes? Además, se hacen interrogantes acerca de la necesidad de un documento escrito, el valor de la transmisión de datos por vía electrónica, la autenticidad de una firma producida por medios electrónicos, entre otros. Estas mismas preguntas son las que, por medio de la normativa aprobada y la propuesta por la CNUDMI, se tratan de responder regulándolas y buscando su uniformidad.

Hay que destacar, que el comercio electrónico no es una nueva fuente de obligaciones, sino una nueva forma de manifestar esa voluntad que la genera. En efecto, la naturaleza vinculante de las relaciones en una operación de comercio electrónico nace con base en la figura subyacente que forma parte de la relación.⁵

El Comercio Electrónico se conforma por actos o negocios jurídicos tanto de naturaleza unilateral o bilateral, los cuales corresponden, en su gran mayoría, a contratos enmarcados, en la mayoría de los países, en el Derecho Civil.⁶

Ahora, un ejemplo sencillo, una compraventa electrónica: el comprador hace su pedido a través de su teléfono celular o, de su computadora, y éste llega al medio electrónico del vendedor, quien analiza el pedido y envía su aceptación. Ahora bien, surgen las siguientes interrogantes, ¿cuál es el momento del nacimiento de las obligaciones en este caso? ¿En qué momento se produce el consentimiento?

El tema del momento en que se produce el consentimiento, que a su vez produce el perfeccionamiento de los contratos por vía electrónica ha sido un tema muy debatido en la doctrina. Debido a que, en todos nuestros países, el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia de todo contrato.⁷

⁴ Véase los trabajos del Seminario “*La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*” celebrado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el año 2001, publicados en su Serie Eventos No. 16, Caracas 2001.

⁵ Rodner, James O., *El Negocio Electrónico en Venezuela*, “*La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*.” Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 16, páginas 19 y siguientes, Caracas 2001.

⁶ Véase al respecto la monografía de María de Lourdes Viso Aguilar, “*La Formación del Contrato Electrónico: Un Nuevo Impulso a la Unificación del Derecho*”. Colección Nuevos Autores, Tribunal Supremo de Justicia, N° 7, Caracas, 2004.

⁷ Artículo 1141 Código Civil de Venezuela, Artículo 1140 Código Civil de la República Argentina.

Siempre han existido distintas teorías sobre la forma en que se deben relacionar ambas manifestaciones de voluntad, las cuales se pueden resumir en la Teoría de la Coexistencia de Voluntades y la de Concurrencia de Voluntades.⁸

Esta diferenciación no presenta mayores dificultades en los contratos en los que el consentimiento se forma de manera simultánea, es decir, los contratos entre presentes, pero lo complicado comienza cuando los contratos son celebrados entre ausentes, siendo hoy en día, la teoría predominante, la de que los contratos celebrados por vía electrónica deben ser considerados como contratos entre ausentes.

La discusión doctrinaria se centra en dos ideas principales, que son: en primer lugar, la distancia geográfica que separa a las partes, y en segundo lugar, la rapidez de las telecomunicaciones que permiten a las partes intercambiar mensajes de datos en forma casi simultánea, dependiendo de los casos y que es característica principal de los contratos entre presentes.⁹

En razón de lo anterior, el Tribunal Supremo Español, ha emitido en 1996, una decisión que se inclina por la formación del consentimiento en forma diferida en el tiempo, cuya discusión no presenta mayores dudas en el caso de la contratación realizada por correo electrónico, ya que en este caso, existe una distancia geográfica y la separación en el tiempo de manifestación de ambas voluntades, pero si se plantean problemas en el caso del uso de servicios electrónicos interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información.

En Venezuela, el artículo 11 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁰, establece el momento en que se recibe el mensaje de datos, salvo si las partes han pactado lo contrario, en dos formas distintas: *El primero*, es cuando el destinatario ha designado un sistema de información para tales efectos, el mensaje se reputará como recibido cuando ingrese a dicho sistema, y *en segundo lugar*, cuando el destinatario no lo ha designado, el mensaje se tomará como recibido cuando ingrese a un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario, salvo prueba en contrario.

En el caso de obligaciones y contratos mercantiles en Venezuela, si se toma en cuenta, además de esta Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo dispuesto en el artículo 111 del Código de Comercio venezolano, que otorga un plazo de 24 horas para aceptar o rechazar una oferta realizada por escrito entre las partes que residen en una misma plaza, y otro lapso mayor para cuando residan en distintas plazas, entonces

⁸ Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 2da. edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, páginas 127 a 130.

⁹ Rafael Illescas Ortiz., "Derecho de la Contratación Electrónica". Civitas Madrid, 2000, página 252.

¹⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

partiendo de la premisa de que un mensaje de datos es el equivalente funcional del término del contrato escrito de acuerdo a lo dispuesto en la mencionada Ley de Firmas venezolana, al menos a lo que, en materia mercantil respecta, el perfeccionamiento se produce de manera sucesiva.

Ahora, refiriéndonos a la necesidad de un documento escrito, el tema es sencillo; ya que, si el derecho interno requiere para determinadas operaciones un documento escrito, el negocio jurídico electrónico sólo será válido si el derecho de ese país ha reconocido el *principio de la equivalencia funcional* en su ordenamiento jurídico, es decir, si ese país ha reconocido el instrumento jurídico electrónico como sinónimo de documento escrito, otorgándole a éste la misma eficacia jurídica. Mientras que, para el caso de los negocios jurídicos en los que no se requiera un documento escrito, el problema de la validez del negocio jurídico electrónico se resuelve con la prueba de la transmisión electrónica y el efecto vinculante de la firma electrónica, problemas para los cuales la CNUDMI ha propuesto las leyes modelo aportando soluciones específicas ante estos casos.

Con respecto al valor de la transmisión de datos por vía electrónica, la única manera de otorgarle pleno valor jurídico es que se reconozca en el derecho interno y para ello, la legislación que desee hacerlo deberá tomar en cuenta el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el cual dispone que: “*no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”.

En Venezuela, una vez aprobado el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, podemos afirmar que la transmisión electrónica es una forma de asentar el contenido de un negocio determinado y la misma se puede probar y hacer valer en juicio, lo cual no evidencia más que la *equivalencia funcional* que antes se mencionaba.

Con relación a la autenticidad de una firma producida con medios electrónicos, hay que apuntar, en primer lugar, que hoy en día, la firma se concibe de manera totalmente distinta a como tradicionalmente se venía concibiendo en nuestros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es imprescindible que un negocio jurídico electrónico, al igual que aquel que no sea electrónico, esté firmado, o dicho de una manera más amplia, debe ser otorgado por las partes que se obligan con el mismo. La firma electrónica u otorgamiento electrónico de un documento es un acto mediante el cual la persona manifiesta su voluntad de estar obligada respecto al contenido del acto que está celebrando.¹¹

¹¹ Rodner, James O., ob. Cit. Pág. 70.

Tanto la Ley venezolana como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, regulan las firmas electrónicas. La Ley venezolana, no sólo define la firma electrónica y establece su validez, sino que además prevé el servicio de proveedores de certificación de firmas y disposiciones relativas a los certificados electrónicos, siendo el certificado electrónico una certificación que para algunos casos será del mensaje y para otros será de la firma.

La Ley Venezolana, define la firma electrónica en dos oportunidades. En primer lugar, establece en su artículo 2, que la firma electrónica es la información creada o utilizada por el signatario asociada al mensaje de datos que permite atribuir su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado, y luego, en segundo lugar, en el artículo 16 de la misma Ley se afirma que la firma electrónica tiene que vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuirle la autoría a este, y sólo así tendrá validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.

En una sentencia, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, se decidió sobre el valor probatorio que se le otorga a un e-mail, señalándose que los certificados electrónicos emitidos por cualquiera de los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica (PSC), constituyen plena prueba, en el entendido que la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, confiere a los Mensajes de Datos (Documentos Electrónicos) y a la Firma Electrónica el mismo valor legal y eficacia probatoria que a la firma autógrafa. Señala dicha sentencia que los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica (PSC), son los encargados de emitir certificados electrónicos con validez en la Cadena de Confianza Nacional, y en consecuencia los únicos legitimados de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, para ofrecer ambos servicios de certificación electrónica, tanto a los usuarios del sector público como a los del sector privado.

Agrega la sentencia que la certificación electrónica aporta beneficios a la comunidad en general, en el ámbito de la identidad digital, fomentando la rápida y segura incorporación de las nuevas tecnologías en las actividades de empresas, ciudadanos y administración pública; debido a que el certificado electrónico (documento electrónico emitido por Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica), vincula a un signatario con su identificación electrónica única (clave pública) y con su firma electrónica, entendida como el conjunto de datos matemáticos que vincula de manera unívoca un documento al signatario garantizando su integridad y autenticidad.

Dicho certificado de firma electrónica debe ser emitido por un proveedor acreditado por el Estado venezolano a través de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE). Sigue indicando dicha sentencia que, de igual manera, hay que tener en cuenta que la firma electrónica no debe confundirse con la simple firma escaneada o digitalizada, ya que la primera, según la Ley, es la información crea-

da o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado, es un par de claves asociadas; mientras que la segunda, no es más que una foto digital de una firma autógrafa, sin ningún tipo de clave, datos encriptadas ni seguridad.¹²

En conexión con esta jurisprudencia, ya existen empresas venezolanas, dedicadas a gestionar notificaciones contractuales por correo electrónico, con validez probatoria basándose en dos elementos principales: Primero, la soberana voluntad de las partes, expresada legalmente por escrito en un contrato, en el sentido de que sea un tercero de confianza quien se encargue de gestionar sus notificaciones y dar fe de los resultados de las mismas. Y, segundo, que tanto el correo que se envía al destinatario como el comprobante de envío de dicho correo, están firmados electrónicamente por ese tercero de confianza mediante la inserción de un certificado de firma electrónica de sus representantes legales emitido válidamente por proveedores de servicios de certificación autorizados por el Estado venezolano.

A través de este servicio, las partes en los contratos pueden enviar y recibir notificaciones y comunicaciones vía correo electrónico, de las cuales les quedan en su poder comprobantes certificados con fecha y hora de envío, que luego pueden ser utilizados válidamente en juicio.

Una vez llevado a juicio el comprobante en su versión electrónica e impresa, resultan indiscutibles entre las partes tanto autoría como el contenido, la fecha y la hora de la notificación.

La firma electrónica, no debe confundirse con la simple firma escaneada o digitalizada, ya que no son lo mismo. Firma electrónica es, según la ley, la información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado; mientras que la segunda no es más que una foto digital de una firma autógrafa, sin ningún tipo de clave, datos encriptados ni seguridad. La primera no es un dibujo, forma ni figura, sino un par de claves asociadas.

En virtud que, la venezolana Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (artículos 2 y 9.2) permite que cualquier persona origine un correo electrónico a través de terceros autorizados; y, también permite que ese tercero autorizado, quién a su vez es signatario o titular de una firma electrónica, asocie dicha firma al mensaje de datos, lo cual permite atribuirle autoría.

¹² Sentencia del 26 de marzo de 2010, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Omar Mora.

Esta solución, aparte de ser confiable, práctica, legal y económica, acaba con el calvario que significa tener que notificar a cualquier escurridizo que no quiere o no le interesa ser notificado.

El servicio está basado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pueden libremente escoger la forma cómo quieren ser notificadas en sus relaciones contractuales. Dicha voluntad debe estar previamente formalizada en una cláusula contractual compromisoria cuyo modelo puede descargarse gratuitamente en el portal www.notifica.net.

La validez legal de dicho sistema de notificaciones viene dada por dos elementos principales:

La soberana voluntad de las partes expresada legalmente por escrito en un contrato, en el sentido de que sea un tercero de confianza quien se encargue de gestionar sus notificaciones y dar fe de los resultados de las mismas.

En conclusión, de conformidad con la ley venezolana, para que una firma electrónica tenga eficacia y validez de firma autógrafa tiene que poder vincular a la persona con el mensaje de datos y atribuirle la autoría del mensaje a quien firma.

Por otra parte, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas define a la firma electrónica como *“los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados lógicamente 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 contenida en el mensaje de datos”*¹³.

Posteriormente la Ley Modelo, sin entrar a definir nuevamente la firma, expresa que, cuando la Ley exija una firma, *“ese requisito quedará cumplido en relación con los mensajes de datos si se usa una firma electrónica”*¹⁴.

De manera que, de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI, la firma electrónica tiene que: en primer lugar, identificar al firmante, y, en segundo lugar, indicar que dicho firmante está de acuerdo.

3. Los Documentos de Transporte usados en el comercio internacional y el Comercio Electrónico

En el comercio internacional, tanto para la importación como para la exportación de productos por vía terrestre, marítima, aérea o ferroviaria, es un requisito fundamental el tener los **documentos de transporte internacional**.

¹³ Artículo 2.a, Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas.

¹⁴ Artículo 6.1., Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas.

El documento de transporte más usado en el comercio internacional es el conocimiento de embarque marítimo. Sin embargo, no es el único, existen otros, de acuerdo al modo de medio de transporte que use.

Estos documentos son primordiales para cumplir con las normas aduaneras del comercio de mercancías. Además, constituyen una garantía de que las mismas lleguen en perfecto estado al puerto de destino.

Los más comunes documentos de transporte internacional relativos al transporte son los siguientes:

- **Conocimiento de embarque marítimo, “*Bill of Lading*”**: Este lo emite la empresa que se encarga del traslado de la mercancía, el cual deberá estar firmado por el capitán de la nave. En el “Bill of Lading” están expresadas las razones y condiciones de transporte que las partes pactaron con anterioridad. Este documento es una prueba de que la mercancía fue recibida y cargada correctamente.
- **Documento de Transporte Terrestre, “*Carta de Porte CMR*”**: Esta carta de porte CMR son parte de los documentos de transporte internacional donde se expresan las obligaciones y responsabilidades que las partes deben cumplir en el contrato de transporte terrestre e internacional de mercancías. Aquí el exportador, deberá entregar la información relacionada con la operación comercial, y el transportista deberá llenar el formulario que exige la aduana.
- **Carta de Porte Ferroviario (*CIM*)**: Este tipo de carta acredita el contrato de transporte y se puede utilizar como un título de propiedad de la mercancía. El expedidor o exportador deberá llenar el formulario CIM en el idioma del país de origen y otro formulario en el idioma del país de destino. Las mercancías que estén señaladas en una misma Carta de Porte Ferroviario deberán ser trasladadas en un mismo vagón.
- **Cartas de Porte Aéreo (*Air Way Bill*) o Conocimiento de Embarque Aéreo**: Son documentos de transporte internacional los cuales representan el contrato entre la persona que presta el servicio y el cliente. Estas sirven de justificativo al momento de que la mercancía sea recibida y aceptada. En este tipo de cartas, debe encontrarse la información referente al: Cargador, destinatario y transportista, la ruta total, tipo de avión, número de vuelo, flete, y las mercancías que se transportaran.
- **Conocimiento de Embarque Multimodal *FBL* (*Forwarder Bill of Lading*)**: En el FBL o Conocimiento de Embarque Multimodal, no se requiere un transporte principal para transportar las mercancías. Aquí, la responsabilidad es exclusiva del agente transitario, el cual realiza la función de porteador desde el momento que recibe la mercancía, hasta el momento de entregarla al destinatario. El *FBL*

además, sirve como comprobante para saber los vehículos de transporte que intervinieron en el traslado de la misma.

Enfocaremos en esta conferencia, a los fines de la misma, en el conocimiento de embarque (*Bill of lading*), que debe presentar el vendedor para comprobar el cumplimiento de su obligación de entrega de la mercancía, el cual cumple tres importantes funciones, a saber:

- Es prueba de la entrega de las mercancías a bordo del buque transportador.
- Es prueba de la celebración del contrato de transporte; y
- Es un título negociable por el cual se pueden transferir los derechos sobre las mercancías en tránsito.

Generalmente se emiten los conocimientos de embarque en varios originales, por lo cual los bancos o los compradores exigen la presentación de todos los originales (llamado “*juego completo*” o “*full set*”).

Los otros documentos de transporte, además de los conocimientos de embarque, cumplen las primeras dos funciones mencionadas, pero no permiten a un comprador vender las mercancías en tránsito por la mera entrega del documento en papel a su comprador. En esos otros documentos de transporte hay una persona destinataria, legitimada para recibir las mercancías en destino.

Ahora bien, con respecto a los llamados “*conocimientos de embarque electrónicos*”, hay serios problemas para su negociabilidad. Se ha tratado de resolver este problema a través de *las Reglas para los Conocimientos de Embarque Electrónicos de la CMI 1990*¹⁵ y los artículos 16-17 de la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL 1996*, así como a través de diversos sistemas, como el llamado sistema *BOLERO*¹⁶.

Siendo que los documentos de transporte, además de constituir prueba de la entrega de las mercancías al transportista, son también evidencias de que las mismas se recibieron en buen estado y condición, cualquier reserva en los mismos que indique que la mercancía no estaba en tales buenas condiciones, convertiría ese documento en “*sucio*”, con lo que sería inaceptable según las reglas relativas a los créditos documentarios.

¹⁵ Véase la página web del comité marítimo internacional donde se transcriben los Conocimientos de Embarque Electrónicos de la CMI 1990 <http://www.comitemaritime.org/cmidoocs/rulesebla.html>

¹⁶ “*Bolero*” que es un acrónimo de su nombre en idioma inglés “*Bill of Lading for Europe*”. Es un medio empleado para permitir la transferencia de documentos de transporte electrónicos con el cambio de la clave original que se le daba al consignatario de las mercancías transportadas al transferirse electrónicamente el documento. Como se puede ver en la página web “<http://www.bolero.net/>” es una plataforma neutral que permite el comercio electrónico entre compradores, vendedores, sus bancos e intermediarios.

Dado el desarrollo del comercio electrónico, y la posibilidad que en forma creciente los documentos electrónicos vayan sustituyendo los documentos sobre papel, en algunos términos, como por ejemplo la obligación del vendedor, conforme algunos términos de los *INCOTERMS* de suministrar la mercancía de conformidad con el contrato o “*su mensaje electrónico equivalente*”.

De allí que los conocimientos de embarque pueden ser sustituidos por documentos no negociables, equivalentes a los empleados en otras modalidades de transporte diferentes del marítimo. Estos documentos son llamados “*cartas de porte marítimo*” (*sea waybills*), “*cartas de porte de línea regular*” (*liner waybills*), “*recibos de fletes*” (*freight receipts*) o variantes de estas expresiones. Estos documentos no negociables son de uso totalmente satisfactorio, salvo cuando el comprador quiere vender las mercancías en tránsito a través de la entrega de un documento en papel al nuevo comprador. Para hacer que esto sea posible, hay que mantener la obligación del vendedor de facilitar un conocimiento de embarque escrito. Sin embargo, cuando las partes contratantes saben que el comprador no considera la venta de las mercancías en tránsito, pueden tomar específicamente el acuerdo de relevar al vendedor de la obligación de proporcionar un conocimiento de embarque escrito.

Sin embargo, analicemos cuales serían los obstáculos que se presentan para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, con relación a estos documentos de transporte usados en el comercio internacional.

4. Obstáculos legales para la implementación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con relación a los documentos de transporte usados en el comercio internacional

Uno de los temas que ha estado en el tapete de múltiples reuniones y foros internacionales, suscitando diversas e interesantes discusiones, especialmente desarrollado durante la Conferencia Centenaria del Comité Marítimo Internacional (CMI), celebrada en Amberes en 1997, se refiere a los obstáculos legales para la implementación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico a los Conocimientos de Embarque Electrónicos, en los países de derecho civil como los nuestros.

El conocimiento de embarque, si bien no es el único documento de transporte usado en el comercio internacional, como lo hemos señalado, es el más importante desde que casi la mayoría de las mercancías, objeto de los contratos de compraventa internacional de mercancías, se trasladan por vía marítima, siendo el documento que se emplea para acreditar el recibo de la mercancía por el transportista; como prueba del contrato de transporte mismo y, como un título valor que acredita el derecho del consignatario de la mercancía de recibirlo en el puerto de destino y de transferir ese derecho con la transferencia del documento mismo.

Ocurre que en los países de derecho continental, como son todos los países del área iberoamericana, un conocimiento de embarque es un título de crédito negociable igual que un cheque, una letra de cambio o un pagaré, el cual otorga a su tenedor legítimo el derecho a reclamar la entrega de la mercadería descrita en tal documento, sea o no tal tenedor considerado su propietario bajo la ley del país donde la entrega va a tener lugar y, de allí que, por la naturaleza del conocimiento de embarque, se presume que su fecha, sus endosos y avales, se tengan por ciertas hasta prueba en contrario.¹⁷

Adicionalmente, la emisión del conocimiento de embarque, con los requerimientos legales apropiados, es considerada plena prueba entre las partes interesadas en el cargamento, y entre ellas y los aseguradores.¹⁸

El Conocimiento de Embarque tiene como función ser “*un título de crédito y un documento negociable*” en aquellos países que son de Derecho Civil, posición firme y clara entre los doctrinarios¹⁹. Más sin embargo, se les incluyen en la categoría de los títulos de crédito “*causales*”, que se oponen a los títulos de crédito “*abstractos*” como por ejemplo: el cheque, la letra de cambio o el pagaré, los cuales a parte del derecho de reclamar la entrega o disposición de la carga, también incorpora otros derechos que se originan del contrato de transporte.

Mientras que el cheque, el pagaré o la letra de cambio otorgan a su tenedor derechos que él puede ejecutar en abstracto sin considerar su causa, el conocimiento de embarque tampoco puede ser desconectado de su causa, que es la que reside en el contrato de transporte, y además cuyas vicisitudes afecta los derechos de su tenedor.

La doctrina francesa sostiene que el conocimiento de embarque no es un título de propiedad (“*titre de propriété*”) porque lo que transfiere son derechos de crédito (“*titre de créance*”) y no derechos de propiedad. El conocimiento de embarque da a su tenedor el derecho de reclamar la entrega de las mercancías que en él se encuentran descritas, tal como una letra de cambio otorga a su tenedor el derecho de demandar el pago de la suma de dinero que en ella se estableció.²⁰

Ahora bien, hay una necesidad de que el conocimiento de embarque conste por escrito o mediante un documento que conste de papel, y se impone esta necesidad por razones comerciales, por considerar las relaciones entre el embarcador y transportista o entre el transportista y el consignatario, y además por razones de aduanas o administrativas. También se pide por escrito ya que muchos países requieren un conocimiento de

¹⁷ Artículo 127 Código de Comercio Venezolano.

¹⁸ Artículo 739 del Código de Comercio Venezolano. Artículo 540 del Código de Comercio de Portugal.

¹⁹ José Domingo Ray (Derecho de la Navegación, Buenos Aires, 1992, Capítulo III, págs. 67 y 68), Joaquín Garrigues, (Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Madrid, 1980, pág.680).

²⁰ Martine Remond-Gouilloud, Derecho Marítimo, 2da. edición, París, 1993, pág.356.

embarque escrito y firmado sea presentado a la aduana o a la autoridad administrativa bien sea para el despacho de la aduana o para fines estadísticos.

La principal razón por la cual, bajo la ley de muchos países de derecho civil como Venezuela, el conocimiento de embarque, como la letra de cambio, sólo pueden probarse mediante un documento escrito, es porque las leyes frecuentemente mencionan que, en ausencia del instrumento escrito, el conocimiento de embarque o la letra de cambio serán considerados como no existentes, y esto se puede verificar al leer los artículos 126, 734 y 735 del Código de Comercio Venezolano.

Mientras que, por otra parte, en los países del *Common Law*, el conocimiento de embarque, tiene un sentido distinto, ya que éste es considerado como un documento de propiedad (*Document of Title*), no negociable, pero transferible por las vías ordinarias²¹, distinto a los países de derecho civil, que como se dijo anteriormente, el conocimiento de embarque es considerado como un título de crédito negociable, como la letra de cambio o el cheque. En este sentido, el profesor Jan Ramberg²², ha hecho la distinción entre el derecho civil y el *common law*, al establecer que en los países de esta última jurisdicción, un tenedor posterior de un conocimiento de embarque podría tener mejores derechos que el anterior y por ello se les conoce como documentos “cuasi-negociables”.

También hay que tener en cuenta, que si bien en los países del *common law*, el portador legítimo de un conocimiento de embarque tiene un “*derecho de control*” sobre la mercancía descrita en dicho conocimiento de embarque; tomando en consideración, que esto se observa más que todo como la unión entre el contrato de transporte entre el embarcador y el cargador con el contrato de venta entre el embarcador y el consignatario; la doctrina legal en estos países no reconoce tan fácilmente los derechos autónomos de terceras partes, que sean diferentes de los originales contratantes del contrato de transporte. Y por ello, se tienen dificultades de traer al consignatario a la relación de original contractual entre el cargador y el porteador, para otorgarle facultades para reclamar mercancías, que es considerado como el objeto de dicho contrato.

Es, por todo lo anteriormente mencionado, que se ha dado un reconocimiento al Conocimiento de Embarque como una herramienta sumamente importante en el comercio internacional, ya que la posesión de al menos un original del mismo faculta a

²¹ William Tetley, Reclamo Marítimo de Carga, 3ra. Edición, Montreal, 1988, pág.220

²² Jan Ramberg, Transporte Multimodal, Seminario de Lima, 1982 (Informes en español con traducción en inglés), pág.50.

su portador legítimo para reclamar las mercancías al transportista, como lo señala el profesor Ramberg “*es el documento que consta en papel, como tal, el que contiene la solución al problema.*”²³

El grupo de trabajo de UNCITRAL, cuando se encontraba trabajando en la elaboración del Proyecto de Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, destacaba que debían aplicarse las mismas funciones que cumple el conocimiento de embarque que consta de un documento evidenciado en papel a uno que conste de un “*mensaje de datos*”²⁴, es decir, aplicar lo que se ha denominado la “*equivalencia funcional*” como una herramienta analítica.²⁵

En cualquier forma, hay que reconocer que ya el sistema de comercio y transporte basado en papel está siendo reemplazado por el sistema de “*mensajes de datos*”, por lo que hay que tener –muy en cuenta– las cuestiones de derecho sustantivo que puedan ser aplicables a las comunicaciones electrónicas para que exista una equivalencia funcional similar.

En todo caso, en cuanto en tanto, continúe requiriéndose que sea emitido por el transportista un conocimiento de embarque, sea como título de crédito negociable o como título de propiedad, así como en los casos de mercancías negociadas en tránsito o cuando la misma ha sido dada en garantía de un crédito documentario, se evidencia totalmente la dificultad de aplicar la herramienta analítica de la “*equivalencia funcional*”. Por ejemplo, si consideramos la negociación de un conocimiento de embarque al portador, evidenciado en un documento en papel, éste se cumplirá con un solo elemento de interacción, mientras que si la misma negociación, se ejecuta en un ambiente electrónico, se requerirá al menos de dos actos de interacción o más, y ninguno de los cuales cuando concluyan producirán el mismo resultado que la simple entrega del documento de embarque que conste por escrito en un papel.²⁶

Por lo demás, el conocimiento de embarque electrónico constituye un instrumento jurídico particular ya que, por su naturaleza, se encuentra sometido a dos regímenes jurídicos distintos. Por un lado, el aplicable a los títulos-valores y por el otro el propio de los mensajes de datos. Conforme a la naturaleza de un título valor, tiene incorporado

²³ Ver J.Ramberg, Transferencia electrónica de derechos por mercancías en tránsito, Intercambio Comercial con EDI- Los asuntos legales (H.B. Thomsen y B.Wheble, editores, Londres, IBC Libros Financieros, 1989), pág.186.

²⁴ Artículo 2 de la Ley Modelo fue creado el término “*Data Message*”, a diferencia del factor decisivo de información generada, enviada, recibida por medios electrónicos, ópticos o similares (Intercambio de Datos Electrónicos (EDI), correo electrónico, telegrama, telex o fax) para otra forma de información, y mensajes convencionales.

²⁵ Ver Grupo de Trabajo de UNCITRAL sobre EDI, Nota por la Secretaría, Intercambio de Datos Electrónicos, 30a. sesión, U.N. Doc.A/CN.9/WG.IV/WP.69 (31 de Enero de 1996), pág.11, párrafo 50.

²⁶ Ley Modelo Artículo 17(1), (3). A fin de lograrse la equivalencia funcional deben hacerse el intercambio de más de un mensaje de datos.

un derecho al tenedor del mismo de recepción y entrega de la mercancía descrita el mismo. De tal forma, que:

1. El tenedor del original título es a su vez el titular legítimo de reclamar la entrega de la mercancía.
2. La pérdida del título o su transferencia a terceros supone también la pérdida del derecho a reclamar su entrega.
3. En consecuencia, los riesgos de pérdida, destrucción, adulteración o duplicación misma del conocimiento electrónico impactan en el derecho que incorpora.

Es por ello, que para que exista un conocimiento de embarque electrónico válido se requiere que este conocimiento cumpla íntegramente con los requisitos exigidos a un conocimiento de embarque, así como los requisitos que se exigen de los mensajes de datos para que estos tengan plenos efectos jurídicos.

En ese sentido, un conocimiento de embarque electrónico debe, cumplir como mínimo con lo siguiente:

1. Contar con la firma del suscriptor, la cual para esta clase de documentos se acredita a través de un sistema o mecanismo confiable de firma electrónica que permita identificar al suscriptor y su aceptación del contenido del título.
2. Permitir la trazabilidad de las operaciones que se realizan a través del mismo, asegurando la originalidad del conocimiento de embarque, impidiendo que existan diversos tenedores del mismo y por tanto múltiples titulares legítimos del derecho a recibir la mercancía descrita en el mismo en el puerto de su entrega.
3. Garantizar la inviolabilidad del mismo, de modo que se asegure que el mensaje de datos está libre de adulteración.

Lo anterior, encuentra fundamento en el *principio de equivalencia funcional*, en virtud del cual los mensajes de datos cumplen la misma función que los documentos escritos en formato física proporcionando el mismo nivel de seguridad que un documento que conste en papel, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos, como hemos mencionado.

Por lo demás, no hay que dejar de reconocer, que los mensajes de datos no pueden considerarse equivalentes a los documentos escritos que constan de papel, ya que son de naturaleza distinta y evidentemente, los mensajes de datos no pueden cumplir todas las funciones de los documentos escritos en papel.

Además, hay que considerar que los conceptos de “*conocimiento de embarque*” y “*documento*” están fuertemente ligados a una práctica basada en documentos que consten en papel sin existir una equivalente en un ambiente electrónico. De allí, es que

surge la necesidad de buscar la misma cualidad de “singularidad” que existe en los tradicionales “conocimientos de embarque documentados en papel”, bien sean considerados como títulos de crédito o como documentos de propiedad, con los conocimientos de embarque “intangibles”.

En adición a las dificultades, antes mencionadas, cuando se negocia en un ambiente electrónico está el problema de la norma existente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en el artículo 14(1) de las Reglas de Hamburgo, el cual requiere que el porteador debe emitirle al cargador, si lo solicita, un conocimiento de embarque.²⁷

Un intento de buscar una solución al problema, han sido las “Reglas de París” del Comité Marítimo Internacional sobre “Conocimientos de Embarque Electrónico”²⁸, las cuales permitirían el uso de estos instrumentos cuando las partes involucradas hubiesen convenido en sujetarse a los mismos. Allí se dispone que cuando se requiera la “prueba por escrito”, bastará la impresión de los datos contenidos en el almacenaje de datos de una computadora. Una manera, de asegurar la aceptación de esas Reglas voluntarias fue la de que partes que las adoptaran, se comprometieran en no oponer la defensa de que el contrato no constaba por escrito. Pero habría que estudiar y, ver hasta qué punto una ley nacional podría aceptar esta solución para darle validez a un “documento intangible”, sin firma y que se produjo en un archivo de memoria de una computadora, y, más importante aún, si ese “documento intangible” es oponible a terceros que no han sido partes de la relación original en la cual se adoptaron tales Reglas de París, en la cual sólo intervinieron el cargador y el porteador de las mercancías, por ejemplo, el consignatario de la misma.

En otras palabras, hay serios obstáculos legales para que los “documentos de transporte intangibles” puedan gozar del mismo nivel de reconocimiento y que a su vez puedan cumplir con las funciones similares a la de los conocimientos de embarque

²⁷ Ni las Reglas de la Haya -Visby, ni las Reglas de Hamburgo establecen expresamente que el conocimiento de embarque sea emitido en un documento que conste por escrito y que el mismo sea firmado. Sin embargo, ambas reglas cuando imponen al porteador la obligación de emitir un conocimiento de embarque si lo solicita el cargador, se refieren a documentos, indicando la información que deben contener. El artículo 1º(8) de las Reglas de Hamburgo señalan expresamente que la expresión por escrito comprende, entre otras cosas, el telegrama y el telex. Con relación al requisito de la firma, el párrafo 3 del artículo 14 de las Reglas de Hamburgo establece que la firma sobre el conocimiento de embarque podrá ser manuscrita, impresa en facsímil perforada, estampada, en símbolos, o registrada por cualquier otro medio mecánico o electrónico si ello no es incompatible con las leyes del país donde se emita el conocimiento de embarque. El Código de Comercio en su artículo 735 establece del conocimiento se harán los ejemplares que exija el cargador, debiendo ser cuatro por lo menos. Cada ejemplar será firmado por el capitán y por el cargador, y deberá expresar el número total de ejemplares que se firmen. Uno de los ejemplares lo tomará el Capitán y el artículo 126 establece que cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado. Normas iguales se establecen en la Ley de Navegación tal como la del artículo 301 donde el cargador puede exigir al transportador, agente o Capitán, hasta tres (3) originales de cada conocimiento.

²⁸ Véase Luis Cova Arria. Conocimientos de Embarque Electrónicos, Revista de Derecho Marítimo, Volumen Extraordinario, Páginas 477 a la 614, Caracas, 1992.

que consten de documentos escritos en papel, como son: *primero*, la satisfacción del requisito de la escritura y la firma; *segundo*, el efecto probatorio de las comunicaciones electrónicas; y *tercero*, la determinación exacta del lugar, fecha y hora de la formación del contrato.

Considerando todas estas situaciones, el capítulo II de la Ley Modelo, trata de la aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos que son: el reconocimiento jurídico, escritura, firma, original, admisibilidad y fuerza probatoria, y conservación de los mensajes de datos, en sus artículos del 5 al 10.

El punto fundamental que se quiere destacar, es el de hacer notar que “*no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza probatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”²⁹, que “*cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta*”³⁰ y el requisito de la firma es suplido con el mensaje de datos *si se utiliza un método de identificación fiable*.³¹

En relación a las firmas digitales, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos hay una norma, conforma a la cual cada ejemplar de los conocimientos que se emitan, deberá ser firmado por el capitán y por el cargador, y deberá expresar el número de ejemplares que se firmen³². Esta disposición, supone una firma autógrafa y no digital, existiendo por ello la posibilidad de que se impugne un Conocimiento de Embarque emitido en un ambiente electrónico.

En todo caso, hay que tomar en cuenta la disposición de la Ley venezolana de Mensajes de Datos y Firmas Electrónica de que cuando “*la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.*”³³

²⁹ Artículo 5.

³⁰ Artículo 6. El Grupo de Trabajo de UNCITRAL ha hecho un estudio de firmas digitales y asuntos relacionados, tomando en consideración el Proyecto de usos Uniformes Internacionales para la Autenticación y Certificación, redactado por la Cámara Internacional de Comercio (CIC) y las Guías para Firmas Digitales publicadas por la American Bar Association, (véase UNCITRAL Working Group on EDI, Note by the Secretariat, 31st. Session, New York, 18-28 Febrero 1997, párrafo 10, página 6).

³¹ Artículo 7.

³² Artículo 735 del Código de Comercio Venezolano.

³³ Artículo 7 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

Considerando, que la intención de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no es constituir una “*estructura general identificando los usos legales y suministrando principios jurídicos y reglas básicas gobernando las comunicaciones a través del intercambio electrónico de datos sino adaptar los requerimientos legales existentes de manera que a la larga no constituyan obstáculos para el uso del intercambio electrónico de datos*” hace falta adoptar la Ley Modelo en aquellos países que no la han adoptado, como la vía para la implementación de los conocimientos de embarque electrónicos.³⁴

Es importante mencionar, que la Ley Modelo no ha intentado solo su aplicación en el contexto de las técnicas de comunicación existentes sino más bien la adopción de unas reglas flexibles que pueden ajustarse a los predecibles desarrollos tecnológicos del futuro.

Finalmente, debemos destacar que estos serios obstáculos legales, han hecho que la CNUDMI en la *Convención sobre el uso de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, del 2005, haya excluido de su ámbito de aplicación, las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, y cualquier 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. La razón de esta exclusión es casualmente la especial dificultad que plantea la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre papel, para lo cual habría que formular reglas especiales.³⁵

5. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam) y el Comercio Electrónico

El 23 de septiembre de 2009, se firmó en Rotterdam (Países Bajos), un Convenio preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), denominado “*Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo*”. El texto inicial del mismo, fue redactado por el Comité Marítimo Internacional (CMI), y al firmarse en Rotterdam se denominó “*Reglas de Rotterdam*”.

Las “*Reglas de Rotterdam*”, establecen un régimen legal uniforme y moderno por el que se regulan los derechos y obligaciones de los cargadores, portadores y destinatarios sujetos a un contrato de transporte de puerta a puerta que comprenda un tramo

³⁴ Véase Report of the Working Group on Electronic Data Interchange (EDI) on the work of its 29th session, (UN Doc/A/CN.9/407) párrafo 23, página 9.

³⁵ Al respecto véase el comentario que hacemos sobre esta Convención más adelante.

internacional por vía marítima. El Convenio desarrolla y moderniza antiguos convenios que regían el transporte internacional de mercancías por mar, en particular, el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (Bruselas, 25 de agosto de 1924 “Reglas de La Haya”), y sus Protocolos (“Reglas de La Haya-Visby”), y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 31 de marzo de 1978, “*Reglas de Hamburgo*”).

Las “*Reglas de Rotterdam*” ofrecen un marco jurídico en el que se tienen en cuenta muchas novedades tecnológicas y comerciales que se han producido en los transportes marítimos desde que se adoptaron esos antiguos convenios, concretamente el aumento del transporte en contenedores, el deseo de englobar en un único contrato el transporte de puerta a puerta y la aparición de los documentos electrónicos de transporte. El Convenio brinda a los cargadores y porteadores un régimen universal vinculante y equilibrado que regula el funcionamiento de los contratos marítimos de transporte que puedan comprender otros modos de transporte.

Las “*Reglas de Rotterdam*”, tienen por finalidad instituir un régimen contemporáneo y uniforme que regule los transportes modernos de contenedores de puerta a puerta que comprendan un tramo marítimo, pero no limitado al transporte de mercancías de puerto a puerto. En el Convenio se han introducido muchas facetas innovadoras, entre las que cabe destacar las disposiciones que permiten la utilización de documentos electrónicos de transporte, así como otras medidas para suplir las aparentes deficiencias de los regímenes de transporte vigentes hasta la fecha.

Además, las “*Reglas de Rotterdam*”, pretenden resolver las cuestiones legales que a la llamada “*sociedad sin papel*”, se le presentan con el advenimiento del comercio electrónico y su impacto en la instrumentación en un ambiente electrónico de la “*documentación*” necesaria a los fines de la determinación de los “*derechos de control*” y de “*transferencia*” de las mercancías en tránsito durante su transporte internacional.

Asimismo, las “*Reglas de Rotterdam*”, pretenden aplicarse a todos los contratos de transporte, incluyendo aquellos que se realicen por vía electrónica. Para ello, se contempla el uso de medios y tecnología neutral, lo que significa que debe ser adaptado a todos los tipos de sistemas y no solo a aquellos cerrados, como Bolero³⁶ o, a aquellos ambientes cerrados, como la intranet; o incluso, a los abiertos, como el Internet.

³⁶ “Bolero” que es un acrónimo de su nombre en idioma inglés “*Bill of Lading for Europe*”. Es un medio empleado para permitir la transferencia de documentos de transporte electrónicos con el cambio de la clave original que se le daba al consignatario de las mercancías transportadas al transferirse electrónicamente el documento. Como se puede ver en la página web “<http://www.bolero.net>” es una plataforma neutral que permite el comercio electrónico entre compradores, vendedores, sus bancos e intermediarios.

Pero también hay que cuidarse de no limitarse por el sistema que se utilice actualmente, ya que la tecnología evoluciona rápidamente.

En las “Reglas de Rotterdam”, se define la palabra “comunicación electrónica” para incluir en ella la información grabada o archivada por cualquier medio, lo cual abarcaría la información guardada por medios electrónicos tal como si fuese por escrito en un papel. Esta es una expresión conveniente para facilitar la conclusión de contratos de transporte electrónicamente, y que puede ser aplicada fácilmente a las condiciones especiales impresas en un documento de transporte electrónico.

También se regula la posibilidad de que las partes opten por un medio particular para ir de un registro electrónico al papel o viceversa. De igual manera se han establecido normas de procedimiento que deben acordarse e incluirse en las condiciones del contrato que aparecen en un registro electrónico negociable. Más, sin embargo, en este punto no hay costumbre generalizada, ni uniformidad, ni tampoco un sistema predominante, por lo tanto, es necesario para asegurar la transparencia de la transferencia de registros electrónicos y para obtener la entrega como titular de un registro electrónico.

En las “Reglas de Rotterdam” se adopta la propuesta de que la negociabilidad puede ser lograda por medios electrónicos. La noción del control exclusivo sobre el registro electrónico es consistente con la noción de negociabilidad, que siendo así es igual de consistente como lo es la posesión física de un papel o documento escrito. Apreciamos que las diferentes interpretaciones de negociabilidad en las diferentes jurisdicciones, podría no permitir determinar si en todas las jurisdicciones un registro electrónico podría, ser visto como capaz de permitir una efectiva negociabilidad. Sin embargo, reconociendo el rápido avance nacional e internacional del comercio electrónico y de las legislaciones sobre comercio electrónico, las cuales persiguen introducir la paridad entre los medios electrónicos y el papel, estimo estas normas de las “Reglas de Rotterdam” como aceptables.

En todo caso, el punto central es la transferencia de derechos, a fin de obtener la entrega o el derecho de control, en el contrato de transporte sin documentación escrita.

En este orden de ideas, las “Reglas de Rotterdam”, entiende como “comunicación electrónica”, la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la información comunicada sea accesible para su ulterior consulta³⁷, y como “documento electrónico de transporte”³⁸, la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de

³⁷ Artículo 1 numeral 17 “Reglas de Rotterdam”.

³⁸ Artículo 1 numeral 18 “Reglas de Rotterdam”

transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de ésta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que:

a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y

b) Pruebe o contenga un contrato de transporte.

Asimismo, las “Reglas de Rotterdam”, hace una definición de “*documento electrónico de transporte negociable*”³⁹, entendiéndolo como tal aquel que:

a) Indique, mediante expresiones como “a la orden” o “negociable”, o mediante alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, y que no indique expresamente que se trata de un documento “no negociable”; y;

b) Que, los datos, incluidos en el documento, sean de fácil comprobación, así como el método utilizado para su emisión y transferencia, como las medidas empleadas para asegurar la conservación de su integridad, tal como lo exige el artículo 9 de las mismas Reglas que más abajo se comenta.⁴⁰

Con relación, a la “emisión” de un “*documento electrónico de transporte negociable*”, entiende las “Reglas de Rotterdam”, su emisión por medio de procedimientos que aseguren que el documento es susceptible de permanecer bajo control exclusivo desde su creación hasta que pierda su validez o eficacia⁴¹, y por “*transferencia*”, de un documento electrónico de transporte negociable, la transferencia del control exclusivo sobre el mismo.⁴²

Por otra parte, las “Reglas de Rotterdam”,⁴³ cuando se refiere al empleo y eficacia de los documentos electrónicos de transporte, señala que:

a) Todo lo que deba figurar en un documento de transporte con arreglo a lo previsto en las mismas “Reglas de Rotterdam” podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte se hagan con el consentimiento del porteador y del cargador; y

³⁹ Artículo 1 numeral 19 “Reglas de Rotterdam”.

⁴⁰ Artículo 1 numeral 19 “Reglas de Rotterdam”.

⁴¹ Artículo 1 numeral 21 “Reglas de Rotterdam”.

⁴² Artículo 8 de las “Reglas de Rotterdam”.

⁴³ Artículo 9 de las “Reglas de Rotterdam”.

b) La emisión, el control exclusivo o la transferencia del documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un documento de transporte.⁴⁴

Así mismo las “Reglas de Rotterdam”, para el empleo de los documentos electrónicos de transporte negociables,⁴⁵ establece ciertos procedimientos, los cuales deberán figurar en los datos del contrato y ser de fácil comprobación, tales como el método para la emisión y la transferencia del documento al tenedor del mismo; las medidas para asegurar que conserve su integridad; la forma en que tal tenedor pueda probar esa condición.

Asimismo, se establece que cuando se haya emitido un documento de transporte negociable, y el porteador y el tenedor del mismo hayan acordado sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable, perdiendo el primero su eficacia o validez, que el tenedor deberá restituir al porteador el documento de transporte negociable, o todos los originales, si se emitió más de uno. Además, en tal supuesto, el porteador deberá emitir al tenedor un documento electrónico de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento de transporte negociable; y, a partir de ese momento, el documento de transporte negociable quedará privado de su eficacia o validez.⁴⁶

Finalmente, en relación a los *air way Bills*, así como de los *sea waybills*,⁴⁷ hay que tomar en cuenta que en este tipo de instrumentos no se presenta el problema de su negociabilidad desde que son documentos nominativos, cuya cesión debe hacerse por las formas de cesión de derechos del Código Civil, pero donde no cabe la transferencia del instrumento por su simple endoso. En este sentido, las “Reglas de Rotterdam”, se refieren al “documento electrónico de transporte que no sea negociable”⁴⁸, los cuales incluyen a los *air way Bills*, así como a los *sea waybills*.

6. La convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (“Convención sobre Comunicaciones Electrónicas”)

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 23 de noviembre de 2005 aprobó en Nueva York la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, la cual se adoptó con

⁴⁴ Artículo 10 de las “Reglas de Rotterdam”.

⁴⁵ Artículo 9 de las “Reglas de Rotterdam”.

⁴⁶ Artículo 10 de las “Reglas de Rotterdam”.

⁴⁷ Hemos dejado la expresión original en inglés por la dificultad en definir los términos *air waybill* y *sea waybill*, pero que son simplemente documentos de transporte no negociables.

⁴⁸ Artículo 1 numeral 20 “Reglas de Rotterdam”

el nombre de “*Convención sobre Comunicaciones Electrónicas*” y con la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales.

Esta Convención, entró en vigencia el 1 de marzo de 2013, siendo Colombia, Honduras, Panamá, Paraguay y República Dominicana, los únicos países latinoamericanos que la han ratificado hasta la fecha.

La Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas tiene por objeto facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel.

En la “*Convención sobre Comunicaciones Electrónicas*”, se regula la determinación de la ubicación de las partes en un entorno electrónico; el momento y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas; la utilización de sistemas de mensajes automatizados para la formación de contratos; y los criterios a que debe recurrirse para establecer la *equivalencia funcional* entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel; así, como entre los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas. La idea es de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales.

A continuación, pasamos a explicar los principales aspectos de la Convención:⁴⁹

En primer término, en lo que respecta a su ámbito de aplicación, la Convención señala que será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados, lo cual se determinará si así resulta del contrato o los tratos entre las partes o de la información revelada por éstas en cualquier momento antes de la celebración del contrato. Cabe destacar que, a los fines del ámbito de aplicación de la Convención, no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

⁴⁹ El texto de la Ley Modelo puede encontrarse en el anexo de la resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996. El texto se ha publicado también en los Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), anexo I (también publicado en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo también se ha publicado junto con su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas con el núm. de venta: S.99.V.4, y puede consultarse por vía electrónica en el sitio de la CNUDMI en Internet http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

De lo anterior se desprende que la Convención se aplica sólo a los contratos internacionales, esto es, aquellos celebrados entre partes situadas en Estados diferentes, sin que sea necesario que dichos Estados sean Estados signatarios o ratificantes de la Convención. Sin embargo, la Convención sólo será aplicable cuando la ley de un Estado Contratante es la ley aplicable al contrato, lo cual se determina por las leyes de derecho internacional privado del Estado del foro o por el válido acuerdo de las partes.⁵⁰

En su artículo 2 se establecen expresamente las exclusiones de la Convención, la cual no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

1. Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; Esta exclusión se aplica en forma absoluta, a diferencia de la exclusión que en el mismo sentido que establece el artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercancías que deja a salvo los casos en los que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercancías se compraban para ese uso.
2. Operaciones en un mercado de valores reglamentado;
3. Operaciones de cambio de divisas;
4. 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;
5. 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. La exclusión de este tipo de operaciones financieras se justifica porque este sector está sujeto a sus propios controles reglamentarios y normas sectoriales que regulan eficazmente los problemas que pueda plantear el comercio electrónico para el buen funcionamiento de ese sector a nivel mundial.
6. 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.

La Convención contiene reglas que regulan la ubicación de las partes, sin establecer la obligación para ellas de dar a conocer sus establecimientos, previendo algunas presunciones y reglas supletorias dirigidas a facilitar la determinación de la ubicación de ellas. En ese sentido, la Convención otorga una importancia primordial, aunque

⁵⁰ Artículo 1 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

no absoluta, al lugar donde una parte indica que tiene su establecimiento y adopta un criterio prudente en lo que se refiere a la información periférica relacionada con mensajes electrónicos, tales como las direcciones IP (Protocolo de Internet), los nombres de dominio o las ubicaciones geográficas de sistemas informáticos, los cuales, a pesar de su aparente objetividad, apenas tienen valor concluyente para determinar la ubicación física de las partes.

En segundo lugar, la Convención se refiere a la regulación de los contratos,⁵¹ reafirmando el principio enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,⁵² en virtud del cual no podrá denegarse a los contratos validez ni ejecutabilidad por el mero hecho de que sean fruto de un intercambio de comunicaciones electrónicas. La Convención no se aventura a determinar en qué momento las ofertas y las aceptaciones de ofertas adquieren eficacia a efectos de la formación de contratos.

En tal sentido, la Convención en su artículo 12, reconoce que pueden formarse contratos mediante actos realizados por sistemas automatizados de mensajes (*“agentes electrónicos”*), aun cuando ninguna persona física supervise cada uno de los actos realizados por los sistemas. Sin embargo, el artículo 11 aclara que el mero hecho de que una parte ofrezca aplicaciones interactivas para la realización de pedidos, independientemente de si su sistema está o no plenamente automatizado, no crea una presunción de que la parte pretende quedar vinculada por los pedidos realizados a través del sistema.

En consonancia, con la decisión de evitar que se establezca una dualidad de regímenes para las operaciones electrónicas y las operaciones sobre papel, y de acuerdo con el enfoque de la Convención que, más que regular, pretende facilitar, el artículo 13 deja en manos del derecho interno cuestiones como las eventuales obligaciones de las partes de dar a conocer de una determinada manera las cláusulas contractuales. No obstante, la Convención regula la cuestión sustantiva de los errores en la introducción de comunicaciones electrónicas en los sistemas, habida cuenta del riesgo potencialmente mucho mayor de que se produzcan errores en tiempo real o de que una persona física realice una operación casi instantánea en comunicación con un sistema automatizado de mensajes. El artículo 14 dispone que la parte que cometa un error al introducir los datos pueda retirar, en determinadas circunstancias, la parte en que se produjo el error.

⁵¹ Artículo 9 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

⁵² El texto de la Ley Modelo puede encontrarse en el anexo de la resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996. El texto se ha publicado también en los Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), anexo I (también publicado en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo también se ha publicado junto con su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas con el núm. de venta: S.99.V.4, y puede consultarse por vía electrónica en el sitio de la CNUDMI en Internet http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

En tercer lugar, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas se hace referencia a los requisitos de forma,⁵³ reiterándose las reglas básicas enunciadas en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico referentes a los criterios aplicables para establecer la equivalencia funcional entre comunicaciones electrónicas y documentos sobre papel, incluidos los documentos sobre papel “*originales*”, así como entre los medios electrónicos de autenticación y las firmas manuscritas. No obstante, a diferencia de la Ley Modelo, la Convención no regula la conservación de documentos. En realidad, esta cuestión está más estrechamente vinculada a las reglas probatorias y a los requisitos administrativos que a la formación y al cumplimiento de contratos.

Asimismo, la Convención, establece los criterios mínimos que han de cumplir los requisitos de forma que establezca el derecho aplicable.

En cuarto lugar, se señala con respecto al principio de autonomía de las partes, que el mismo no debe entenderse en el sentido de que permita a las partes llegar al extremo de suavizar los requisitos legislativos sobre la firma para propiciar⁵⁴ métodos de autenticación que ofrezcan un menor grado de fiabilidad que la firma electrónica. En general, la autonomía de las partes no implica que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas faculte a las partes para apartarse de los requisitos legislativos de forma o de autenticación de los contratos.

En quinto lugar, al igual que el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas contiene una serie de reglas supletorias sobre el tiempo y el lugar de envío y recepción de comunicaciones electrónicas,⁵⁵ cuya finalidad es complementar las reglas nacionales sobre envío y recepción trasladándolas a un contexto electrónico. Las diferencias de enunciado entre el artículo 10 de la Convención y el artículo 15 de la Ley Modelo no pretenden que el resultado sea diferente en la práctica; en realidad, esas diferencias están encaminadas a facilitar el funcionamiento de la Convención en los diversos ordenamientos jurídicos mediante la armonización de la formulación de las reglas pertinentes con los elementos generales comúnmente utilizados para definir el envío y la recepción en el derecho interno de los Estados.

Según la Convención, la comunicación se tiene por “*enviada*” cuando sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, mientras que la “*recepción*” se produce cuando la comunicación electrónica puede ser recuperada por

⁵³ Artículo 10 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

⁵⁴ Artículo 20 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

⁵⁵ Párrafo 1 del artículo 23 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Como se menciona sólo en 2010 Honduras y Singapur han ratificado la Convención.

el destinatario, lo cual se presume que ocurre cuando llega a la dirección electrónica del destinatario. La Convención distingue entre la entrega de comunicaciones a direcciones electrónicas específicamente designadas y la entrega de comunicaciones a una dirección no específicamente designada.

En el primer caso, una comunicación se tiene por recibida cuando llega a la dirección electrónica del destinatario (o cuando “entra” en el “sistema de información” del destinatario, según la terminología de la Ley Modelo). Para todos los casos en que la comunicación no es entregada a una dirección electrónica designada, conforme a la Convención, la recepción únicamente se produce cuando:

1. La comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario (al llegar a una dirección electrónica de éste); y
2. El destinatario se percata de que la comunicación ha sido enviada a esa dirección concreta.

Se presume que las comunicaciones electrónicas se envían desde el establecimiento de una parte y se reciben en el establecimiento de otra.

Adicionalmente, hay que destacar que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, resulta útil a los Estados de la comunidad internacional para facilitar el funcionamiento de otros instrumentos internacionales relacionados con el comercio. En ese sentido, ofrece una posible solución común para algunos de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio electrónico en los instrumentos internacionales existentes, de forma que se evite la necesidad de enmendar los distintos tratados internacionales.

De allí, que en la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, se señala que sus disposiciones serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la Convención sea o pueda llegar a ser parte:⁵⁶

- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);
- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercancías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980);

⁵⁶ La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen limitar el ámbito de aplicación de la presente Ley a los mensajes de datos internacionales: *La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que sea conforme a la definición del párrafo 1) del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional.*

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Viena, 11 de abril de 1980);
- Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991);
- Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995);
- Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

Asimismo, a menos que tal aplicación haya sido excluida por un Estado Contratante de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, podrá aplicarse, a las comunicaciones electrónicas intercambiadas en el contexto de contratos regidos por otros convenios, tratados o acuerdos internacionales.

CONCLUSIONES

Como lo señala expresamente la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, también conocida como la “*Convención sobre Comunicaciones Electrónicas*”, la misma no se aplica 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.

Esta declaración expresa de esta Convención, es una clara declaración de la comunidad internacional, de la especial dificultad que plantea la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre papel.

En consecuencia, existen unos serios obstáculos legales para que los documentos de transporte intangibles puedan gozar del mismo nivel de reconocimiento y que a su vez puedan cumplir con las funciones similares a la de los conocimientos de embarque que consten de documentos escritos en papel.

BIBLIOGRAFÍA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales. *La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*, Caracas – Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 16, 2001.

Comité Marítimo Internacional. Conocimientos de Embarque Electrónicos de la CMI 1990. <http://www.comitemaritime.org/cmidoocs/rulesebla.html>

- Cova Arria, Luis. «Conocimientos de Embarque Electrónicos», *Revista de Derecho Marítimo*, Volumen Extraordinario, 477- 614, 1992.
- Cova Arria, Luis. «Las Leyes modelo de la NUDMI (UICTRAL) sobre comercio electrónico y firmas electrónicas. Aspectos Jurídicos. Labor Futura», en *La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas, 2001.
- Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001).
- Domingo Ray, José. *Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, 1992.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980.
- Grupo de Trabajo de UNCITRAL. EDI, Nota por la Secretaría, Intercambio de Datos Electrónicos, 30a. sesión, U.N. Doc.A/CN.9/WG.IV/WP.69. 31 de Enero de 1996.
- Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*. Civitas Madrid, 2000
- Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*, 2da. edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.
- Ramberg, J. *Transferencia electrónica de derechos por mercancías en tránsito, Intercambio Comercial con EDI- Los asuntos legales*. H.B. Thomsen y B.Wheble, editores, Londres, IBC Libros Financieros, 1989.
- Ramberg, Jan. *Transporte Multimodal*, Seminario de Lima, 1982.
- Remond-Gouilloud, Martine. *Derecho Marítimo*, 2da. edición, París, 1993.
- Rodner, James O. «El Negocio Electrónico en Venezuela», en *La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*, Caracas – Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 16, 2001.
- Sentencia del 26 de marzo de 2010, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Omar Mora.
- Tetley, William. *Reclamo Marítimo de Carga*, 3ra. Edición, Montreal, 1988.
- Urdaneta Benítez, José Vicente. *Los Mensajes de Datos y la Firma Electrónica*. (seguridad jurídica que ofrecen y valor probatorio), Caracas – Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- Viso Aguilar, María de Lourdes. *La Formación del Contrato Electrónico: Un Nuevo Impulso a la Unificación del Derecho*. Caracas – Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, N° 7, 2004.

*Reflexión sobre el superávit restringido por inflación en el patrimonio bancario**

(Aspectos legales, fiscales y contables de la Resolución No. 329.99 y la Circular No. 04201 de Sudeban)

Humberto Romero-Muci**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 55-88

Resumen: Argumentaos que el *superávit restringido* constituido con el 50% de los resultados de la banca en cada semestre es una reserva patrimonial obligatoria. Se trata del reconocimiento de un enriquecimiento nominal por inflación destinado a proteger el patrimonio bancario. En consecuencia, constituye un enriquecimiento indisponible económica y jurídicamente para fines del impuesto sobre la renta. Iguales consecuencias fiscales aplican a la capitalización del *superávit restringido*.

Palabras clave: Disponibilidad, superávit restringido, inflación, contabilidad bancaria

*Reflection on the surplus restricted by inflation in banking assets
(Legal, fiscal and accounting aspects of Resolution No. 329.99 and
Sudeban Circular No. 04201)*

Summary: *We argue the mandatory nature of the restricted surplus made up of 50% of the bank's net results in each semester. This is recognition of a nominal income due to inflation intended to protect the bank net worth. Consequently, it is economically and legally unavailable for income tax purposes. The same tax consequences apply to the capitalization of the restricted surplus.*

Keywords: *Availability, restricted surplus, inflation, bank accounting.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 26/11/2023

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al Dr. Jose Muci-Abraham auspiciado por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. En expresión de afecto y admiración por una vida ejemplar: comprometido con los sagrados valores del trabajo, el estudio, la familia y el porvenir de Venezuela.

** Abogado summa cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Socio en el despacho de abogados D'Empaire.

*Reflexión sobre el superávit restringido por inflación en el patrimonio bancario**

(Aspectos legales, fiscales y contables de la Resolución No. 329.99 y la Circular No. 04201 de Sudeban)

Humberto Romero-Muci**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 55-88

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Antecedentes. A. La Resolución No. 329.99, B. La Circular No. 3660, C. La Resolución No. 014.22. D. La Circular No. 04201, E. La Resolución No. 029.23, F. Otras medidas paliativas. a. Revalorización de activos de uso. b. Actualización cambiaria por tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera. c. Indexación de préstamos bancarios y la asimetría de su trato contable. 2. La prevalencia de las normas especiales y excepcionales de SUDEBAN. 3. Naturaleza de las restricciones patrimoniales del superávit restringido según la Resolución No. 329.99 en concordancia con Circular No. 3660 y su indisponibilidad a efectos del ISR. 4. Base de cálculo para la exclusión del enriquecimiento neto correspondiente al superávit restringido del 50% de los resultados financieros de la banca de cada semestre. 5. Tratamiento fiscal de la capitalización de la cuenta de “resultados acumulados” a los fines de la resolución No. 014.22 sobre las “Normas relativas a la constitución del capital mínimo para la constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias”. 6. Tratamiento del registro de impuesto diferido por las diferencias entre la base financiera y la fiscal. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.*

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al Dr. Jose Muci-Abraham auspiciado por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. En expresión de afecto y admiración por una vida ejemplar: comprometido con los sagrados valores del trabajo, el estudio, la familia y el porvenir de Venezuela.

** Abogado *summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Socio en el despacho de abogados D'Empaire.

INTRODUCCIÓN

La descapitalización de la banca venezolana es consecuencia directa de la hiperinflación y la disfunción del bolívar, pero también, de regulaciones y decisiones equivocadas sobre la forma de informar y neutralizar los efectos de la inflación sobre la estructura patrimonial de los entes financieros.

La decisión de utilizar el costo histórico como criterio de valoración de los estados financieros fue fatalmente inconveniente, distorsionante y dañina. Así la información contable bancaria fue condenada a la inutilidad¹. Un batiburrillo expresión de incomparabilidad, inconfiabilidad e irrelevancia informativa. Hoy ningún operador económico racional puede sostener con seriedad que el estado de situación de un banco representa la imagen fiel del patrimonio de la entidad financiera.

Mucho hay que reprochar, también, a la indolencia de las autoridades legislativas y administrativas para no rectificar a tiempo e imponer correctivos técnicos idóneos a medida que la inflación se hizo crónica hasta el punto de la hiperinflación.

También el despropósito y el prejuicio ideológico jugaron razones importantes para lastrar a la banca a valores históricos y no tomar en cuenta ni la realidad de la inflación², ni sus consecuencias sobre la solvencia patrimonial ni su distorsión sobre los beneficios de la banca (la renta) como medidas de capacidad económica efectiva³.

¹ Las *comparaciones* quedan afectadas (por valuaciones primarias de activos y pasivos con base en sus importes históricos y las sucesivas valoraciones de esos mismos activos y pasivos, los ingresos y costos relacionados para calcular ganancias y pérdidas operativas) y las *acumulaciones de cifras* quedan absolutamente distorsionadas (los aportes y retiros de los accionistas, la evaluación de activos expresados al costo histórico, los ingresos y gastos de un período, los resultados acumulados). Las comparaciones y acumulaciones de datos expresados en monedas de distinto poder adquisitivo comprometen la razonabilidad de la información, pues no se puede comparar las valoraciones distintas ni acumular datos expresados en unidades de distinto poder adquisitivo, aunque tengan un aparente igual valor nominal. Todo ello compromete la confiabilidad y con ello la utilidad de la información financiera.

² *Vid.* Luis Salas, “Adiós al ajuste por inflación o la eliminación de un impuesto de las élites económicas contra la ciudadanía”, en: <http://questiondigital.com/?p=31606>, publicado jueves, 31 Dic 2015 05:58 PM. “<La inflación no existe en la vida real>, esto es, cuando una persona va a un local y se encuentra con que los precios han aumentado, no está en presencia de una “inflación”. En realidad, lo que tiene al frente es justamente eso: un aumento de los precios, problema del cual la inflación en cuanto teoría y sentido común dominante se presenta como la única explicación posible, cuando en verdad es tan solo una y no la mejor. Se presenta como la única posible porque es la explicación del sector dominante de la economía, en razón de la cual se la impone al resto. En tal sentido, debemos ver cómo se forma y cómo funciona esta idea, pero sobre todo qué cosa no nos muestra, qué cuestiones claves no nos deja ver ni nos explica tras todo lo que dice mostrarnos y explicarnos como obvio”. <http://www.psu.org.ve/wp-content/uploads/2016/01/22-claves-para-entender-y-combatir-la-Guerra-Econ%C3%B3mica.pdf>, págs. 8-9.

³ A esto se suma una política intencionalmente hostil hacia la banca denunciada como una confiscación velada (expropiación indirecta), concretada en carteras obligatorias, encajes desproporcionados y no remunerados, limitación a las comisiones, restricción de las tasas de interés mediante preferenciales a ciertos sectores económicos (créditos agrícolas, vivienda y turismo), imposición de contratos preelaborados en desconocimiento del derecho a la libertad económica y al derecho de propiedad de los accionistas. Ver José Antonio Muci B., *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pág. 323. Ver también “Consideraciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria revisión de la legislación venezolana que disciplina la banca, los seguros y el mercado de capitales”, de fecha 7 de octubre de 2019, consultado en <https://www.acienpol.org.ve/informe-de-la-comision-academica-para-el-estudio-del-sistema-financiero-venezolano/>

Se omitió considerar que la inflación es un fenómeno económico que envilece el poder adquisitivo y una exacción oculta que empobrece a la población⁴. Así lo confirman (i) las dos últimas reformas de la LISR, en las que se excluyeron del ajuste integral por inflación en 2014⁵ a las entidades financieras y de seguros y más recientemente en 2015⁶, a los denominados sujetos pasivos especiales⁷ y (ii) el aumento de la tasa nominal al 40% de los enriquecimientos netos para estas entidades. Con estas reformas legislativas no hubo fundamentación, ni corrección, sino retórica y manipulación⁸.

Esta investigación da cuenta de la pequeña historia de las llamadas decisiones prudenciales sobre los criterios de valoración de los estados financieros de la banca en inflación, sus vicisitudes y distorsiones, la razón de la creación del superávit restringido del 50% del resultado semestral de la banca como una reserva indisponible para proteger el patrimonio bancario en inflación, de su naturaleza jurídica, tratamiento financiero e implicaciones fiscales y los dilemas jurídicos asociados a su aplicación en el contexto de la reciente normativa de capitalización forzosa de las entidades financieras.

Hoy la banca sigue atrapada por el criterio de medición contable a valores históricos, sometida a impuestos sobre ganancias ficticias, incluyendo la inflación misma, de la cual se defiende incompletamente con revalúos y reservas forzosas.

⁴ La creación de dinero puede ser y frecuentemente ha sido utilizada por los gobiernos como un instrumento recaudatorio, esto es, la inflación tiene una funcionalidad como impuesto. El privilegio monopolístico en la creación de dinero es equivalente a permitirle que establezca un impuesto sobre los activos monetarios. Con razón dijo John Mainard Keynes “**no hay un medio más útil ni seguro para subvertir las bases actuales de la sociedad que la corrupción de la moneda**”. *The economic consequences of the Peace*, pág. 236, citado por Geoffrey Brennan y James Buchanan, *El poder fiscal <fundamentos analíticos>*, Unión Editorial, Madrid 1987, pág. 146

⁵ *Gaceta Oficial* No. 6.152 Extraordinaria del 18 de noviembre de 2014.

⁶ *Gaceta Oficial* N° 6210 Extraordinaria del 30 de diciembre de 2015.

⁷ En la exposición de motivos se justifica la eliminación del ajuste por inflación, sin ninguna explicación racional con el pretexto simplista de que “...el ajuste por inflación se ha constituido en un mecanismo de disminución injustificada del pago de impuesto”. Nada más. Ver nuestros trabajos críticos: “*Aspectos protervos en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros*”, en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, y “*El <Impuesto a la Inflación> sobre el Patrimonio Bancario: Inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros*”, en el libro de Alfredo Morles Hernández, *La Banca <en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela>*, Segunda Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016,

⁸ Nosotros lo denominamos un “**impuesto a la inflación sobre el patrimonio bancario**”. Se trata de una medida contraria al *derecho a contribuir conforme a la capacidad económica efectiva* y es *discriminatoria*. No corregir por inflación los resultados impositivos de las entidades bancarias implica una medición falaz y sobre estimatoria de su enriquecimiento neto y no desgravar lo de la base imponible implica la inexorable imposición de sustancia de patrimonio y no de renta desviándose de la materia impositiva de vida según el tributo en cuestión. Dijimos que, la solidez del sistema financiero es condición de la confianza indispensable para su sostenimiento, motivo por el cual es indiscutible que son írritas todas aquellas normas que atenten contra la solvencia patrimonial de los bancos, causándole un perjuicio grave e irreparable como es hoy su descapitalización. La permanencia, continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad del servicio público bancario se ven severamente comprometidas por este impuesto sobre la inflación que amenaza el patrimonio de los bancos y por lo tanto la marcha y solvencia económica de este servicio público. Ver nuestros comentarios en “**Impuesto a la inflación sobre el patrimonio bancario: inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros**”, en *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela* (en colaboración con Alfredo Morles Hernández), Segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monteávila, Caracas 2016, pág. 249.

Además, la banca está sometida a aumentos compulsivos de capital para mantener su operación⁹. Lamentablemente estos incrementos serán vaporizados por la inflación que persiste y potenciados por la ausencia de una política contable adecuada que informe correctamente sobre la imagen fiel de las entidades financieras al no discriminar los resultados reales de los ficticios. Mientras tanto la función crediticia de la banca sigue anulada y la solvencia patrimonial del sector sigue comprometida por la inflación y los causantes de la inflación.

En este contexto la llamada decisión prudencial de restringir forzosamente el 50% del beneficio semestral de la banca es un paliativo a la descapitalización del sector cuyos alcances económicos, contables y jurídicos son poco conocidos, menos entendidos y agravados por un contexto de improvisación en la formulación de la política monetaria y de desprecio a sus consecuencias distorsionantes sobre la economía. La recapitalización forzosa de la banca sube de punto el interés del tema y obliga al análisis del asunto sobre la naturaleza jurídica y tratamiento fiscal del superávit restringido del 50% de los resultados de la banca y su eventual capitalización.

A ese empeño dedicamos esta *reflexión*.

1. Antecedentes

Paul Samuelson se refirió a la inflación como un fenómeno sorprendentemente ubicuo y ampliamente incomprendido. Pero sí incomprendida es la inflación mayor frustración han implicado el desarrollo y el entendimiento de las fórmulas para superar las distorsiones del envilecimiento monetario, sin lugar a duda un fenómeno de corte complejo y de dimensión multidisciplinar¹⁰.

En efecto, en materia contable la raíz del problema consiste en la limitación esencial de la medición sobre valores históricos que no toma en cuenta los cambios en el poder adquisitivo de la moneda¹¹, esto es, asume que la moneda de curso legal tiene un valor estable: activos y pasivos, ingresos y gastos, se expresan en sus importes originales, sin tomar en cuenta las variaciones en el poder de compra de la moneda de

⁹ Resolución No. 014.22 de SUDEBAN sobre las “Normas relativas a la constitución del capital mínimo para la constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias”, publicada en *Gaceta Oficial No. 42.412* del 6 de julio de 2022.

¹⁰ Ana Andrés Aucejo, *Actualización monetaria de valores contables*, Marcial Pons, Madrid 1997, pág.17

¹¹ La razonabilidad de la información contable se ve afectada en tiempos de inflación por la pérdida que se produce en el poder adquisitivo de la moneda. El gran drama de la contabilidad en inflación es el ahondamiento de las diferencias entre realidad y sinceridad de la información contable. La contabilidad que debe ser un instrumento útil para la conducción de las empresas se transforma en una acumulación de datos puramente nominales, sin ninguna relevancia económica o real. Los problemas más generalizados consisten en la falta de sinceridad de los balances, incorrecta interpretación de los resultados contables, ineficiencia de los controles presupuestarios, perturbaciones en los costos, errónea determinación de los costos de venta, falseamiento de las finalidades de la política de amortizaciones, entre otros. (*Vid.*, Horacio López S., Alberto A. Alemán y Hugo A. Luppi, *Estados contables en moneda constante*, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1993, pág. 41)

registro. Este error tiene su causa en confundir la obligatoriedad del curso legal con su poder adquisitivo. Esto trae como consecuencia que los estados financieros contienen partidas valuadas en términos de dinero de aparente igual valor nominal, pero con muy distinto poder adquisitivo, esto es, una valoración heterogénea. Esta inconsistencia producto de la omisión de considerar los cambios de poder adquisitivo de la moneda de curso legal, afecta gravemente la homogeneidad de los estados contables, perjudicando (i) la comparación de datos o partidas dentro de un mismo estado financiero, (ii) estados financieros de un mismo ente en distintas fechas y entre (iii) estados financieros de distintos entes. **“Y lo que es peor, el perjuicio no se circunscribe al terreno de las comparaciones: existen cifras que en sí mismas están distorsionadas, porque resultan de la suma o resta de partidas no homogéneas”**¹².

Una particular deficiencia de la contabilidad histórica en tiempos de inflación se vincula a la generación de pérdidas y ganancias originadas por mantener activos y pasivos monetarios, esto es, partidas que expresan un valor monetario fijo, pero que representan distinto poder adquisitivo al variar como consecuencia de la inflación.

Este es el caso preciso de la banca. Es crítico depurar las pérdidas por inflación en la medición del resultado contable pues la estructura patrimonial de dichos entes económicos como típicos intermediarios financieros¹³ representa una posición monetaria neta activa, esto es, el activo monetario es superior al pasivo monetario. La tenencia de dichas partidas por su exposición a la inflación determina un resultado (resultado monetario) que inexorablemente degenera en deudor o en una pérdida por exposición a la inflación, esto es, un decremento patrimonial que tiene y que debe ser reconocido, valorado, representado y considerado como tal en los resultados netos de la entidad.

Como veremos seguidamente las medidas adoptadas por la autoridad bancaria a este respecto siguieron un patrón de corrección parcial del patrimonio bancario, básicamente con restricciones de distribución de beneficios, ajuste de valor en partidas

¹² Cfr. Santiago Lazzati, *Contabilidad en inflación <Conceptos fundamentales>*, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1992, pág. 17

¹³ Dado que la mayoría del dinero que un banco administra no le pertenece, la gestión bancaria requiere un proceso constante de evaluación y medición de los riesgos a los que se exponen los recursos de los depositantes en las operaciones de la entidad.

Una preocupación básica del negocio bancario es asegurar que cada entidad bancaria pueda devolver los depósitos del público. Lo anterior requiere de un nivel adecuado de capital para que, en caso de una pérdida, ésta se cubra con recursos propios y no con dinero del público. Por ello, cada entidad debe tener un capital proporcional a los recursos que arriesga y al nivel de riesgo al que los expone. Esta relación entre lo propio y lo arriesgado se conoce como nivel de solvencia, y determinar su proporción ideal es objeto de esfuerzos internacionales cuya expresión más saliente son los Acuerdos de Basilea I, II y III, sobre los requerimientos de capital necesarios para asegurar la protección de las entidades bancarias frente a los riesgos financieros y operativos.

La relación entre la cartera de cuentas por cobrar y el nivel de riesgo se conoce como nivel de solvencia. El nivel de solvencia permite, entre otras cosas, (i) demostrar la suficiencia de apartados efectuados por las instituciones bancarias al cierre de cada ejercicio económico para cubrir los riesgos crediticios determinados y (ii) servir como elemento de juicio para visualizar la vulnerabilidad del patrimonio de un banco frente a los riesgos de incobrabilidad.

determinadas del balance y creación de reservas obligatorias. Este modelo de parches contables o ajustes parciales impidió el mantenimiento del capital contable o financiero¹⁴ y por lo tanto degeneró en una medición ficticia de la rentabilidad (ganancia) de la banca. Las ganancias ficticias provocaron insensiblemente la descapitalización de la banca porque no hubo análisis de resultados que permitieron un desglose entre ganancias reales y nominales y no se fijó una política de formación de reservas idóneas que impidieran la distribución de las ganancias ficticias.

Con dos décadas de inflación sostenida, con brotes hiperinflacionarios, los balances y estados de resultados ilusorios representaron una prosperidad ficticia que arrastró al patrimonio de la banca a su destrucción. Es por esto que la necesidad de acudir hoy a una mayor ampliación de capital de la banca implica la paradójica circunstancia de que tal aumento no servirá para atender el incremento de su actividad, sino simplemente para mantener su enano desenvolvimiento en la anormalidad inflacionaria.

A. Resolución No. 329.99

El 28 de diciembre de 1999 la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”) mediante Resolución No. 329.99¹⁵ (“Resolución No. 329.99”) estableció la obligación de restricción como superávit patrimonial de los resultados de cada semestre de las instituciones bancarias. La Resolución No. 329.99 jurídicamente impuso una prohibición de disposición equivalente al 50% de los resultados semestrales de las entidades bancarias. Dicho apartado patrimonial debe registrarse como un “**superávit restringido**”¹⁶ en la cuenta No 361.02 del manual de contabilidad para la banca.¹⁷

¹⁴ Las restricciones de proporciones fijas de cada periodo son siempre incompletas en relación con las correcciones necesarias. Además, las reservas mencionadas acumulan una sucesión de importes calculados en cada caso por diferencia entre 2 o más mediciones expresadas en monedas de diverso poder adquisitivo, de donde resulta que sus saldos no son más que números desprovistos de sentido e inclusión en los estados contables genera dudas y confusiones. El destino típico de estas reservas termina siendo la capitalización. Ver. Enrique Fowler Newton, *Contabilidad superior*, Tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1995, pág. 125

¹⁵ *Gaceta Oficial No. 36.859* del 29 de diciembre de 1999.

¹⁶ **Artículo 2 Resolución 329.99:** Desde el cierre del semestre que finalizará el 31 de diciembre de 1999, las Instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y por la ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, deberán efectuar semestralmente un apartado patrimonial equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los resultados del respectivo semestre llevados a “Superávit por Aplicar” y registrarlo en la cuenta patrimonial denominada “Superávit Restringido” y del saldo de la cuenta “Superávit por Aplicar” de semestres anteriores al 31 de diciembre de 1999 las instituciones financieras harán un apartado patrimonial equivalente al cincuenta por ciento (50%) de dicho saldo para registrarlo en la cuenta “Superávit Restringido”. Los montos incluidos en esta última cuenta no podrán ser utilizados para el reparto de dividendo en efectivo, y solo podrán ser utilizados para aumentar el capital social. Esta limitación estará vigente temporalmente hasta tanto esta Superintendencia lo considere prudente, de acuerdo al desarrollo de la economía del país.

Parágrafo único: La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, para la fijación de las medidas que anteceden, tomó en cuenta que los índices de capital exigidos a las Instituciones Financieras deben ser determinados en mayor medida en función de los riesgos potenciales que asume la institución en el desarrollo de su actividad. Dentro de

Igualmente, la SUDEBAN prohibió utilizar dichos montos para reparto de dividendos, salvo el caso de aumento del capital social, previa autorización del regulador.

Se dispuso que el otro 50% del resultado del semestre se registre en la cuenta “superávit por aplicar”, de libre disposición por la entidad bancaria en asamblea de accionistas.

Según la Resolución No. 329.99 la obligación del superávit restringido se estableció como una forma indirecta y parcial para proteger el patrimonio de las entidades financieras por la depreciación monetaria. Esto se hizo como alternativa para las empresas del sector bancario frente a la metodología adoptada por la Federación de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) en la Declaración de Principios de Contabilidad No. 10 sobre presentación de estados financieros ajustados por inflación (“DPC 10”) aprobada en el 23 de agosto de 1991¹⁸.

La DPC 10 reguló técnicamente un ajuste integral por inflación financiero en base al método del nivel general precios (NGP) y el método mixto (que integra elementos de una técnica costos corrientes o nivel de precios específicos <NEP> limitado a activo fijo e inventario). El objetivo de la DPC No. 10 fue reconocer, valorar, registrar y presentar las ganancias y pérdidas por inflación e incorporar sus efectos en los estados financieros de todo tipo de entidad.

Esta metodología fue adoptada por la Comisión Nacional de Valores el 30 de mayo de 1997 para ser aplicada a las entidades bajo su control. Sin embargo, la decisión fue reversada el 27 de diciembre de 1999. Se regresó a la moneda histórica como criterio de valoración y la información ajustada por inflación fue limitada como información financiera complementaria a los estados financieros básicos históricos.

estos riesgos destacan el de crédito, mercado, liquidez y tasas de interés, los cuales desmejoran su clasificación cuando la economía atraviesa por períodos de recesión como es el caso de Venezuela. razón por la cual este Organismo revisará constantemente las tendencias económicas para determinar lo apropiado de los actuales índices patrimoniales, los cuales podrán ser revisados si las circunstancias lo hacen necesario.

¹⁷ *Gaceta Oficial No. 40.949* del 21 de julio de 2016. http://www.sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/Manuales_Contables/SISTEMA-NACIONAL-GARANTIAS-RECIPROCAS-PEQUENA-Y-MEDIANA-EMPRESA/Dinamica-300-AGOSTO-2018.pdf

¹⁸ Adicionalmente, la FCCPV puso en pie las Publicaciones técnicas No. 14, sobre “Estados financieros en moneda extranjera. Tratamiento contable de los gastos de depreciación provenientes de activos fijos revaluados y resultados realizados por tenencia de activos fijos. Alternativas para el tratamiento contable de la actualización de capital, el resultado por exposición a la inflación y las utilidades retenidas represadas provenientes del ajuste inicial. Decretos de dividendos. Actualización de los dividendos pagados” (PT 14) y la publicación técnica No. 19 sobre “Reestructuración del patrimonio ajustado por los efectos de la inflación” (PT No.19). Ver los análisis de Enrique Urdaneta F., *Problemas de orden jurídico que suscita la publicación técnica sobre reestructuración de patrimonio ajustado por los efectos de la inflación (PT de 19)*, Librosca Caracas 2000.

Para la FCCPV hubo una clara convicción técnica que **“... las compañías que tienen activos monetarios durante un período de crecimiento en los precios deben incluir las pérdidas monetarias en el estado de ingresos con cargos contra las ganancias. [...] esas compañías están de hecho incurriendo en pérdidas (pérdidas reales en términos de valor real de la moneda) y esas pérdidas deben ser identificadas, cuantificadas, registradas e incluidas en los estados financieros”** y concretamente se refiere a la situación de la banca **“... la omisión del registro de las pérdidas monetarias en los bancos con la consecuente sobreestimación del patrimonio es inapropiada y peligrosa”**.¹⁹

La SUDEBAN dio respuesta a esta posición en la Resolución No. 329.99. Consideró inconveniente imponer a la banca el sistema de ajuste integral por inflación financiero porque, en su entender, podía inducir a mediciones desviadas de la base para el otorgamiento de créditos, sin que ello represente una mayor capacidad para generar flujos de fondos para la absorción de los riesgos de crédito.

Paralelamente, la SUDEBAN reconoció que, por su naturaleza, la banca pierde por inflación al mantener posiciones monetarias netas activas que se desvalorizan en el tiempo por depreciación monetaria. Implícitamente, la SUDEBAN (i) decidió continuar el uso de la moneda histórica para valorar los estados financieros de la banca y (ii) reconoció que la contabilidad histórica es distorsionante e ignora las pérdidas monetarias que típicamente sufre la banca en inflación por la tenencia fundamental de activos monetarios netos.

Ante ese dilema su solución prudencial fue (i) reservar forzosamente el 50% del resultado neto semestral en el *superávit restringido*, como medida mitigante para contrarrestar el efecto inflacionario y (ii) solicitar obligatoriamente la información financiera ajustada por inflación solo con carácter informativo. Todo con el objetivo final de garantizar la solvencia de la banca y ultimadamente la seguridad de los depósitos del público.

Esta medida fue implementada en 1999 cuando la inflación interanual era de 20,03%. Técnicamente se puede considerar como una decisión transaccional respecto de los intereses públicos y privados en conflicto. Se consideró que la restricción al derecho de propiedad sobre el resultado tendría vigencia transitoria, de acuerdo con **“... desarrollo de la economía del país”**.

¹⁹ Cita del informe del profesor Alvin Carley de la Universidad de Pennsylvania, asesor del Banco Interamericano de Desarrollo, en informe presentado a la Comisión Nacional de Valores en relación con la DPC No. 10 y su aplicación Venezuela, en párrafo 27(b), Exposición de Motivos, DPC No. 10.,

Sin embargo, desde aquel entonces hasta la fecha la inflación acumulada es de 345.3 billones %²⁰ (34530899720231,10%). El bolívar se depreció 345.308.997.202,3 veces y fue objeto de 3 reconversiones y la quita de 14 ceros.

La Resolución No. 329.99 tiene base legal en las facultades de la SUDEBAN contenidas en los artículos 141 de la Ley General de Bancos y otras instituciones de financieras de 1993²¹, cuyo equivalente es el artículo 171 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (“LISB”)²²

B. La Circular No. 3660

La decisión llamada prudencial de reservar como superávit restringido el 50% del resultado semestral de la banca fue reforzada con la **Circular SIB-II-GGR-GNP-03660** de fecha 3 de febrero de 2015 de SUDEBAN, que contiene los “**Parámetros que las instituciones bancarias deben considerar para la aplicación del superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial del 50% de los resultados de cada semestre**”²³ (“Circular No. 3660”).

La Circular No. 3660 tiene por objeto (i) reiterar la restricción patrimonial de la Resolución 329.99 y (ii) ampliar el destino que deben dar las instituciones bancarias para la aplicación del superávit restringido constituido por el 50% de los resultados de cada semestre, señalando que el saldo mantenido en la subcuenta 361.02 “superávit restringido” por el apartado mencionado solo podrá ser utilizado, previa autorización de SUDEBAN, para los conceptos siguientes:

- i. Aumento de capital social;
- ii. Cubrir las pérdidas o déficit originados en las operaciones realizadas mantenidos en las cuentas patrimoniales;
- iii. Constitución o cobertura de saldos deficitarios en provisiones para contingencias de activos, ajustes o pérdidas determinadas por SUDEBAN;
- iv. Compensar (a) los gastos diferidos basados en planes especiales aprobados por SUDEBAN; (b) costos y las plusvalías generadas en las fusiones o transformaciones reflejadas en su oportunidad la LISB, así como (c) los costos y plusvalías que se generen en las fusiones o transformaciones que se efectuados desde la emisión de la circular en comentarios;

²⁰ Miles de millones.

²¹ Publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.649 *extraordinario* del 19 de noviembre de 1993.

²² Publicado en *Gaceta Oficial* No. 40.557 del 8 de diciembre de 2014.

²³ Disponible en: http://www.sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/4-DE-LA-CONTABILIDAD-PUBLICACION-DE-EDOS-FINANCIEROS/4-50-CC-SIB-II-GGR-GNP-03660.pdf

- v. Reclasificación de saldos excedentarios a Superávit por Aplicar cuando no sea requerido para ninguna de las disposiciones anteriores.

Como veremos más adelante la SUDEBAN puso en pie otras decisiones prudenciales reforzando la restricción patrimonial en análisis, tal como (i) el registro contable de las fluctuaciones cambiarias directamente en cuentas específicas de patrimonio²⁴ y (ii) las instrucciones de restricción de un 50% del monto de los recientes traspasos de las ganancias cambiarias a resultados autorizados por la SUDEBAN a cada banco en particular.

Todo esto demuestra el énfasis del organismo regulador en el registro del 50% restringido de los resultados netos, en ratificación de los fines prudenciales de las disposiciones de la Resolución 329.99. Esto también hace evidente que no hay expectativas plausibles de que estas medidas restrictivas tengan carácter temporal a 23 años de su implementación, bajo las condiciones económicas e inflacionarias actuales, como mecanismo de protección patrimonial, solvencia y liquidez del sistema bancario y proteger así los intereses de los depositantes.

C. La Resolución No. 014.22

La Resolución No. 014.22 de fecha 10 de marzo de 2022 emanada de la SUDEBAN sobre “**Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias**”²⁵ establece que las instituciones del sector bancario deben incrementar la base del capital social con el fin de adecuar los capitales de funcionamiento y operación establecidos por dicha resolución, para lo cual pueden capitalizar los resultados acumulados hasta por el 40% del aporte requerido²⁶.

²⁴ Vid. Resolución No. 008.18 del 8 de febrero de 2018, emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que contiene las “**Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos originados por el efecto de la actualización al tipo de cambio oficial de conformidad con el convenio cambiario No. 39**”. *Gaceta Oficial* Disponible en: [http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/4-DE-LA-CONTABILIDAD-PUBLICACION-DE-EDOS-FINANCIEROS/4-80-RES-008-18.pdf] derogada por la Circular SIB-II-GGR-GNP-03578 del 29 de marzo de 2019. “*Aspectos a Considerar en la Aplicación de los Beneficios Netos Originados por el Efecto de la Valoración de los Activos y Pasivos al Tipo de Cambio a Libre Convertibilidad fijado mediante el Convenio Cambiario N° 1 Del 21 de agosto de 2018*”

²⁵ Resolución No. 014-22 emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que contienen las “**Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias**”, publicada en *Gaceta Oficial No. 42.412* del 6 de julio de 2022.

²⁶ **Artículo 6 de la Resolución No.014-22:** “Las Instituciones del Sector Bancario identificadas en el artículo 1 de las presentes Normas, para la adecuación de sus capitales de funcionamiento y operación, podrán efectuar los incrementos de su base de capital social aquí indicados, mediante: **a)** Aportes en dinero en efectivo con recursos propios de los accionistas, los cuales no podrán ser inferiores al sesenta por ciento (60%) del monto a ser incrementado. **b)** Capitalización de los resultados acumulados hasta un cuarenta por ciento (40%) del monto a ser incrementado. En todo caso, para los incrementos de capital social se requiere autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario previa opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN).”.

La Resolución No. 014.22 contempla la remisión a las sanciones concretas previstas en la LISB²⁷ por el incumplimiento de las obligaciones restrictivas de la libertad y de la propiedad de las instituciones bancarias conforme a las típicas técnicas de condicionamiento, conectadas con las exigencias del interés general, sin perjuicio de las medidas administrativas e instrucciones que la SUDEBAN pueda imponer en atención a sus competencias, que pueden llegar, incluso, a medidas de intervención.²⁸

D. La Circular No. 04201

La SUDEBAN emitió la Circular SIB-II-GGR-GNP-No. 04 201 de fecha 28 de junio de 2023 sobre **“Lineamiento para la aplicación del superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial de 50% de los resultados de cada semestre que deben considerar las instituciones bancarias”**.

La Circular No. 04201 derogó la Circular No. 03660. En esta oportunidad SUDEBAN decidió limitar el destino posible del superávit restringido, mantenido en la cuenta 36 1.02 superávit restringido al cierre semestral relativo al 30 de junio de 2023 y semestre subsiguiente, hasta tanto no se emite un nuevo pronunciamiento, **“... únicamente [para] ser aplicado o utilizado para efectuar aumentos de capital social, previa solicitud de autorización y aprobación por parte de este ente supervisor”**. De esta manera, se confirma aún más el destino del superávit restringido por inflación como una cuenta destinada a proteger e integrar exclusivamente el capital social de las entidades bancarias.

²⁷ **Artículo 200 de la LISB:** Las instituciones del sector bancario serán sancionadas con multa del uno por ciento (1%) al tres por ciento (3%) de su capital social cuando incurran en las siguientes infracciones relacionadas con el patrimonio: **1.** El uso del capital social inicial para actividades distintas a las señaladas en el artículo 21 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **2.** La participación de accionistas que no cumplan lo señalado en los artículos 35, 36 y 37 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **3.** La transferencia de las acciones que integran el capital social sin cumplir lo señalado en los artículos 38 y 39 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y lo previsto en normas prudenciales emitidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. **4.** Reducir el capital social sin la previa autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de acuerdo con el artículo 41 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **5.** Incumplir con la constitución de la reserva legal, Fondo Social para Contingencias y aporte social, siguiendo lo señalado en los artículos 42, 45 y 46, respectivamente, de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **6.** Repartir dividendos sin cumplir las condiciones establecidas en el artículo 47 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **7.** Mantener durante un período mayor de seis (6) meses, un capital social inferior al exigido para obtener la autorización correspondiente al tipo de institución bancaria de que se trate o el capital social necesario para el coeficiente de adecuación patrimonial requerido por el artículo 48 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **8.** No alcanzar los indicadores de liquidez y solvencia solicitados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, conforme lo señalado en el artículo 50, en normas emitidas por dicho ente de regulación.

Artículo 201 de la LISB: Las instituciones del sector bancario serán sancionadas con multa de un por ciento (1%) al tres por ciento (3%) de su capital social cuando infrinjan cualquiera de las acciones previstas en los artículos 179 al 184 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, referentes a las medidas administrativas.

²⁸ **Artículo 10 de la Resolución No.014-22:** La infracción de estas normas será sancionada de conformidad con lo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, sin perjuicio de las medidas administrativas e instrucciones que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario pueda imponer en atención a sus competencias”.

E. Resolución No. 029.23

La Resolución No. 029.23 de fecha 30 de junio de 2023 emanada de la SUDEBAN sobre “**Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias y casas de cambio**”²⁹ derogó la Resolución No. 42.412. En esencia, mantiene la misma modalidad de la capitalización de las instituciones bancarias y casas de bolsa, mediante (i) aportes en dinero en efectivo por los accionistas, hasta por un 60% del monto a ser incrementado y (ii) la capitalización de los resultados acumulados hasta un 40% del monto a ser incrementado. En este último caso, la capitalización de ganancias retenidas puede originarse en el superávit por aplicar como de la reserva forzosa que implica el superávit restringido o la “**reserva de garantía en inflación**”, en concordancia con la Circular No. 04201.

F. Otras medidas paliativas

a. Revalorización de activos de uso.

Desde 2016 la SUDEBAN autorizó repetidas veces la revalorización de los activos de uso³⁰ de la banca a valores de mercado, para fortalecer el patrimonio bancario, debido a su rezago valorativo según el costo histórico o por la total depreciación de estos. Expresamente la Resolución No. 025.17 establece que las plusvalías por revalorización de los activos de uso se abonan como un superávit a la cuenta de patrimonio “**Ajuste por Revaluación de bienes**”. Este importe constituye un saldo que no puede ser aplicado, utilizado, reclasificado para capitalización, reparto de dividendo, provisiones, enjugar pérdidas, o por otro concepto³¹.

²⁹ Resolución No. 029.23 emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que contienen las “**Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias y casas de cambio**”, publicada en *Gaceta Oficial No. 42.664* del 4 de julio de 2023.

³⁰ Ver Resolución No. 025.17 de la SUDEBAN de fecha 28 de marzo de 2017 que contiene las “*Normas relativas a la aplicación de la Revaluación de Activos en las Instituciones Bancarias*”, en *Gaceta Oficial* N° 41.123 de 28 de marzo de 2017; Las revalorizaciones son meras apreciaciones de valor, no realizables e indisponibles. Esta afirmación se colige del artículo 7 de la Resolución No. 025.17, que prescribe la prohibición expresa, según la cual el superávit por revalorización constituye un saldo que no puede ser aplicado, utilizado, reclasificado para capitalización, reparto de dividendos, provisiones, enjugar pérdidas, u otro concepto. Resolución No. 101.17 del 12 de septiembre de 2017 emanada de SUDEBAN mediante la cual se dictan las “*Normas Relativas a la Aplicación de la Segunda Fase de Revaluación de Activos en las Instituciones Bancaria*”. *Gaceta Oficial* No. 41.261 del 20 de octubre de 2017.

³¹ Las plusvalías resultantes de la aplicación de las normas sobre revalorización de activos de uso no tienen causa en transacciones incurridas en el giro de la entidad. Por eso, son meras apreciaciones de valor, no realizables, e indisponibles a los efectos del acaecimiento de hecho imponibles transaccionales a que se refieren los tributos identificados

b. Actualización cambiaria por tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera.

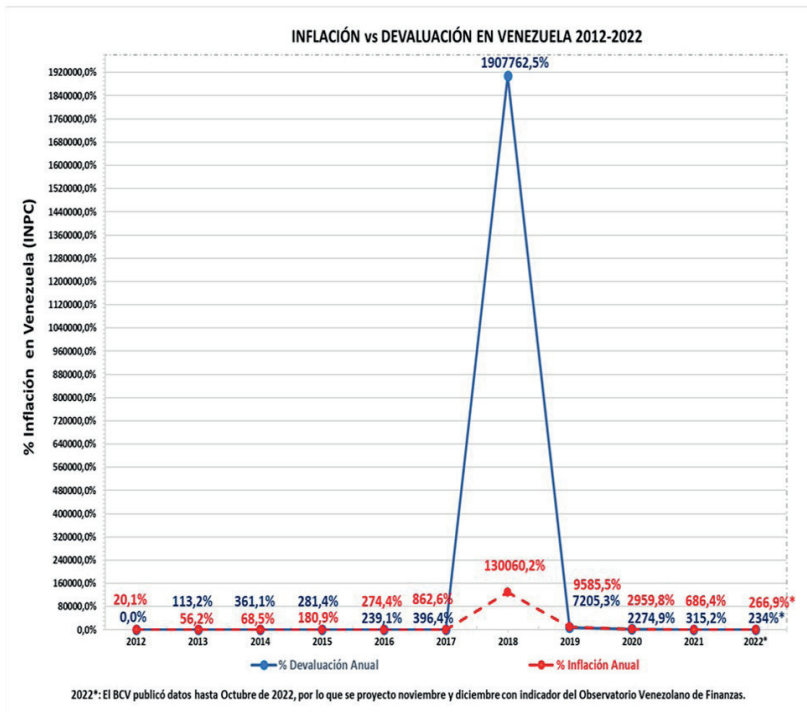
En materia cambiaria la SUDEBAN dictó la Resolución No. 008.18 de fecha 8 de febrero de 2018 que contiene las **“Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos originados por el efecto de la actualización al tipo de cambio oficial de conformidad con el convenio cambiario No. 39”**.

La SUDEBAN consideró que, la actualización del tipo de cambio aplicado para el registro y valoración de operaciones en moneda extranjera genera beneficios netos, ganancias y pérdidas cambiarias por la conversión de las posiciones activas y pasivas, pero que esos beneficios netos representan una utilidad circunstancial y no recurrente lo que requiere criterios regulatorios particulares para su adecuada aplicación o administración.

El desmontaje del control de cambios y el abandono del tipo de cambio controlado supuso desvelar un desfase de valoración de los activos y pasivos de nominados en moneda extranjera. Solo en el año 2018 se produjo un ajuste cambiario de 628.830.000% al pasar de Bs. F 10 por dólar (DIPRO) al cierre de 2017³² a Bs. S 638,83 por dólar (tipo de cambio de referencia) según la última subasta del 28 de diciembre de 2018³³. El gráfico siguiente exhibe las variaciones del INPC y la depreciación del bolívar frente al dólar entre los años 2012 y 2022. Esta serie estadística demuestra la comparación de la intensidad de la inflación y el desplazamiento del tipo de cambio para el periodo considerado.

³² El sector bancario utilizó para valorar su posición en moneda extranjera para la elaboración de los estados financieros (EEFF) al 31 de diciembre de 2017, el tipo de cambio DIPRO según lo establecido en el artículo 1 de la Resolución No. 16-03-01 del Banco Central de Venezuela (BCV) y la Resolución No. 074.16 del 7 de abril de 2016 de SUDEBAN contentiva de las “Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos originados por el efecto de la actualización al tipo de cambio oficial” y la No. 116.16 del 6 de julio de 2016, contentiva de las “Normas relativas a la aplicación de los beneficios netos originados por las operaciones cambiarias que realizan las instituciones bancarias en los mercados alternativos con tipo de cambio complementario flotante de mercado” que ordena la valoración de los estados financieros y el registro contable de los activos y pasivos denominados en moneda extranjera de los sujetos que conforman el sector bancario, asegurador y del mercado de valores, al tipo de cambio para la compra dispuesto en el artículo 1 del Convenio Cambiario No. 35 del 9 de marzo de 2016, esto es, “el tipo de cambio protegido en nueve bolívares con novecientos setenta y cinco céntimos (Bs. 9,975) por dólar de los Estados Unidos de América para la compra, y en diez bolívares (Bs. 10,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la venta (...)”. *Gaceta Oficial* No. 40.865 del 9 de marzo de 2016.

³³ El sector bancario aplica el “tipo de cambio de referencia” para la elaboración de sus EEFF al 31 de diciembre de 2018, según el Convenio Cambiario No. 1 del 7 de septiembre de 2018, que derogó el Convenio Cambiario No. 39 del 14 de febrero de 2018, que a su vez eliminó el tipo de cambio DIPRO con la derogatoria del Convenio Cambiario No. 35 de fecha 9 de marzo de 2016. En la Resolución No. 008.18 de fecha 8 de febrero de 2018, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) decidió para evitar la brutal descapitalización de la banca reconocer el efecto del desplazamiento del tipo de cambio con efectos limitadamente patrimoniales con el objeto de establecer el destino que deben dar las instituciones bancarias al beneficio neto generado por fluctuaciones cambiarias por tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera.



La Circular No. 3578 derogó la Resolución No. 008.18. Esta circular tiene por objeto establecer el destino que deben dar las instituciones bancarias al beneficio neto generado por fluctuaciones cambiarias por tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera valorados según el “tipo de cambio de referencia” conforme al artículo 9 del Convenio Cambiario No. 1 vigente al cierre de cada mes a partir de diciembre de 2018 y subsiguientes³⁴.

La Circular No. 3578 incluye un apartado que reitera expresamente la obligación que, una vez autorizado el registro antes indicado, la Institución Bancaria deberá efectuar el apartado del 50% de los resultados en la subcuenta 361.02 “**Superávit Restringido**” a que se refiere la Resolución No. 329.99 que estableció dicha obligación de

³⁴ El importe correspondiente a las ganancias o pérdidas que se originen de la tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera, en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el CC No. 1, sobre el tipo de cambio aplicado para la valoración y registro contable de las operaciones deberá ser registrado en la cuenta 352.00 “ganancia o pérdida por fluctuaciones cambiarias por tenencia en activos pasivos en moneda extranjera”.

El saldo neto acreedor reflejado al 31 de diciembre de 2018 en la cuenta 352.00, deberá ser únicamente aplicado a (i) enjugar pérdidas o déficit operacionales mantenidos en cuentas patrimoniales y (ii) en la constitución o cobertura de saldos deficitarios en provisiones para contingencias de activos, ajustes o pérdidas determinadas por la SUDEBAN.

Cuando la institución bancaria no amerite aplicar el saldo registrado en la cuenta 352.00 en los conceptos descritos en (c) si una vez aplicados existe un importe excedentario, la SUDEBAN previa solicitud y evaluación podrá autorizar el registro de esos importes en los resultados del ejercicio.

restricción como superávit patrimonial de los resultados de cada semestre para las instituciones bancarias, en concordancia con la **Circular SIB-II-GGR-GNP-03660** que contiene los **“Parámetros que las instituciones bancarias deben considerar para la aplicación del superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial del 50% de los resultados de cada semestre”** por tenencia de activos y pasivos en moneda extranjera valorados según el tipo de cambio de referencia conforme al artículo 9 del Convenio Cambiario No. 1.

c. Indexación de préstamos bancarios y la asimetría de su trato contable.

En el contexto de la disfunción del bolívar y la dolarización transaccional de la economía BCV decidió indexar³⁵ al tipo de cambio de referencia los préstamos bancarios, que se liquidan y pagan en bolívares.

Los créditos son expresados únicamente mediante el uso de la llamada “unidad de valor de crédito” (UVC). Las instituciones bancarias deben expresar la obligación en términos de UVC, resultante de dividir el monto en bolívares a ser liquidado del crédito otorgado entre el índice de inversión (IDI) vigente para dicha fecha determinado por el BCV tomando en cuenta la variación del tipo de cambio de referencia de mercado, publicado diariamente en la página web del BCV, esto es, una dolarización encubierta de la denominación del crédito.

Esta medida solo añadió más heterogeneidad a la valoración de los elementos patrimoniales de las entidades financieras.

Según la Resolución No. 070.19 de 20 de diciembre de 2019, SUDEBAN emitió las **“Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos generados por los aumentos o disminuciones producto de la variación del capital de los créditos comerciales enmarcados en la resolución No. 19-09-01 del Banco Central de Venezuela”**. Según estas normas se ajustan los activos, pero no los pasivos que financian esos activos. No se reconocen como ingresos los ajustes del activo de la cartera de crédito denominados en Unidad de valor de crédito (UVC), sino que se reservan en el patrimonio³⁶; sin embargo, se llevan a resultados los gastos asociados a su generación.

³⁵ *Gaceta Oficial* Nro. 41.742 de fecha 21 de octubre de 2019. Resolución No. 19-09-01 el BCV estableció que **“los créditos comerciales en moneda nacional a ser otorgados por las instituciones bancarias deberán ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito Comercial (UVCC). La indexación en términos de la UVC, consiste en ajustar el monto nominal del crédito resultante de dividir el monto en bolívares a ser liquidado del crédito otorgado entre el índice de inversión vigente para dicha fecha, el cual será determinado por el BCV tomando en cuenta la variación del tipo de cambio de referencia de mercado y publicado diariamente en su página web”**. Mas recientemente ver Resolución No. 22-03-01 de fecha 17 de marzo de 2022 del BCV, publicada en *Gaceta Oficial* No. 42.341 de fecha 21 de marzo de 2022.

³⁶ Cuenta de Patrimonio: 358.00 **“Variación de créditos comerciales determinadas según lo establecido por el BCV”**. El saldo acreedor neto de esta cuenta deberá ser únicamente aplicado para la constitución de provisiones genéricas y anticíclicas que se generen de las porciones correspondientes a la variación del capital del crédito. (artículo 4).

Estas asimetrías generan incongruencias de reconocimiento que distorsionan la información relevante, porque impiden representar la imagen fiel de estos resultados netos de la entidad. Todo ello compromete la comprensibilidad del efecto global de la gestión operativa de la banca.

2. La prevalencia de las normas especiales y excepcionales de SUDEBAN

La LISB tiene como *ratio legis* garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido, transparente, confiable y sustentable³⁷. La LISB regula una serie de actividades, fundamentalmente de intermediación financiera³⁸, que constituyen un servicio público³⁹ y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo del artículo 3⁴⁰, que somete al sector bancario privado a una situación de sujeción especial y cualificada, que goza de amplias facultades para el control de legalidad y oportunidad y en ese sentido, para someter a los sujetos regulados dentro de las técnicas de condicionamiento.

Por su parte la LISB atribuye a la SUDEBAN⁴¹ la competencia administrativa como regulador del sector bancario, con facultades normativas concretas para **(i) “...dictar las normas contables para la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros y cualquier otra información complementaria, basada en principios de contabilidad generalmente aceptados y en las normas para una supervisión bancaria efectiva...”** y para **(ii) “...dictar las normas prudenciales para el ejercicio de las operaciones bancarias, sus servicios y su supervisión”**. Por su

³⁷ **Artículo 2 de la LISB:** El objeto principal de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, consiste en garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido, transparente, confiable y sustentable, que contribuya al desarrollo económico-social nacional, que proteja el derecho a la población venezolana a disfrutar de los servicios bancarios, y que establezca los canales de participación ciudadana; en el marco de la cooperación de las instituciones bancarias y en observancia a los procesos de transformación socio económicos que promueve la República Bolivariana de Venezuela.

³⁸ **Artículo 5 de la LISB:** Se entiende por intermediación financiera a la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las leyes de la República.

³⁹ **Artículo 8 de la LISB:** Las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3º de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto, deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

⁴⁰ **Artículo 3 de la LISB:** El sector bancario privado comprende el conjunto de las instituciones privadas, que previa autorización del ente regulador se dedican a realizar actividades de intermediación financiera que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias (...).

⁴¹ **Artículo 153 de la LISB:** La inspección, supervisión, vigilancia, regulación, control y sanción de las instituciones que conforman el sector bancario con el objeto de proteger los intereses del público, estarán a cargo de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, que actuará bajo la dirección y responsabilidad del o la Superintendente de las instituciones bancarias y se regirá por las disposiciones previstas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

parte el artículo 6 define las normas prudenciales como “...todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico contable, legal y tecnológico de obligatoria observancia dictadas mediante resoluciones de carácter general...”.⁴²

En el marco de las intensas potestades conferidas *ex lege* a SUDEBAN y dentro de las técnicas de condicionamiento, la LISB en su artículo 76 prescribe que las instituciones bancarias, “...se someterán a las normas contables dictadas por la [SUDEBAN], independientemente de la aplicación de las disposiciones tributarias”.

De todo lo anterior se infiere que (i) por su especialidad, las reglas de contabilidad bancaria privan y desplazan las normas jurídicas sobre la contabilidad mercantil, incluidas las reglas y principios de contabilidad de aceptación general, en todo lo que se opongan a las primeras, (ii) que el interés público *ínsito* en la actividad bancaria faculta al regulador para la normación particular o excepcional cónsona con las técnicas de ordenación y (iii) que las normas contables bancarias son distintas y no excluye a las fiscales, sin que ello implique que la norma prudencial incidan e integren las condiciones de aplicación de los hechos impositivos de los tributos que gravan la actividad bancaria.

Se trata de una potestad normativa *secundum legem*, implícita y de habilitación permanente⁴³ que faculta a SUDEBAN para dictar una regulación contable *ad hoc*, lo cual razonablemente puede incluir los aspectos de reconocimiento, registro y valoración contable de *reservas de garantía* con el objeto de mantener los niveles adecuados de patrimonio para reforzar el capital de la banca⁴⁴.

⁴² **Artículo 171 de la LISB:** Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, además de las ya establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las siguientes: (...) **14.** Dictar las normas prudenciales necesarias para la regulación del ejercicio de las operaciones bancarias, sus servicios complementarios, su supervisión; así como, aquellas relativas a los productos y servicios financieros. (...) **20.** Solicitar a las instituciones bancarias y demás personas sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, dentro del plazo que ella señale, los informes y documentos que ésta les solicite, bien sea por información requerida en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia, supervisión, regulación y control o en atención a requerimientos formulados por entes de la administración pública nacional, central o descentralizada, así como los previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y en Leyes especiales.

⁴³ *Cfr.* Antonio Moles C., *Estudios de Derecho Público*, Instituto de Derecho Público, FCJP, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pág.414.

⁴⁴ Este tipo de medidas administrativas de contenido prudencial se justifican en atención a su carácter esencialmente técnico, para adecuación patrimonial y aseguramiento de niveles de riesgo. Sin embargo, este tipo de restricción al derecho de propiedad por vía sublegal es muy criticado por la doctrina patria por considerarla en violación de la reserva legal del derecho de propiedad y una usurpación de la competencia normativa reglamentaria del presidente de la República por la SUDEBAN. Ver Alfredo Morles Hernández, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monteávila, Caracas 2016 pág. 214; y José Antonio Muci Borjas, *Potestad reglamentaria y reglamento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, pág. 167

Este tipo de regulación comporta medidas administrativas en las que se hacen juicios técnicos previos y de valoración de conceptos jurídicos indeterminados, supone y exige un desarrollo integral y permanente, en el sentido de poder y deber abarcar todos los aspectos posibles, “...con el objeto de habilitar a la autoridad para producir la solución concreta de una apremiante situación prevista con escasa precisión”⁴⁵.

La Resolución No. 329.99 de SUDEBAN tiene por objeto una prohibición de distribución equivalente al 50% de los resultados semestrales de las entidades bancarias. Dicho apartado patrimonial constituye una restricción al derecho de propiedad sobre el beneficio que sigue el destino obligado de respaldar el patrimonio de la entidad como una reserva de garantía. Su objetivo final es evitar los riesgos de descapitalizaciones derivadas de la libre disponibilidad de resultados que no reconocen las pérdidas monetarias derivadas de la inflación y, con ello, asegurar la solvencia financiera de la entidad bancaria.

Su justificación atiende al propósito declarado de restringir la distribución los beneficios netos impactados por inflación, porque en su entender “...la actividad bancaria se basa fundamentalmente en el mantenimiento de posiciones monetarias, [sin posibilidad] de invertir en activos no monetarios para anular los efectos de la inflación y sus ajustes...”, esto es, justifican “...la toma de medidas de naturaleza prudencial y preventiva que [SUDEBAN] juzgue convenientes para la seguridad del sistema bancario”.

En ese sentido, la Resolución 329.99 restringe el 50% del resultado neto semestral, prohibiendo su disposición, a lo que se suma la previa autorización de la SUDEBAN. Así lo caracteriza su ubicación en la cuenta 361.02 titulada “**Superávit restringido**” en el plan de contabilidad de la banca, esto es, se trata del abono a una partida que sigue el estatuto propio de una reserva obligatoria para el mantenimiento del capital por ministerio legal.⁴⁶

La cuenta 361.00 no es la contrapartida de un incremento patrimonial real, sino la aplicación de normas contables especiales de valoración. Esto significa que hasta un 50% de utilidad del ejercicio se reconoce como un incremento de patrimonio nominal, pero no como un auténtico resultado disponible porque se sobrentiende que no implica aumento efectivo de la capacidad adquisitiva invertida en el capital social de la banca. Su finalidad está orientada a servir como de “**reserva de garantía**” para el manteni-

⁴⁵ Cfr. Gabriel Ruan S., *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Ediciones Funeda, Caracas, 1998, pág.71.

⁴⁶ Manual de Contabilidad para Instituciones Bancarias SUBCUENTA 361.02 Superávit restringido DESCRIPCIÓN En esta subcuenta se registra el superávit de ejercicios anteriores que son de disponibilidad restringida, aunque no definitivamente. http://www.sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/Manuales_Contables/INSTITUCIONES-BANCARIAS/DIN-300-REEXPRESIONMONETARIAOCT2021.pdf

miento del capital nominal invertido, esto es, tiene un limitado propósito retentivo ante el deterioro inflacionario. Podríamos calificar el superávit restringido *ex* cuenta 361.02 como una “**reserva de garantía en inflación**”.

Por eso se trata de una excepción al derecho común contable mercantil como prohibición (restricción) de que el 50% del beneficio neto integre *prima facie* la parte disponible en el patrimonio susceptible de aplicación mediante distribución como dividendo para el accionista. La dotación de esta reserva especial tiene por finalidad dar una protección específica a la entidad bancaria y a sus acreedores contra las pérdidas monetarias implícitas por la tenencia de una posición monetaria neta activa en inflación y más ampliamente asegurar la solvencia patrimonial de la banca.

Confirma la afectación del 50% de la utilidad neta al mantenimiento del capital financiero las restricciones que prescribe la Resolución No. 329.99 en concordancia con la Circular No. 3660, respecto de la disponibilidad del saldo neto acreedor reflejado en la cuenta 361.02. El segundo aparte limita con rotundidad su aplicación únicamente para su reclasificación en otros destinos específicos como elementos patrimoniales, pero jamás que suponen apropiación del *superávit*: (i) aumento de capital, (ii) enjugar las pérdidas o déficit operacionales mantenidos en cuentas patrimoniales; (iii) en la constitución o cobertura de saldos deficitarios en provisiones para contingencias de activos, ajustes o pérdidas determinadas por la SUDEBAN y (iv) compensar los gastos diferidos basados en planes especiales aprobados por SUDEBAN; adicionalmente, compensación de costos y las plusvalías generadas en las fusiones o transformaciones reflejadas en su oportunidad la LISB así como los costos y plusvalías que se generen en las fusiones o transformaciones que se efectúen una vez emitida la Circular No. 3660.

Así mismo, la Circular No. 3660 contempla excepcionalmente que, cuando la institución bancaria no amerite aplicar el saldo registrado en la cuenta 361.02 en los conceptos descritos en aquella o si una vez aplicados existe un importe excedentario, la SUDEBAN previa solicitud y evaluación podrá autorizar el registro de esos importes en el superávit por aplicar. Esta regla complementaria confirma el principio de indisponibilidad de la reserva patrimonial y su excepcional liberación previa habilitación administrativa. Solo en esa circunstancia de modo y oportunidad podrá considerarse su traspaso al *superávit por aplicar*, esto es, a la parte del beneficio acumulado susceptible de distribución como dividendo al accionista.

La Resolución No. 329.99 contiene una regulación especial no solo sobre el reconocimiento y registro de un apartado patrimonial para restringir un 50% del resultado semestral, sino sobre las consecuencias jurídicas de la disposición de dicho superávit en la estructura patrimonial de las instituciones financieras. Dicha regulación se distancia radicalmente del tratamiento típico contable según principios de aceptación general y de las consecuencias jurídicas que aplican en el derecho común mercantil

reguladas en los artículos 304 y 307 del Código de Comercio⁴⁷ para la determinación y apropiación del beneficio de las sociedades mercantiles por los accionistas.

La atipicidad de estos efectos también se deja sentir en el ámbito tributario, pues como veremos más adelante la indisponibilidad del 50% del beneficio neto como apartado restringido, constituye una circunstancia que no representa una expresión de capacidad económica efectiva y condiciona el reconocimiento legal del beneficio como un evento gravable para el ISR.

En definitiva, la restricción del 50% del beneficio neto semestral y sus destinos patrimoniales supeditan la disponibilidad a una condición suspensiva y liberatoria (autorización) de la SUDEBAN, que es imprescindible para superar la restricción del superávit según los destinos expresamente previstos en la circular No. 3360.

Así, prevalecen las normas prudenciales dictadas por la SUDEBAN conforme al criterio de competencia, por ser la norma que pertenece a la fuente competente para regular la materia, por encima de las normas tributarias, incluyendo consistentemente su aplicación preferente sobre el tratamiento contable y legal general que debe ceder en este caso (criterios de especialidad y excepcionalidad- *Lex specialis derogat legi generali*), frente a las normas particulares de SUDEBAN que establecen tratamientos contables y restricciones legales alternos que pretenden (i) reflejar más fielmente la sustancia económica de las operaciones e intenciones de los sujetos involucrados y en su caso (ii) someter a normas condicionales especiales de procedencia y controles autorizatorios la modificación o supresión de las restricciones patrimoniales, con la finalidad última de proteger previamente el interés general en la solvencia patrimonial y la liquidez de las entidades financieras.

3. Sobre las restricciones patrimoniales del superávit restringido según la Resolución No. 329.99 en concordancia con Circular No. 3660 y su indisponibilidad a efectos del ISR

Por imperativo legal solo es gravable el enriquecimiento neto disponible. Así lo confirman los artículos 1⁴⁸ y 5⁴⁹ de la LISR. No basta el mero incremento neto de

⁴⁷ Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial No. 475 extraordinario* del 21 de diciembre de 1955.

⁴⁸ **Artículo 1 de la LISR:** Los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, causarán impuestos según las normas establecidas en esta ley.

⁴⁹ **Artículo 5 de la LISR:** Los ingresos se considerarán disponibles desde que se realicen las operaciones que los producen, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerará disponible para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda. Los ingresos provenientes de créditos concedidos por bancos, empresas de seguros u otras instituciones de crédito y por los contribuyentes indicados en los literales b, c, d y e del artículo 7 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y los derivados del arrendamiento o subarrendamiento de bienes muebles e inmuebles, se considerarán disponibles sobre la base de los ingresos devengados en el ejercicio gravable.

patrimonio. Es necesario que el enriquecimiento neto esté económica y jurídicamente a disposición del contribuyente. Este es el criterio que determina la condición y el momento de imputación o reconocimiento para que una renta resulte gravable. Su objetivo es asegurar el gravamen de beneficios realmente obtenidos y no de meras expectativas de ganancias⁵⁰.

Según el artículo 5 se entiende que, los beneficios netos semestrales constituyen enriquecimiento jurídicamente disponible cuando **“...se realizan las operaciones que lo producen...”**. Resulta obvio que los simples beneficios restringidos no tienen consecuencias impositivas, independientemente que su apropiación (*recticus*: disposición) solo pueda ser autorizada por SUDEBAN.

La indisponibilidad jurídica se devela por la existencia de obstáculos jurídicos que impiden el uso o goce del 50% del beneficio neto, que opera como una condición suspensiva o un obstáculo funcional que impide el aprovechamiento económico o que imposibilita en este caso al contribuyente disponer libremente de dichos importes. Por tal motivo, la doctrina señala que **“[l]a renta económica para ser gravable, debe encontrarse jurídica y económicamente a disposición del contribuyente. Es decir, ejercer respecto a ella la facultad de usarla, de gozarla y de disponer de ella a su arbitrio. Como se observa, este concepto va a precisar el momento en que la renta, ya producida, viene a entrar en el dominio fiscal. Por ello su importancia no estriba tanto en determinar la existencia de la renta, como en fijar la oportunidad en que se cause el impuesto y el ejercicio fiscal al cual debe atribuirse el producto de éste”**⁵¹.

Adicionalmente, en el caso de la prohibición de la Resolución No. 329.99 que restringe a **la banca** la facultad de usar, de gozar y de disponer del 50% del enriquecimiento neto a su libre arbitrio, sólo con la autorización de la SUDEBAN pueden reclasificarse esa partida para otros fines de garantía del patrimonio. Y ultimadamente, la posibilidad legal de registrar dichos importes en la cuenta **“superávit por aplicar”**,

Los enriquecimientos provenientes del trabajo bajo relación de dependencia y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento en que son pagados.

⁵⁰ Cfr. José Octavio, *Elementos Fundamentales del Impuesto sobre la Renta en la Ley del 16 de diciembre de 1966*, Colección Trabajo de Ascenso, No. 1, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971, pág. 79. Vid. igualmente: Félix Hernández R., **“La disponibilidad en el Impuesto sobre la renta”**, 60 años de Imposición a la renta en Venezuela. Evolución Histórica y Estudios de la ley vigente, en homenaje a los Expresidentes de la A.V.D.T, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, págs. 277-308. En igual línea de opinión, Serviliano Abache C., *Pedro Tinoco, H: trascendencia y vigencia*, Serie Estudios No. 144, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2022, págs. 136 y 137.

⁵¹ Cfr. Juan Verhook H., *Criterios de Interpretación y Aplicación de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Caracas, 1969, pág. 67. Esto era lo que establecía el artículo 6 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de 1943: Artículo 6: Se considera que una renta o enriquecimiento es disponible cuando su titular puede usar, gozar o disponer de él, porque no se lo impide ningún obstáculo de carácter jurídico o material.

podría justificar la disponibilidad fiscal de dicho importe, por haberse superado el evento que restringe el enriquecimiento neto, pero siempre a cambio de un control previo de SUDEBAN que legitime un cambio de estatus para esos fondos. Por tal razón se afirma que, el resultado restringido bajo la cuenta 360.02 constituye un incremento patrimonial en suspenso y condicionado.

Se trata de una razón obvia: si este incremento patrimonial en suspenso no puede ser distribuido como dividendo a pesar de ser parte del resultado financiero, con mayor razón tampoco puede ser gravable para fines fiscales, pues no es un auténtico y pleno enriquecimiento disponible. Será reconocido fiscalmente sólo cuando sea exigible. En consecuencia, **la banca** no puede ni debe incluirlo en la determinación de su renta real, como expresión de su derecho a contribuir conforme a su capacidad económica real y efectiva (artículo 316 constitucional⁵²), sin que medie autorización previa de la SUDEBAN para aplicar dichos importes como de libre disposición.

De lo contrario se presentaría el absurdo de la imposición de un incremento patrimonial que no es reconocido jurídicamente como un beneficio y del cual no se tiene disposición económica ni jurídica. En definitiva, se trataría de la imposición de una ganancia ficticia o artificial.

Como se afirmó *supra*, si bien las reglas de la contabilidad bancaria no enervan las reglas sobre cuantificación y presentación del resultado fiscal, tampoco la independencia de las reglas sobre la contabilidad bancaria respecto de la contabilidad fiscal implica una autonomía absoluta entre ambas regulaciones. Las restricciones que la contabilidad bancaria impone aplicarán en materia tributaria en la medida que integren normativamente las condiciones del hecho imponible y sus corolarios de incidencia.

En todo caso, la disponibilidad fiscal del resultado restringido solo ocurrirá con la autorización de la SUDEBAN y por lo tanto solo gravable en esa situación y momento.

⁵² **Artículo 316 de la Constitución:** El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos. La moderna construcción del “**principio de capacidad contributiva**” como un auténtico “**derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica**” potencia la explicación racional que garantiza dos objetivos: (i) por una parte, que el reparto de la tributación tenga base en una medida de igualdad derivada de la naturaleza de la cosa, esto es, de la materia gravada que es objeto de reparto y (ii) de otro lado, que las desviaciones de esta medida ideal de igualdad, solo operarían en aras de otros fines, siempre que se sometan al control de proporcionalidad.

4. Base de cálculo para la exclusión del enriquecimiento neto correspondiente al superávit restringido del 50% de los resultados financieros de la banca de cada semestre

Consideramos que el cálculo del 50% de los resultados que se registran en la partida de **Superávit Restringido** debe realizarse con base en el resultado antes del gasto del ISR del período, ya que, de lo contrario, se incurrirá en un resultado absurdo por causa de un cálculo cíclico que impide llegar a un resultado definitivo. Una integral cíclica es aquella que para resolverse se llega nuevamente a la integral original, la cual pasará a ser un elemento de la primera.

La racionalidad de esta fórmula de cálculo es adoptada por la LISR en situaciones idénticas que consideran cuantificaciones fiscales basadas en un punto o situación previa. Un ejemplo emblemático es el cálculo del máximo deducible por concepto de liberalidad *ex* artículo 27, párrafo tercero, el cual señala que dicho límite debe realizarse antes de determinar la renta neta, así: **“La deducción de las liberalidades y donaciones autorizadas en el párrafo anterior, no excederá de los porcentajes que seguidamente se establecen de la renta neta, calculada antes de haberlas deducido”**.

Para evitar incurrir en un cálculo cíclico el monto del superávit restringido debe determinarse sobre el resultado financiero antes de impuesto, ya que el gasto de impuesto en sí mismo no puede tener efecto fiscal y debe excluirse de su cálculo.

La renta fiscal se determina a partir de la renta financiera, mediante el procedimiento de conciliación de la renta. Este procedimiento consiste en confrontar la primera medición con la que resulta de las exclusiones de ingresos brutos y prohibiciones de minoración (deducciones) de la base imponible previstas en la LISR. El *quantum* del tributo se obtiene por la aplicación de la alícuota a la base imponible. El gasto de impuesto que está en el resultado neto semestral y, finalmente, en el superávit restringido no puede ser parte de la conciliación de la renta porque no puede ser parte de sí misma, al igual que todas las otras partidas que son conciliadas por su importe antes de efectos impositivos. En otras palabras, no se puede partir del resultado neto después de impuesto, puesto que éste es parte de aquel y resultaría en hacer gravable el impuesto mismo.

La renta financiera incluye partidas (ingresos, costos, gastos) que deben conciliarse con las reglas técnicas de la LISR, de manera que, matemáticamente considerándolo, es lo mismo apartar el 50% de la renta fiscal (para no someterla al ISR) que tomar la mitad de la renta financiera, y tener que conciliarla con las reglas de la LISR, para obtener una base imponible que cumpla con las reglas tributarias. Por las dos vías se obtiene el mismo resultado. Es decir, el cálculo de la diferencia impositiva, en su aplicación práctica, puede resultar equivalente al 50% del enriquecimiento global neto.

La metodología anterior tiene otro ejemplo en el caso de una multa pagada por el contribuyente en el ejercicio tributario. La multa no es deducible (en el ciento por ciento-100%) de la renta bruta sometida al ISR. Se obtiene el mismo resultado si (i) se prepara la conciliación de la renta, según lo antes explicado, y a la renta gravable se le aparta el 50%, para no someterla al ISR o no dejarla comprendida en la base imponible gravable, que (ii) tomar la renta financiera, apartar el 50%, y luego a dicho saldo conciliarlo con las reglas de LISR, puesto que se obtendrá en definitiva el mismo monto, la misma base imponible sometida al tributo.

Así las cosas, el monto del superávit restringido es una partida no gravable en la conciliación de la renta –minoración de la base imponible– del ISR, lo cual impactará del gasto del ISR en el resultado de cada ejercicio sobre el cual se calculará el apartado para el Superávit Restringido. Entonces, para su cómputo se requiere a su vez conocer el gasto del ISR que incluye el efecto no gravable del Superávit Restringido, lo cual genera una ecuación cíclica, haciendo imposible el cálculo.

5. Tratamiento fiscal de la capitalización de la cuenta de “resultados acumulados” a los fines de la resolución No. 014.22 sobre las “Normas relativas a la constitución del capital mínimo para la constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias”

En complemento de la Resolución No. 329.99 y la Circular No. 3660 la SU-DEBAN decidió, en la Resolución 014.22, reforzar los niveles de capitalización de la banca para potenciar su funcionamiento y capacidad para la absorción de pérdidas. Esta decisión tiene causa en el deterioro monetario acumulado sobre la estructura patrimonial de la banca, particularmente el de la cifra nominal del capital social por los efectos erosivos de la hiperinflación y responde a la obligación legal de garantizar un nivel adecuado de capitalización que genere confianza, seguridad jurídica en sus operaciones y en protección a los usuarios⁵³.

Consecuentemente, la Resolución 014.22 impuso dos parámetros mínimos de capital social para la constitución y funcionamiento de las instituciones del sector bancario, uno (i) para constituirse cifrado en moneda extranjera⁵⁴ y (ii) para operar el equivalente al 3% del activo total de la entidad expresado en el balance general de publicación, cuyo incremento puede efectuarse hasta en un 40% capitalizando los resultados acumulados de años anteriores.

⁵³ Considerando tercero de la Resolución No. 014.22.

⁵⁴ Artículo 8 Resolución No. 014.22. Equivalente a 1.200.000 veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela si tiene su asiento principal en el área metropolitana de Caracas.

En su caso la posible capitalización del *superávit restringido* a los fines de dar cumplimiento a los niveles mínimos de capital social exigidos en la Resolución 014.22 no constituye un evento disponible de dichos enriquecimientos. Nuevamente, (i) se trata de una reclasificación de una cuenta patrimonial igualmente indisponible con el mismo fin de respaldar el patrimonio, y porque (ii) independientemente de que el *superávit* se integre al capital de los bancos esta cifra es indisponible para la entidad, jurídica y económicamente, quien no puede reducirlo en ningún caso sin permiso de la SUDEBAN.

Tampoco la reclasificación del *superávit restringido* como un aumento del capital nominal de la banca implica una transacción o alteración patrimonial definitiva que justifique su calificación como tal enriquecimiento disponible para el accionista. Sencillamente la reclasificación implica la reconducción de una cuenta de patrimonio bajo su denominación e integración del capital social. En ningún caso implica una salida de recursos o una disminución de tal patrimonio.

Con la reclasificación no hay jurídicamente una extinción o un cruce de cuentas como ocurre con los supuestos descritos en la Circular No. 3660 de (i) el enjuque de pérdidas, (ii) la neutralización de gastos diferidos, costos y plusvalías generadas en fusiones o transformaciones o (iii) una hipotética reclasificación al *superávit por aplicar*. Todos estos eventos implican el reconocimiento de transacciones que alteran y disminuyen el patrimonio del Banco en forma definitiva.

Sin menoscabo de la alteración patrimonial definitiva que implican los eventos descritos en la Circular No. 3660 somos de la opinión que, aun en esos casos, la disposición de un resultado nominal constituye una forma de descapitalización porque se trata económicamente de la aplicación de resultados monetarios o ficticios.

En todo caso, desde al Circular SIB-II-GGR-GNP-No. 04 201 de fecha 28 de junio de 2023, el destino del *superávit restringido* por inflación solo puede ser su capitalización con lo cual se confirma que su destino es proteger el capital social y exclusivamente puede ser utilizado para integrarlo.

Finalmente, tampoco la capitalización del *superávit restringido* constituye un dividendo en acciones para el accionista; tampoco es gravable y mucho menos susceptible anticipo retentivo (parágrafo primero) a los fines del artículo 71 LISR⁵⁵.

Por su origen el importe capitalizado no es una “**utilidad recaudada**” en los términos del artículo 307 del C.Com⁵⁶, sino simplemente un resultado nominal, una

⁵⁵ Artículo 71 LISR:

⁵⁶ Artículo 307 C.Com:

expresión *fortfaitaria* (presunción normativa) de sustancia monetaria, dirigida a preservar el patrimonio de la erosión inflacionaria en el contexto de una valoración en moneda histórica. Por eso no es un incremento patrimonial real susceptible de distribución como dividendo, esto es, un beneficio distribuible al accionista. Por el contrario, en su caso, se trataría, en esencia, de un reintegro o una descapitalización si se permitiera su distribución como dividendo y el eventual impuesto a ese pretendido dividendo una exacción sobre una renta ficticia.

El artículo 307 del C.Com limita la parte disponible del patrimonio para distribución de dividendos a “... **las utilidades líquidas y recaudadas**”. Señala el profesor Alfredo Morles, que “...**las utilidades sobre las cuales puede pagarse dividendos, además de provenir de un balance aprobado y ser reales, deben ser líquidas y exigibles (artículo 307 del Código de Comercio) ... las utilidades deben ser reales, es decir, corresponden a incrementos efectivos de patrimonio. De otro modo, se estaría frente a utilidades ficticias, producida por valoraciones excesivas, pasivos disimulados, amortizaciones insuficientes otros mecanismos que alteran los verdaderos resultados del ejercicio**”⁵⁷.

De otro lado es conveniente tener presente que la exigencia del pago de dividendos sólo con cargo a utilidades líquidas y recaudadas viene radicalizado por las prescripciones del C.Com, que califican como un supuesto de quiebra dolosa o fraudulenta aquella en la que se han pagado dividendos de utilidades manifiestamente inexistentes, que con ello hayan disminuido el capital social <artículo 920(3)>. Asimismo, los administradores son solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros de la existencia real de los dividendos pagados <(artículo 266(2))>. Todo ello remacha la exigencia a que el pago del dividendo se circunscriba, estrictamente, a la parte líquida y disponible de los incrementos de patrimonio, asegurando la realización del cometido supremo de mantener la integridad de la garantía de los acreedores⁵⁸.

6. Tratamiento del registro del impuesto diferido pasivo por las diferencias entre la base financiera y la fiscal

El cálculo del impuesto diferido es un típico ejemplo de cómo el derecho tributario condiciona la valoración contable, pues los criterios de reflexión sobre el efecto del ISR diferido son fundamentalmente jurídicos, aunque se apliquen en un contexto de decisión financiero.

⁵⁷ Cfr. Alfredo Morles H., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, <Las sociedades mercantiles>, Universidad Católica Andres Bello, Caracas 1985, pág. 120

⁵⁸ Ver nuestros comentarios, en Humberto Romero-Muci, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, págs. 502 y 503.

La norma contable sobre el impuesto diferido responde a dos funciones esenciales, (i) se trata de una norma valorativa y (ii) se trata de una norma contable que focaliza sobre las consecuencias futuras de eventos o transacciones actuales, concretamente considera la repercusión en el futuro del efecto tributario actual (obligación legal). Por tal razón, la valoración se focaliza en el análisis jurídico anticipado del efecto futuro de dichas partidas.

Por su parte, el análisis sobre los efectos futuros de las diferencias de bases debe focalizarse en el tiempo previsible en que pueda ocurrir que ambas bases sean iguales y en consecuencia desaparezca la partida temporaria. Es decir, la premisa fundamental de las partidas temporarias es que en el futuro previsible dicha partida pueda revertirse. Podemos indicar que, el origen de las diferencias de bases surge de una norma legal tributaria que se aleja de un lineamiento contable, que sólo cuando en el futuro previsible se completen los requisitos legales prescritos en la norma tributaria, la diferencia desaparecerá completándose así el ciclo normal de las partidas temporarias que surgen en un año y se extinguen en otro distinto.

Cuando no se espera que las diferencias sean revertidas en el futuro previsible se consideran diferencias permanentes, afectando, por ende, el gasto corriente y, por tanto, no generan gasto de impuesto diferido en el ejercicio en el que son detectadas, esto es, no tienen consecuencias hacia el futuro que justifique reconocer y valorar.

En nuestro caso, el superávit restringido del 50% del resultado semestral de la banca es una partida permanente porque jurídicamente no generará un gasto de impuesto en el futuro, bajo la expectativa de que su única aplicación es el aumento de capital social.

Adicionalmente, la condicionalidad del 50% del superávit restringido enerva cualquier hipotético impuesto diferido porque no hay eventual obligación tributaria para la entidad. En efecto, la Circular No. 04201 circunscribe la aplicación del superávit restringido queda circunscrito únicamente al aumento de capital, previa autorización de la SUDEBAN; por tanto, nunca habría gravabilidad futura porque el destino de la cuenta está absolutamente condicionado a su capitalización por la norma. Ello confirma una vez más que el superávit restringido es una ganancia nominal, y no real y que su objetivo no puede ser otro que de servir como reserva forzosa de garantía para mantener el capital social en razón del envilecimiento monetario.

La diferencia de valoraciones entre las bases financiera y fiscal que tiene causa en el registro de ese elemento patrimonial es de improbable recuperación o reversibilidad, esto es, inverosímil que se haga disponible fiscalmente. Por su naturaleza el importe registrado en el superávit restringido solo representa ganancias nominales y su hipotética liberación en una situación acumulada de hiperinflación y devaluación del

bolívar, aun bajo las consideraciones de la Resolución 014.22 (ahora derogadas bajo la Circular 04201) es sencillamente una quimera y permite estimar que solo podría materializarse con la liquidación de la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Jurídicamente la restricción patrimonial sobre el 50% del resultado semestral de la banca constituye una condición suspensiva que prohíbe y posterga su disposición. Se trata de una restricción forzosa y de propósito *ex lege*. Opera como una ablación en el patrimonio y a la libertad de la banca sobre el beneficio. Ello enerva el gravamen del 50% del enriquecimiento neto como expresión real y efectiva de capacidad contributiva (artículo 316 constitucional).
2. Económicamente la restricción patrimonial por inflación sobre el 50% del resultado semestral de la banca constituye un reconocimiento institucional de que ese resultado financiero representa un incremento exclusivamente nominal de patrimonio, que obliga a su retención forzosa para evitar la descapitalización de la banca.
3. No es disponible y, por ende, no gravable a los fines del ISR, el enriquecimiento neto que representa el superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial del 50% de los resultados de la banca de cada semestre registrados en la subcuenta 361.02 del plan contable para la banca, conforme a la Resolución No 329.99 y la Circular No. **04201**.
4. Se trata de enriquecimientos que no son representativos de incrementos patrimoniales reales y efectivos, por ser económica y jurídicamente indisponibles conforme a la expresa prohibición de la Resolución No 329.99 y la Circular No. **04201** que restringen a la entidad financiera la disposición de esos enriquecimientos.
5. El cálculo del 50% de los resultados que se registran en la partida de “Superávit Restringido” debe realizarse con base en el resultado neto antes del gasto del ISR sobre los resultados acumulados de ese período.
6. Tampoco es gravable la posible capitalización del *superávit restringido* a los fines de dar cumplimiento a niveles mínimos de capital social, según lo establece la Resolución No. 014.22, por la misma razón que (i) se trata de una simple reclasificación del *superávit restringido* a una cuenta patrimonial igualmente indisponible con el mismo fin de respaldar el patrimonio, sin que dichos importes muten en disponibles económica o jurídicamente y porque (ii) independientemente que el *superávit* se integre al capital de los bancos esta cifra es indisponible para la entidad, quien no puede reducirlo en ningún caso sin permiso de la SUDEBAN.

7. La eventual capitalización del *superávit* restringido tampoco califica como un dividendo en acciones. Esta capitalización no es susceptible del impuesto al dividendo *ex* artículo 71 de la LISR: (i) no se trata de la distribución de un auténtico dividendo (no es un beneficio recaudado *ex* artículo 304 del C.Com) y (ii) la reclasificación de cuentas solo tiene el efecto de una redenominación de la participación del accionista en el capital social nominal producto de la integración del *superávit* al capital, sea por cambio del valor de la acción o por emisión de nuevas acciones. En su caso el costo del accionista en las nuevas acciones será igual a cero evidenciando que no añade algo nuevo al patrimonio del accionista.
8. Desde la Circular No. **04201** el *superávit* restringido tiene como único destino posible su capitalización. No es susceptible de liberación como “**superávit por aplicar**”, para ser distribuido como dividendo o seguir otros fines permitidos distintos al aumento de capital mínimo requerido, como lo fue según la derogada Circular No. 3360, por no ser necesario o exceder la cobertura de los destinos allí descritos aquella, previa autorización de SUDEBAN.
9. El *superávit* restringido del 50% del resultado semestral de la banca es una partida permanente si se utiliza para un aumento de capital de conformidad con la Resolución 029.23. La diferencia de bases financiera y fiscal por este concepto no genera impuesto diferido futuro debido a su improbable recuperación e irreversibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

- ANDRÉS AUCEJO, Eva, *La actualización monetaria de valores contables*, Marcial Pons, Madrid 1997
- ABACHE C, Serviliano, *Pedro Tinoco, h: trascendencia y vigencia*, Serie Estudios No. 144, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2022
- BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James, *El poder fiscal <fundamentos analíticos>*, Unión Editorial, Madrid 1987
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la Ley de sociedades anónimas)*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid 1997.
- FOWLER NEWTON, Enrique, *Contabilidad superior*, Tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1995
- HERNÁNDEZ A., Hilario, “Las potestades de dirección y supervisión. Especial referencia a las del Banco de España (la intervención pública en el crédito y la banca: aspectos funcionales)”, en *Estudios de derecho público bancario*, (Sebastián Martín-Retortillo, director), Editorial Ceura, Madrid, 1987

- HERNÁNDEZ R, Félix., “**La disponibilidad en el Impuesto sobre la renta**”, en *60 años de Imposición a la renta en Venezuela. Evolución Histórica y Estudios de la ley vigente* (homenaje a los Expresidentes de la A.V.D.T), Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003
- LAZZATI, Santiago, *Contabilidad e inflación, conceptos fundamentales*, Ediciones Macchi, Tercera edición, Buenos Aires 1992
- LÓPEZ S, Horacio, ALEMÁN, Alberto A y LUPPI, Hugo A, *Estados contables en moneda constante*, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1993
- MOLES C, Antonio, *Estudios de Derecho Público*, Instituto de Derecho Público, FCJP, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997
- MORLES H, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, <*Las sociedades mercantiles*>, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1985
- _____, *La Banca <en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela>*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2016.
- MUCI B., José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.
- _____, *Potestad reglamentaria y reglamento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana
- MUCI F, Gustavo y MARTÍN P, Rafael, *Regulación bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2004
- OCTAVIO, José, *Elementos Fundamentales del Impuesto sobre la Renta en la Ley del 16 de diciembre de 1966*, Colección Trabajo de Ascenso, No. 1, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971
- PÉREZ RAMÍREZ, Jorge, (coordinador), *Banca y seguros, capital y contabilidad*, (IFRS 9, 17, Basilea III y Solvencia II), Marcial Pons, Madrid 2017
- PÉREZ RAMÍREZ, Jorge, *Banca y contabilidad (historia, instituciones, riesgos y normas internacionales IFRS)*, Marcial Pons, Madrid 2009
- PIÑALES L., Javier, “**Coefficientes (la intervención pública en el crédito y la banca: aspectos funcionales)**”, *Estudios de derecho público bancario*, (Sebastián Martín-Retortillo, director), Editorial Ceura, Madrid, 1987.
- ROMERO Muci, Humberto, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005
- _____, “**El impuesto inflación al patrimonio bancario: inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal las entidades financieras y de seguros**”, en el Libro *La Banca <en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela>*, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2016.
- RUAN, Gabriel, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Ediciones Funeda, Caracas, 1998
- URDANETA F., Enrique, *Problemas de orden jurídico que suscita la publicación técnica sobre reestructuración de patrimonio ajustado por los efectos de la inflación (PT de 19)*, Librosca, Caracas 2000

VERHOOK H, Juan, *Criterios de Interpretación y Aplicación de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Caracas, 1969

Legislación.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 36.860* del 30 diciembre 1999.

Venezuela. Ley General de Bancos y otras instituciones de financieras de 1993. Publicada en *Gaceta Oficial No. 4.649 extraordinario* del 19 de noviembre de 1993.

Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en *Gaceta Oficial No. 40.557* del 08 diciembre 2014.

Venezuela. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta. Publicado en *Gaceta Oficial No. 6.210 extraordinario* del 30 de diciembre de 2015.

Venezuela. Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial No. 475 extraordinario* del 21 de diciembre de 1955

Venezuela. Resolución No. 16-03-01 del Banco Central de Venezuela (BCV), *Gaceta Oficial No. 40.865* del 9 de marzo de 2016.

Venezuela. Resolución No. 22-03-01 de fecha 17 de marzo de 2022, del Banco Central de Venezuela (BCV), *Gaceta Oficial No. 42.341* de fecha 21 de marzo de 2022.

Venezuela. Manual de contabilidad para la banca. Publicado en *Gaceta Oficial No. 40.949* del 21 de julio de 2016.

Venezuela. Resolución No. 329.99 de fecha 28 de diciembre de 1999 emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario publicada en *Gaceta Oficial No. 36.859* del 29 de diciembre de 1999

Venezuela. Resolución No. 008.18 del 8 de febrero de 2018, emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”), que contiene las **“Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos originados por el efecto de la actualización al tipo de cambio oficial de conformidad con el convenio cambiario No. 39”**. *Gaceta Oficial* Disponible en: http://www.sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/4-DE-LA-CONTABILIDAD-PUBLICACION-DE-EDOS-FINANCIEROS/4-80-RES-008-18.pdf

Venezuela. **Circular SIB-II-GGR-GNP-03660** de fecha 3 de febrero de 2015 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que contiene los **“Parámetros que las instituciones bancarias deben considerar para la aplicación del superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial del 50% de los resultados de cada semestre”**. Disponible en: http://www.sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/4-DE-LA-CONTABILIDAD-PUBLICACION-DE-EDOS-FINANCIEROS/4-50-CC-SIB-II-GGR-GNP-03660.pdf

Venezuela. Resolución No. 070.19 de 20 de diciembre de 2019, emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario sobre las **“Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos generados por los aumentos o disminuciones producto de la variación del capital de los créditos comerciales enmarcados en la resolución No. 19-09-01 del Banco Central de Venezuela”**

- Venezuela. Resolución No. 014.22 de fecha 10 de marzo de 2022 emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, sobre **“Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias”**, publicada en *Gaceta Oficial No. 42.412* del 6 de julio de 2022.
- Venezuela. Circular SIB-II-GGR-GNP-04201 de fecha 28 de junio de 2023, que contiene **“Lineamiento para la aplicación del superávit restringido, constituido con ocasión del apartado patrimonial del 50% de los resultados de cada semestre que deben considerar las instituciones bancarias”**
- Venezuela. Resolución No. 025.17 de fecha 28 de marzo de 2017 de la SUDEBAN que contiene las **“Normas relativas a la aplicación de la Revaluación de Activos en las Instituciones Bancarias”**, *Gaceta Oficial N° 41.123* de 28 de marzo de 2017
- Venezuela. Resolución No. 101.17 del 12 de septiembre de 2017 emanada de SUDEBAN mediante la cual se dictan las **“Normas Relativas a la Aplicación de la Segunda Fase de Revaluación de Activos en las Instituciones Bancaria”**. *Gaceta Oficial* No. 41.261 del 20 de octubre de 2017.
- Venezuela. Circular SIB-II-GGR-GNP-03578 del de 29 de marzo de 2019. **“Aspectos a Considerar en la Aplicación de los Beneficios Netos Originados por el Efecto de la Valoración de los Activos y Pasivos al Tipo de Cambio a Libre Convertibilidad fijado mediante el Convenio Cambiario N° 1 Del 21 de agosto de 2018”**
- Venezuela. Circular SIB-II-GGR-GNP-No. 04 201 de fecha 28 de junio de 2023, sobre **“Lineamiento para la aplicación del superávit restringido constituido con ocasión del apartado patrimonial de 50% de los resultados de cada semestre que deben considerar las instituciones bancarias”**.
- Venezuela. Resolución No. 029.23 emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que contienen las **“Normas relativas al capital social mínimo para constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias y casas de cambio”**, publicada en *Gaceta Oficial No. 42.664* del 4 de julio de 2023.

Documentos electrónicos.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales: “Consideraciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria revisión de legislación venezolana que disciplina la banca, los seguros y el mercado de capitales”, de fecha 7 de octubre de 2019, consultado en <https://www.acienpol.org.ve/informe-de-la-comision-academica-para-el-estudio-del-sistema-financiero-venezolano/>

*El levantamiento del velo corporativo en Venezuela para el año 2023**

Carlos Eduardo Acedo Sucre**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 89-139

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo explicar la doctrina vigente del levantamiento del velo corporativo en Venezuela a través de un análisis de las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo de Justicia entre el año 2018 y el año 2023. Pero antes, se explicarán algunos fallos dictados por dicho Tribunal hasta el año 2017, ya que, para entender las sentencias recientes, interesa primero conocer bien sus antecedentes más relevantes.

Palabras claves: Velo corporativo, jurisprudencia, Tribunal Supremo de Justicia

The lifting of the corporate veil in Venezuela for the year 2023

Abstract: *The objective of this paper is to explain the current doctrine of lifting the corporate veil in Venezuela through an analysis of the decisions issued by the Supreme Court of Justice between 2018 and 2023. But first, some rulings issued by said Court until 2017, will be explained, since, to understand the recent rulings, it is important to know its most relevant antecedents.*

Keywords: *Corporate veil, jurisprudence, Supreme Court of Justice*

Recibido: 30/09/2023
Aprobado: 14/11/2023

* El presente artículo es el trabajo que presenté resumidamente el 27 de septiembre de 2023 en el Foro de Derecho Privado sobre Temas de Actualidad y Recientes Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado *Cum Laude*, 1982, Universidad Católica Andrés Bello; Diploma Superior, Derecho Civil, Mención Bien, 1986, Universidad de París 2; y Diploma de Estudios Doctorales, Mención Muy Bien, 1988, Universidad de París 2. Socio de MENPA – Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. Individuo de Número de Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Autor de tres libros: *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* (tesis doctoral), *Temas de Derecho de Seguros* (con Manuel Acedo Mendoza), y *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión* (trabajo de incorporación a la Academia); y de numerosos artículos de temas legales. Muchas de estas obras están disponibles en: www.menpa.com.

*El levantamiento del velo corporativo en Venezuela para el año 2023**

Carlos Eduardo Acedo Sucre**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 89-139

SUMARIO:

I) Planteamiento del problema. II) Sentencias principales del Tribunal Supremo sobre levantamiento del velo corporativo anteriores al año 2017. III) Comentarios generales sobre las sentencias del Tribunal Supremo durante el período 2004-2017. IV) Sentencias del Tribunal Supremo sobre levantamiento del velo corporativo del período 2018-2023. V) Conclusión. VI) Agradecimiento.

I) Planteamiento del problema

Hasta el 14 de mayo de 2004, era necesario un fraude, abuso u otro hecho ilícito, imputable a dos o más miembros de un grupo empresarial, para levantar el velo corporativo; es decir, los miembros tenían que haber incurrido en culpa, para que el juez ignorara sus personalidades jurídicas separadas, a fin de exigirles responsabilidad.

En efecto, el artículo 1185 del Código Civil, que abre la sección “De los Hechos Ilícitos”, establece que toda persona responde de los daños que cause por negligencia, imprudencia o mala intención, o por abuso de derecho;¹ y el artículo 1195 del Código Civil establece que, si el hecho ilícito tiene dos o más autores, todos son solidariamente responsables.²

* El presente artículo es el trabajo que presenté resumidamente el 27 de septiembre de 2023 en el Foro de Derecho Privado sobre Temas de Actualidad y Recientes Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado *Cum Laude*, 1982, Universidad Católica Andrés Bello; Diploma Superior, Derecho Civil, Mención Bien, 1986, Universidad de París 2; y Diploma de Estudios Doctorales, Mención Muy Bien, 1988, Universidad de París 2. Socio de MENPA – Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. Individuo de Número de Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Autor de tres libros: *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* (tesis doctoral), *Temas de Derecho de Seguros* (con Manuel Acedo Mendoza), y *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión* (trabajo de incorporación a la Academia); y de numerosos artículos de temas legales. Muchas de estas obras están disponibles en: www.menpa.com.

¹ Artículo 1185 del Código Civil:

“El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.”

² Artículo 1195 del Código Civil:

“Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales.”

Entonces, si un fraude, abuso u otro hecho ilícito, que se subsume en el artículo 1185 del Código Civil, es imputable a dos o más miembros de un grupo empresarial, éstos responden solidariamente, conforme al artículo 1195 del Código Civil, o sea, las personalidades jurídicas separadas no impiden responsabilizarlos, por lo que ocurre el levantamiento del velo corporativo.

Por ejemplo, si las compañías de un grupo empresarial no presentan sus estados financieros anuales en el Registro Mercantil o presentan estados financieros falsos, y si los acreedores de una de estas compañías, por no contar con esta información financiera a tiempo, no logran cobrar sus acreencias, entonces estos acreedores pueden alegar la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo. En efecto, según los artículos 35,³ 266,⁴ 275,⁵ 304,⁶ 308⁷ y 329⁸ del Código de Comercio, los administradores de las sociedades anónimas son responsables de preparar estados financieros anuales exactos, sometérselos a los accionistas y presentárselos al correspondiente Registro Mercantil, en cuyo defecto las sociedades anónimas que no suministraron su información financiera o suministraron información financiera falsa, sus administradores actuantes y aquellos accionistas que controlan a dichas sociedades anónimas deben responder, conforme a los citados artículos 1185 y 1195 del Código Civil.

Antes del 14 de mayo de 2004, en ausencia de un fraude, abuso u otro hecho ilícito, era improcedente levantar el velo corporativo respecto de un grupo empresarial.

³ Artículo 35 del Código de Comercio:

“Todo comerciante al comenzar su giro y al fin de cada año, hará en el libro de Inventarios una descripción estimatoria de todos sus bienes, tanto muebles como inmuebles y de todos sus créditos, activos y pasivos, vinculados o no a su comercio. El inventario debe cerrarse con el saldo y la cuenta de ganancias y pérdidas; ésta debe demostrar con evidencia y verdad los beneficios obtenidos y las pérdidas sufridas”.

⁴ Artículo 266 del Código de Comercio:

“Los administradores son solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros... del exacto cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos sociales.”

⁵ Parte relevante del artículo 275 del Código de Comercio:

“La asamblea ordinaria... Discute y aprueba o modifica el balance”.

⁶ Parte relevante del artículo 304 del Código de Comercio:

“Los administradores presentarán... el balance respectivo con los documentos justificativos... El balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas”.

⁷ Parte relevante del artículo 308 del Código de Comercio:

“Dentro de los diez días siguientes a la aprobación del balance, presentarán los administradores una copia de él... al Juez de Comercio, que lo mandará a agregar al respectivo expediente.”

⁸ Parte relevante del artículo 329 del Código de Comercio:

“Los administradores están obligados a formar, en el plazo máximo de tres meses, contados a partir del término del ejercicio social, el balance, con la cuenta de ganancias y pérdidas y la propuesta de distribución de beneficios. A falta de disposición en el documento constitutivo, se entenderá que el ejercicio termina el 31 de diciembre de cada año... Dentro de los diez días siguientes a la aprobación del balance, presentarán los administradores una copia de él, y en su caso, del informe de los comisarios, el Juez de Comercio o Registrador Mercantil, que lo mandará a agregar al respectivo expediente.”

En efecto, el artículo 1223 del Código Civil establece que, para que haya responsabilidad solidaria, se requiere un acuerdo entre las partes o una disposición legal que la establezca.⁹ *En el caso del ejemplo anterior, la disposición legal que establece la responsabilidad solidaria es el citado artículo 1195 del Código Civil, que dispone que los coautores de de hecho ilícito responden solidariamente, lo que permite responsabilizar a todas las personas naturales y jurídicas involucradas en la falta de presentación de los estados financieros anuales de las compañías de un grupo, o en la falsedad de los estados financieros presentados, según el caso.*

Finalmente, antes del 14 de mayo de 2004, se consideraba que una obligación con varios deudores únicamente es indivisible cuando el objeto de esa obligación es, o bien la realización de un hecho que no se puede dividir, o bien la constitución o la transmisión de un derecho que no se puede dividir; así que, en estos casos y sólo en estos casos, cada uno de los deudores queda obligado por la totalidad. Lo anterior resulta de los artículos 1250¹⁰ y 1254¹¹ del Código Civil.

El Tribunal Supremo de Justicia (el “**Tribunal Supremo**”) cuestionó lo anterior a partir del 14 de mayo de 2004, declarando que se puede levantar el velo corporativo sin requerir que se establezca en juicio que el grupo empresarial incurrió en fraude, abuso u otro hecho ilícito.

El Tribunal Supremo llegó incluso a desestimar los artículos 201,¹² 205¹³ y 243¹⁴ del Código de Comercio, de los que se desprenden las personalidades jurídicas separadas de las compañías anónimas y otras sociedades mercantiles, entre ellas mismas y con respecto a sus socios y administradores.

⁹ Artículo 1223 del Código Civil:

“No hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley”.

¹⁰ Artículo 1250 del Código Civil:

“La obligación es indivisible cuando tiene por objeto un hecho indivisible, la constitución o la transmisión de un derecho no susceptible de división.”

¹¹ Artículo 1254 del Código Civil:

“Quienes hubieran contraído conjuntamente una obligación indivisible, están obligados cada uno por la totalidad.”

¹² Parte relevante del artículo 201 del Código de Comercio:

“Las compañías de comercio son de las especies siguientes:...

3° La compañía anónima, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción...

Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios”.

¹³ Parte relevante del artículo 205 del Código de Comercio:

“Los acreedores personales de un socio no pueden, mientras dure la sociedad, hacer valer sus derechos sino sobre la cuota de utilidades correspondientes al mismo como resultado del balance social, y después de disuelta la sociedad, sobre la cuota que le corresponda en la liquidación.

Pueden, con todo, embargar el derecho o participación de su deudor, y aún hacer rematar en las sociedades en comandita por acciones, anónimas y de responsabilidad limitada, las acciones o cuotas que le correspondan”.

¹⁴ Parte relevante del artículo 243 del Código de Comercio:

“Los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la Ley les impone; y no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía”.

He publicado tres artículos sobre el levantamiento del velo corporativo, uno en el año 2005,¹⁵ otro en el año 2019¹⁶ y el tercero en el año 2020.¹⁷ Mis tres artículos están disponibles en la página web del escritorio de abogados *MENPA - Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.*, del cual soy socio.¹⁸ En estos tres artículos, comenté numerosas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (la “**Sala Constitucional**”), la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo (la “**Sala Civil**”), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo (la “**Sala PA**”) y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo (la “**Sala Social**”), todas dictadas entre el año 2004 y el año 2017. Allí señalé que dicha jurisprudencia es muy criticable, pero es el derecho aplicable en Venezuela. También cité las opiniones de muchos autores, que no repetiré aquí.

En el presente trabajo, trataré las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo entre el año 2018 y el año 2023. Pero antes, explicaré algunos fallos dictados por el Tribunal Supremo hasta el año 2017, incluyendo algunos que no cité en mis artículos. En efecto, para entender las sentencias recientes, interesa primero conocer bien sus antecedentes más relevantes. En mi opinión, las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo entre 2018 y 2023 confirman la jurisprudencia que cité en mis tres artículos.

II) Sentencias principales del Tribunal Supremo sobre levantamiento del velo corporativo anteriores al año 2017

Vistas las sentencias dictadas en el período 2018-2023, pienso que las sentencias más importantes, en el período 2004-2017, son las siguientes:

1. la decisión N° 903 dictada por la Sala Constitucional el 14 de mayo de 2004, en el caso de Ignacio Narváez Hernández contra Transporte Saet La Guaira, C.A. y Transporte Saet, S.A. (el “**Precedente Saet**”);¹⁹
2. la decisión N° 1303 dictada por la Sala Social el 25 de octubre de 2004, en el caso de Germán Ochoa Ojeda contra Cerámica Piemme, C.A., (el “**Precedente Piemme**”);²⁰

¹⁵ Acedo Sucre, Carlos Eduardo, y Acedo de Lepervanche, Luisa: Los Grupos de Sociedades desde la Óptica del Derecho de Obligaciones, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Derecho de Grupos de Sociedades*, Caracas, 2005 (páginas 495 a 538).

¹⁶ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Piercing the Corporate Veil and PDVSA, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón*, tomo III, Caracas, 2019 (páginas 2411 a 2442).

¹⁷ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Levantamiento del Velo Corporativo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, Caracas, 2020 (páginas 795 a 823).

¹⁸ www.menpa.com En la misma página web pondré el presente artículo a la disposición de los interesados.

¹⁹ El Precedente Saet fue consultado el 5 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/903-140504-03-0796%20.HTM>

²⁰ El Precedente Piemme fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/1303-251004-04955.HTM>

3. la decisión N° 979 dictada por la Sala Constitucional el 26 de mayo de 2005, en el caso de Aplicaciones Tubulares, “Atuca” C.A. contra Rafael Aponte Martínez (el “**Precedente Atuca**”);²¹
4. la decisión N° 888 dictada por la Sala Social el 1° de junio de 2006, en el caso de Olga Margarita Pérez de Salazar y Julian Antonio Salazar Alvarado contra Aerovías Venezolanas, S.A. (Avensa) y Empresas Avensa (Empreavensa), S.A. (el “**Precedente Avensa**”);²²
5. la decisión N° 1107 dictada por la Sala Constitucional el 10 de julio de 2008, en el caso de Luis Ernesto Torre y Rafael Vargas contra Banco Consolidado, C.A. (el “**Primer Precedente Consolidado**”);²³
6. la decisión N° 1714 dictada por la Sala Constitucional el 14 de diciembre de 2012, en el caso de la Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela contra Promotora Parque La Vega, C.A. (el “**Precedente Parque La Vega**”);²⁴
7. la decisión N° 1299 dictada por la Sala Constitucional el 8 de octubre de 2013, en el caso de Denis Cayaurima Tortoza Oropeza contra C.A. La Electricidad de Caracas y Turbinas y Generadores, C.A., Turgenca (el “**Precedente Electricidad**”);²⁵
8. la decisión N° 1462 dictada por la Sala PA el 28 de octubre de 2014, en el caso de Wenco Servicios de Comida Rápida, C.A. contra la República, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Comercio (el “**Precedente Wenco**”);²⁶
9. la decisión N° 678 dictada por la Sala Civil el 6 de noviembre de 2014, en el caso de Tecnoconsult, S.A. contra Thyssenkrupp Robins, Inc. (TKR) y PWH Material Handling Systems, Inc. (el “**Precedente Tecnoconsult**”);²⁷
10. la decisión N° 381 dictada por la Sala Civil el 22 de junio de 2016, en el caso de Alberto José Villasmil Leños y Tania Patricia Lacera Herrera contra Transporte Rincón Valero Compañía Anónima, Cervecería Modelo Compañía Anónima y

²¹ El Precedente Atuca fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/979-260505-04-2072.HTM>

²² El Precedente Avensa fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0888-010606-051044.htm>

²³ El Primer Precedente Consolidado fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1107-100708-07-1601.HTM>

²⁴ El Precedente Parque La Vega fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1714-141212-2012-11-0211.HTML>

²⁵ El Precedente Electricidad fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/157232-1299-81013-2013-12-0837.HTML>

²⁶ El Precedente Wenco fue consultado el 25 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/170780-01462-291014-2014-2012-1454.HTML>

²⁷ El Precedente Tecnoconsult fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/171055-RC.000678-61114-2014-13-811.HTML>

Seguros La Seguridad Compañía Anónima (el “**Primer Precedente Transporte Rincón**”),²⁸ y

11. la decisión N° 606 dictada por la Sala Constitucional el 11 de agosto de 2017, en el caso de Alberto José Villasmil Leañes y Tania Patricia Lacera Herrera contra Transporte Rincón Valero Compañía Anónima, Cervecería Modelo Compañía Anónima y Seguros La Seguridad Compañía Anónima (el “**Segundo Precedente Transporte Rincón**”).²⁹

A continuación, voy a tratar las sentencias anteriores, en el mismo orden, que es su orden cronológico:

1) Precedente Saet

El Precedente Saet fue emitido por la Sala Constitucional el 14 de mayo de 2004 en un caso laboral, en el que (i) un tribunal de primera instancia levantó el velo corporativo, al condenar a Transporte Saet, S.A., quien no era parte en un juicio, en el que el único demandado era Transporte Saet La Guaira, C.A.; (ii) Transporte Saet, S.A. intentó recurso de amparo constitucional ante un tribunal superior, quien lo declaró con lugar, revocó la decisión del tribunal de primera instancia y envió su sentencia en consulta a la Sala Constitucional; y (iii) la Sala Constitucional, en el Precedente Saet, declaró sin lugar este recurso, revocando la decisión del tribunal superior y confirmando la decisión del tribunal de primera instancia. Del Precedente Saet se desprende que, en este caso, no se planteó que las compañías del Grupo Saet hubieran incurrido en fraude, abuso ni otro hecho ilícito, y tampoco se planteó que hubieran violado una norma de orden público o interés social.

El precursor principal del Precedente Saet es la decisión N° 558 emitida por la Sala Constitucional tres años antes, el 18 de abril de 2001, en el caso de María Isabel Silva y otros contra C.A. de Administración y Fomento Eléctrico C.A.D.A.F.E. (el “**Precedente Cadafe**”).³⁰ En el Precedente Cadafe, la Sala Constitucional expresó:

“el desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelantan una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra

²⁸ El Primer Precedente Transporte Rincón fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188453-RC.000381-22616-2016-15-679.HTML>

²⁹ El Segundo Precedente Transporte Rincón fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/202787-606-11817-2017-17-0558.HTML>

³⁰ El Precedente Cadafe fue consultado el 5 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/558-180401-00-2385.HTM>

los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías –por ejemplo– una mayoría accionaria o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Jurídicamente no se trata de agencias o sucursales, ya que adquieren una personalidad jurídica aparte del principal...

A estas empresas o sociedades... se las distingue como filiales, relacionadas, etc...

Diversas leyes vigentes han tomado en cuenta estas conexiones, y a ellas se refieren, para evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc. Entre otras leyes, se refieren a los grupos, a las empresas vinculadas, etc: la Ley del Mercado de Capitales (artículo 120), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículos 14 y 15); la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (artículo 2); la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 6, 101 a 105 y 127); la Ley de Impuesto Sobre la Renta (artículo 5); la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (artículo 16); la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 177) y hasta en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (artículo 2) se refieren a los grupos económicos o financieros, empresas controladas, y sociedades vinculadas, que pueden tentativamente dividirse, según la posición relativa que asuman en un determinado momento, en: 1) Controlantes, 2) Interpuestas, 3) Filiales, 4) Subsidiarias y 5) Relacionados, tal como los nombra la Ley General de Bancos y Otros Institutos Financieros, y otras de las leyes mencionadas.

Las filiales, como lo dice la etimología de la voz, no pueden ser sino hijos de las controlantes, si son sociedades fundadas directa o indirectamente por los controlantes, con el objeto que crean conveniente, y que pueden obrar en un momento dado como personas interpuestas, pudiendo ser los administradores los mismos que los de los controlantes, u otras personas que reciben órdenes o instrucciones de aquellos, ya que son quienes los nombran, en vista, de que –si son sociedades de capitales– son los principales dueños del capital social.

Muchas de estas sociedades o empresas creadas por la “casa o dirección matriz” o principal, además se presentan públicamente como filiales o miembros de un grupo o unidad económica, bien por declaraciones que hace el grupo en ese sentido, sin que nadie los desmienta, o porque en sus actos una compañía o empresa se declara filial de otra, o utiliza símbolos, signos, lemas u otras expresiones que son compartidas con el principal, quien así también se identifica y lo permite”.

Es importante destacar que, según el texto anterior, las disposiciones sobre responsabilidad solidaria de las leyes especiales ahí citadas tienen la finalidad siguiente:

“**evitar** fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc.” (las negritas son mías).

Entonces, desde la óptica del Precedente Cadafé, no se trata de castigar dichos hechos ilícitos, que pueden no haberse producido, sino de **evitarlos**, o sea, prevenirlos.

En el Precedente Saet, la Sala Constitucional transcribió el texto anterior del Precedente Cadafe, e invocó las leyes especiales a las que éste se refiere y las siguientes leyes especiales adicionales:

“la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 15)..., el Código Orgánico Tributario (artículo 28.3)..., el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (artículo 1º), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículo 9), la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (artículo 191)..., entre otras”.

Respecto de las numerosas leyes especiales mencionadas en el Precedente Saet (las “**Leyes Especiales**”), la Sala Constitucional expresó:

“Con esta enumeración, la Sala no pretende ser exhaustiva, ya que hay otras leyes que también reconocen la existencia de grupos económicos formados por distintas sociedades que, al igual que las nombradas, les otorgan derechos y les imponen deberes y obligaciones. Se trata de leyes como las ya mencionadas, que permiten exigir responsabilidades a cualquiera de los miembros del grupo o a él mismo como un todo, siempre y cuando se cumplan los supuestos de hecho de sus normas”.

En el Precedente Saet, la Sala Constitucional extrajo, de las Leyes Especiales, una regla general, según la cual, en presencia de un grupo empresarial, procede levantar el velo corporativo, aunque no haya fraude, abuso ni otro hecho ilícito:

“por la ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación”.

“es evidente que lo que persiguen las normas que se refieren a los grupos, es que los verdaderos controlantes respondan por los actos del grupo, o que las personas jurídicas más solventes de estos conglomerados encaren las responsabilidades del conjunto; y por ello no sólo las diversas personas jurídicas están sujetas a pagar o a cubrir obligaciones del grupo, sino también las personas naturales que puedan ser señaladas, conforme a los supuestos objetivos prevenidos en las leyes, como controlantes”.

“la existencia de grupos empresariales o financieros es lícita, pero ante la utilización por parte del controlante de las diversas personas jurídicas (sociedades vinculadas) para diluir en ellas su responsabilidad o la del grupo, en sus relaciones con las terceras personas, han surgido normas en diversas leyes que persiguen la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica de dichas sociedades vinculadas, permitiendo al acreedor de una de dichas sociedades, accionar contra otra con la que carecía objetivamente de relación jurídica, para que le cumpla, sin que ésta pueda oponerle su falta de cualidad o de interés”.

“Considera esta Sala que, si las leyes citadas en esta sentencia, reconocen –para los fines de cada una de ellas– la existencia de grupos económicos, tal reconocimiento legal, que les genera obligaciones y derechos, presupone que fuera de esas leyes y sus puntuales normas, los grupos también existen, ya que no puede

ser que se les reconozca para determinados supuestos y para otros no, y que como tales pueden ser objetos de juicios y todos sus componentes mencionados en la demanda sufrir los efectos del fallo”.

“Las leyes que regulan los grupos económicos, financieros o empresariales **evitan** que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias, pero que conforman una unidad económica, o mantienen una unidad de dirección y que obran utilizando una o más personas jurídicas para su beneficio, evadan la responsabilidad grupal, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes” (las negritas son mías).

“Se perdería el efecto del levantamiento o suspensión del velo, si el acreedor tuviere que dividir su acreencia, e ir contra cada uno de los partícipes del conjunto, y ello no es lo previsto en las leyes especiales que regulan la responsabilidad grupal”.

La aludida regla general, que es reflejada –según el Precedente Saet– en las Leyes Especiales, permite levantar el velo corporativo:

“los grupos económicos adquieren como tal responsabilidades y obligaciones, sin importar cuál sector del grupo (cuál compañía) las asume, por lo que la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto se desestima, y se hace extensible a otras, cuya individualidad como personas jurídicas no las protege”.

“existe unidad de gestión y unidad económica, por lo que se está ante un grupo, que debe responder como tal”.

Para extraer, de dichas Leyes Especiales, la aludida regla general, la Sala Constitucional expresó, en el Precedente Saet, que existe una obligación indivisible en cabeza de los miembros del grupo empresarial, bajo el artículo 1254 del Código Civil, antes citado:

“cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo... el grupo queda obligado por una obligación indivisible... una obligación indivisible del grupo, que actúa como unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas... Quien estructura un grupo económico para actuar en el mundo jurídico, no puede eludir las responsabilidades mediante lo formal de la instrumentalidad, en perjuicio de contratantes, terceros, Fisco, etcetera... Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo”.

“se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes”.

“al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil)”.

“cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo, ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros, ya que la acción de regreso no existe, sino que el grupo queda obligado por una obligación indivisible”.

“no se trata de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo, que actúa como una unidad económica”.

“se trata... de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos”.

Según el Precedente Saet, levantar el velo corporativo exige acreditar que uno de los miembros del grupo empresarial incumplió una obligación, que es considerada indivisible, por lo que vincula a los demás miembros:

“quien pretende obtener un fallo contra un grupo económico y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su condición de persona jurídica distinta (individualidad), debe alegar y probar la existencia del grupo, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin que la decisión abarque a todos los que lo componen”.

“es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, e inexorablemente señalar cuál de sus componentes ha incumplido, motivo por el cual en la sentencia definitiva se levanta el velo de la personalidad jurídica al grupo y se determina la responsabilidad del otro u otros miembros que, teniendo una personalidad jurídica propia, no mantuvo o mantuvieron una relación jurídica con el demandante”.

La Sala Constitucional expresó, en el Precedente Saet, que la obligación indivisible de los miembros acarrea que el grupo tenga un patrimonio común:

“comprometer la **unidad patrimonial** si dicha obligación fuese incumplida” (las negritas son mías).

“El criterio de la unidad económica... se enfoca desde la **unidad patrimonial** o de negocios y que se presume cuando hay identidad entre accionistas o propietarios que ejerzan la administración o dirección de, al menos, dos empresas; o cuando un conjunto de compañías o empresas en comunidad realicen o exploten negocios industriales, comerciales o financieros conexos, en volumen que constituya la fuente principal de sus ingresos”.

“tiene **un patrimonio**... y responde con él por medio de todos sus componentes; si es que dentro del grupo la persona jurídica que asume las obligaciones las incumple”.

“La **unidad patrimonial** y la responsabilidad común... **todo su patrimonio es una unidad**... constituyen **un solo patrimonio**”

“el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica... **el patrimonio efectivo es uno solo el patrimonio efectivo es uno solo** y mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión”.

“Se está ante una **unidad patrimonial** que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas”.

(En los textos anteriores, las negritas son mías).

El Precedente Saet aborda ciertos temas de orden público. Para empezar, las materias reguladas en las Leyes Especiales son de orden público. Adicionalmente, el objetivo de prevenir fraudes, abusos y otros hechos ilícitos es congruente con el orden público. Además, los asuntos de procedimiento son de orden público, dados el derecho a la defensa y al debido proceso. Asimismo, cuando hay un grupo empresarial, se debe evitar la multiplicidad de litigios, por razones de orden público. Adicionalmente, el orden público exige proteger al débil jurídico, quien, en estos casos, me parece que es la persona que se enfrenta al grupo, siendo su situación equiparable a la de un trabajador frente a su empleador o a la de un consumidor o usuario frente a su proveedor de bienes o servicios. Finalmente, como regla general, se exige que el demandante demande a los miembros del grupo contra los que quiere que obre la eventual sentencia, o al menos que los mencione en su demanda, y que pruebe, en el juicio, la existencia del grupo; pero existen excepciones a las exigencias anteriores, por razones de orden público.

En primer lugar, el texto del Precedente Cadafe citado y confirmado en el Precedente Saet señala que las disposiciones sobre responsabilidad de las Leyes Especiales tienen la finalidad preventiva siguiente, relevante a los efectos del orden público e interés social:

“evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc.”

En segundo lugar, el Precedente Saet expresó lo copiado a continuación:

“se trata... de una obligación indivisible del grupo, que actúa como una unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas, y que en materia de **orden público e interés social** como lo es la laboral, persigue proteger los derechos de los trabajadores” (las negritas son mías).

En tercer lugar, el Precedente Saet expresó lo siguiente:

“Cuando no se ha demandado al grupo económico como tal ¿puede condenarse a alguno de sus miembros, no demandado ni citado? Conforme a los principios contenidos en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, e inexorablemente señalar cuál de sus componentes ha incumplido, motivo por el cual en la sentencia definitiva se levanta el velo de la personalidad jurídica al grupo y se determina la responsabilidad del otro u otros miembros que, teniendo una personalidad jurídica propia, no mantuvo o mantuvieron una relación jurídica con el demandante.

En estos casos, al sentenciarse al grupo, podría condenarse a sus miembros identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran emplazados. Las pruebas sobre la existencia del grupo, su controlante, etcétera, permiten al juez condenar –si fuere el caso– a la unidad formada por todos los miembros y que quedó representada por el controlante.

El principio anterior, a juicio de esta Sala, sufre una excepción en materia de **orden público**, cuando la ley señala una obligación –o una actividad– que debe corresponder en conjunto al grupo. En la materia exclusiva donde esa obligación o actividad en conjunto existe, así la demanda no se incoe contra el grupo como tal, sino contra uno de sus componentes, debido a que por la ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación, por lo que conocen de la demanda así no sea contra ellos, si de autos quedan identificados quiénes conforman al grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo. No se trata exclusivamente de una cuestión de solidaridad entre los diversos miembros del grupo económico, como la denomina el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo o el artículo 323 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y como fuese planteado por el fallo sometido a consulta, sino de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos; y este criterio funciona exclusivamente en materia de **orden público e interés social**, donde es **necesario proteger al débil o a la sociedad**, en aras de una **justicia eficaz, contraria a la multiplicidad de juicios**” (las negritas son mías).

Los textos anteriores permiten extraer dos conclusiones: (i) como regla general, el interesado debe probar la existencia del grupo, con la siguiente excepción: cuando, por razones de orden público, una ley dispone que un grupo determinado debe realizar la actividad allí regulada; y (ii) dos consideraciones de orden público motivaron a la Sala Constitucional cuando emitió el Precedente Saet, a saber: (a) proteger al débil jurídico y a la sociedad, y (b) evitar la multiplicidad de juicios.

En cuarto lugar, el texto siguiente, del Precedente Saet, confirma que el levantamiento del velo corporativo busca proteger al débil jurídico y a la sociedad, por razones de orden público:

“Siendo lo importante en la concepción jurídica grupal, la protección de la colectividad, ante la limitación de la responsabilidad que surge en razón de las diversas personalidades jurídicas actuantes”.

En quinto lugar, el texto siguiente, del Precedente Saet, evidencia que, en criterio de la Sala Constitucional, el levantamiento del velo corporativo, previsto en las Leyes Especiales y de las cuales extrajo una regla general, tiene un fin preventivo, que es evitar fraudes, abusos y otros hechos ilícitos en los grupos, en lo cual también está interesado el orden público:

“si el resultado dañoso para los terceros, proviene del abuso del derecho de asociarse, o de un fraude a la ley, instrumentado por las distintas sociedades, tal fin es ilícito; ello sin perjuicio de que se considere que en algunos casos surjan obligaciones indivisibles para el grupo, lo que es legalmente posible.

Las leyes que regulan los grupos económicos, financieros o empresariales evitan que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias, pero que conforman una unidad económica, o mantienen una unidad de dirección y que obran utilizando una o más personas jurídicas para su beneficio, evadan la responsabilidad grupal, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes.

Con ello, **se persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros.** Para evitar estas posibilidades, el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y obligaciones solidarias a la actividad concertada entre personas jurídicas y para ello ha reconocido a los grupos, sean ellos económicos, financieros o empresariales, los cuales pueden obedecer en su constitución a diversos criterios que las mismas leyes recogen. Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones indivisibles o equiparables a éstas, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal– acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse” (las negritas son mías).

En sexto lugar, tenemos que, para hacer valer la responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles, los miembros del grupo contra los cuales el demandante aspira que obre la eventual sentencia condenatoria deben ser demandados y citados; o, al menos, deben ser mencionados en la demanda, aunque no sean parte del juicio. Respecto de lo anterior, el Precedente Saet establece esta excepción:

“si en el curso de una causa donde está **involucrado el orden público y el interés social**, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos, así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo y uno de sus miembros ha defendido los derechos grupales en la causa” (las negritas son mías).

En séptimo lugar, según el Precedente Saet, el reconocimiento dado a los grupos por las Leyes Especiales presupone que los grupos existen y que éstos

“pueden ser objetos de juicios y todos sus componentes mencionados en la demanda sufrir los efectos del fallo, así no se les haya citado, sino al controlante y al miembro a quien se atribuya el incumplimiento (excepto en los casos donde está interesado **el orden público y el interés social**)” (las negritas son mías).

La referencia “al controlante y al miembro a quien se atribuya el incumplimiento” alude a los casos en los que los únicos miembros que fueron demandados y por ende citados fueron la persona natural o jurídica que controla al grupo y la compañía

del grupo que incumplió su obligación. En estos casos, la decisión del tribunal afecta, no obstante, a todos los miembros, es decir, puede perjudicar a los que no fueron demandados ni citados. Las palabras “excepto en los casos donde está interesado el orden público y el interés social” se refieren a determinados casos excepcionales, en los que la sentencia, por razones de orden público e interés social, sólo afecta a los miembros que fueron demandados y citados. La Sala Constitucional no dice cuáles son estos casos excepcionales. Quizás estos casos excepcionales son aquellos en los que el demandante no estableció, durante el juicio, la existencia del grupo; en estas situaciones, la sentencia solamente afecta a los demandados.

El Precedente Saet sólo menciona el orden público en los textos anteriores. En dichos textos se puede leer que la Sala Constitucional tuvo muy presente el orden público al emitir el Precedente Saet. Sin embargo, el Precedente Saet no exige una violación de una norma de orden público para levantar el velo corporativo. El Precedente Saet ni siquiera exige un fraude, abuso u otro hecho ilícito para levantar el velo corporativo. El Precedente Saet sólo exige un incumplimiento de una obligación, contractual o legal, por uno de los miembros, la cual considera indivisible, para establecer una responsabilidad grupal, teniendo el grupo un patrimonio único.

El Precedente Saet declara lo siguiente, que confirma que no se necesita ninguna ilicitud para que cualquier miembro del grupo responda por las deudas de los demás; y que lo que existe entre los miembros es una obligación indivisible y un patrimonio único (por oposición a una obligación solidaria y patrimonios separados):

“el traslado de patrimonios de un elemento del grupo a otro es lícito... una empresa que marche mal, puede proyectar esa responsabilidad sobre otros componentes... Luego, el traslado de fondos de una sociedad a otra es lícito... Tampoco estos traslados de fondos, o retención de fondos en un momento dado, en operaciones intergrupos, pueden considerarse ilícitas... no son sino distribuciones de capital... Es más, así se contabilicen como créditos entre miembros, ellos –técnicamente– no lo son, ya que constituyen un solo patrimonio... entre el grupo –que es una unidad– no pueden existir acciones de regreso, como las contempladas entre solidarios por el artículo 1238 del Código Civil, cuando el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica, ya que el patrimonio efectivo es uno solo”.

El Precedente Saet contempla los dos casos siguientes:

1. “el grupo se conforma con un sentido diferente al de la unidad económica, y actúa con abuso de derecho o fraude a la ley, caso en el cual la responsabilidad es solidaria a tenor del artículo 1195 del Código Civil”.
2. “la unidad económica es la razón de ser del grupo, ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros..., sino que el grupo queda obligado

por una obligación indivisible” (artículo 1254 del Código Civil).

De manera que, del Precedente Saet se desprende que hay dos situaciones en las que se puede levantar el velo corporativo: (i) responsabilidad solidaria tradicional, bajo los artículos 1185 y 1195 del Código Civil; y (ii) responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles, bajo el artículo 1254 del Código Civil. Esta última, tal como lo expresa en el Precedente Saet, en uno de los textos citados, “persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros”; se trata de prevenir o “evitar estas posibilidades”.

En conclusión, el Precedente Saet establece tres reglas generales:

1. La Sala Constitucional consideró que las Leyes Especiales son el reflejo de una regla general, según la cual las obligaciones contraídas por los miembros son indivisibles y pueden por ende ser exigidas a cualquiera de ellos, por actuar como una unidad, teniendo el grupo un patrimonio único.
2. La Sala Constitucional estableció, como regla general, que, para que proceda levantar el velo corporativo, la parte interesada debe establecer la existencia del grupo, con la siguiente excepción: se puede levantar el velo corporativo, sin que la parte interesada haya establecido la existencia del grupo, si su existencia resulta de una ley, que exige que determinada actividad sea realizada por un cierto grupo.
3. La Sala Constitucional estableció, como regla general, que, para que proceda levantar el velo corporativo, la parte interesada debe demandar y por ende hacer citar a los miembros del grupo contra los que quiere que obre la sentencia, o al menos mencionarlos en su demanda, con la siguiente excepción: en casos en los que está involucrado el orden público o interés social, la sentencia sólo obra contra miembros demandados y citados, no bastando que sean mencionados en la demanda.

El Precedente Saet establece los siguientes criterios principales, no acumulativos, para determinar si se está en presencia de un grupo:

“control de una persona sobre otra”.

“El criterio de la unidad económica, el cual se enfoca desde la unidad patrimonial o de negocios y que se presume cuando hay identidad entre accionistas o propietarios que ejerzan la administración o dirección de, al menos, dos empresas; o cuando un conjunto de compañías o empresas en comunidad realicen o exploten negocios industriales, comerciales o financieros conexos, en volumen que constituya la fuente principal de sus ingresos”.

“El criterio de la influencia significativa, que consiste en la capacidad de una institución financiera o empresa inversora para afectar en un grado importante, las políticas operacionales y financieras de otra institución financiera o empresa, de la cual posee acciones o derecho a voto”.

“un conjunto de personas jurídicas que obran concertada y reiterativamente”.

“es necesario que exista un controlante... que... ejerza el control”.

“Ese control o dirección puede ser directo, como se evidencia de una objetiva gerencia común; o puede ser indirecto, practicado diáfananamente o mediante personas interpuestas”.

“hay oportunidades en que debe presumirse la existencia del controlante, sin necesidad de identificarlo... diversos criterios que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante, por ejemplo, cuando varias personas jurídicas utilizan una misma denominación social (añadiendo o suprimiendo una palabra que, formalmente, la distinga como otra persona jurídica), o cuando existiere una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra y los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados –en una proporción significativa– por las mismas personas”.

“Los controlados siguen órdenes de los controlantes. De allí, la unidad de dirección, gestión, o gerencia común”.

“interés determinante”.

Los integrantes de un grupo, para efectos de una reclamación, deben ser identificados al momento de la reclamación, porque el Precedente Saet señala:

“Siendo la principal fuente de convencimiento en esta materia la prueba documental, es en base a documentos públicos, que se demostrará la existencia del grupo y sus miembros, administradores, etcétera, si dichos documentos (originales y copias certificadas) son de la época en que se incoa la acción y reflejan para esa fecha la situación. Siendo de fecha coetánea a la demanda, no parecen existir riesgos probatorios que perjudiquen al resto de los miembros, que no fueron traídos individualmente a juicio. Igual ocurre con las declaraciones públicas donde se confiesa la existencia del grupo y sus elementos. La prueba documental contemporánea con la interposición de la demanda, será la clave para evidenciar la unidad de gestión, de dirección o simplemente económica. La contemporaneidad que señala la Sala es fundamental, ya que algunas empresas podrían ya no ser parte del grupo para esa fecha, y si no se les emplaza, no podrían alegar tal situación, ya que al no comparecer a juicio no la podrían exponer”.

En resumen, la Sala Constitucional, en el Precedente Saet, declaró que (i) las Leyes Especiales reconocen, en algunos casos, la existencia de grupos empresariales; (ii) las Leyes Especiales establecen que, en esos mismos casos, las obligaciones contraídas por uno de los miembros del grupo empresarial vinculan a los demás miembros; (iii) aunque las Leyes Especiales no lo digan, se trata de una obligación indivisible cuyo cumplimiento puede exigirse de cualquiera de los miembros del grupo empresarial, conforme al artículo 1254 del Código Civil; (iv) existen grupos empresariales en casos distintos de los regulados por las Leyes Especiales; (v) las Leyes Especiales reflejan

una regla general, según la cual, siempre que exista un grupo empresarial, sus miembros están atados por obligaciones indivisibles, bajo el artículo 1254 del Código Civil; (vi) la indivisibilidad de las obligaciones de los miembros acarrea que el grupo tenga un patrimonio único; (vii) dicha responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles y unidad de patrimonio (a) busca evitar que se cometan fraudes, abusos u otros hechos ilícitos, o sea, tiene una función preventiva; y (b) difiere de la responsabilidad solidaria tradicional, que busca castigar los fraudes, abusos u otros hechos ilícitos ya cometidos, conforme a los artículos 1185 y 1195; (viii) cualquier tipo de control basta para que se configure un grupo; (ix) el momento relevante, para el juez determinar si está o no en presencia de un grupo, es el momento de la demanda; (x) existe la siguiente regla general y la siguiente excepción: (a) la regla general según la cual el interesado debe probar la existencia del grupo; y (b) la excepción según la cual, por razones de orden público, una ley dispone que un grupo determinado debe realizar la actividad allí regulada; y (xi) existe otra regla general y excepción; (a) la regla general según la cual el interesado debe demandar y hacer citar a los miembros del grupo contra los que quiere que obre la sentencia, o al menos mencionar a dichos miembros en su demanda, aunque no sean partes; y (b) la excepción, en casos en los que está involucrado el orden público o interés social, según la cual la sentencia obra contra los miembros no demandados y citados, ni mencionados en la demanda, si se establece que pertenecen al grupo.

El Precedente Saet fue objetado por el magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en un voto salvado (el “**Voto Salvado Saet**”), que incluye el texto siguiente:

“El fallo que antecede hace directa referencia... a la llamada teoría del levantamiento del velo... se pretende la ampliación de esa teoría –claramente excepcional– y propugna su aplicación general... La sentencia de la cual se disiente..., de manera bastante simple, explana una supuesta teoría general de la doctrina del levantamiento del velo, aplicable a todos los casos, con independencia de la existencia de una Ley que dé cobertura a tal teoría... Bastará..., según la decisión en cuestión, que una sociedad mercantil pertenezca al mismo grupo empresarial que otra, para que, en su contra, puedan ejecutarse sentencias condenatorias que hubieren sido dictadas respecto de esta última, ello aun cuando en la constitución de esas compañías comerciales no se haya incurrido en ninguna actuación ilícita... las consideraciones de la sentencia han sido formuladas de manera general, referibles a todos los supuestos en los cuales se demanda a determinada compañía de comercio que conformen un grupo empresarial” (los resaltados son del Voto Salvado Saet).

El Precedente Saet y el Voto Salvado Saet (i) mencionan la “obligación indivisible” o las “obligaciones indivisibles” (singular o plural) dieciséis veces, (ii) mencionan el artículo 1254 del Código Civil, que regula la “obligación indivisible”, dos veces, (iii) mencionan la “unidad patrimonial” siete veces, y (iv) mencionan la “responsabilidad grupal” cuatro veces.

En conclusión, el 14 de mayo de 2004 la Sala Constitucional, en el Precedente Saet, estableció un nuevo régimen materia de responsabilidad civil, aplicable a los grupos empresariales, que difiere del régimen establecido en los Códigos Civil y de Comercio. El levantamiento del velo corporativo requiere que se establezca que existe un grupo y una obligación contractual o legal de un miembro, y que esta obligación fue violada. Para levantar el velo corporativo la Sala Constitucional no exigió fraude, abuso ni otro hecho ilícito, y tampoco una violación de norma de orden público o interés social. El Precedente Saet sólo menciona el orden público o interés social en relación con la razón de ser de las Leyes Especiales; la importancia de proteger a trabajadores, consumidores y otras personas enfrentadas a grupos; la necesidad de evitar la multiplicidad de juicios cuando hay grupos; la relevancia de prevenir, o sea, evitar, fraudes, abusos y otros hechos ilícitos en los grupos; y ciertos temas procesales, como el derecho a la defensa de los miembros del grupo. La doctrina del Precedente Saet fue acogida por todas las Salas del Tribunal Supremo.

2) *Precedente Piemme*

El Precedente Piemme fue dictado por la Sala Social el 25 de octubre de 2004; es decir, el mismo año en que la Sala Constitucional dictó el Precedente Saet, fechado 14 de mayo de 2004. El Precedente Piemme fue emitido en un juicio que se inició con la demanda del trabajador Germán Ochoa Ojeda (“**Ochoa**”) contra su patrono Cerámica Piemme, C.A. (“**Piemme**”), por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales. En este caso, Ochoa apeló la sentencia de primera instancia, el juzgado superior declaró sin lugar la apelación y Ochoa ejerció un recurso de casación contra la decisión del juzgado superior. El Precedente Piemme transcribe parcialmente la sentencia contra la cual Ochoa ejerció su recurso de casación; y esta transcripción parcial deja claro que (i) Ochoa también trabajaba para Cerámica Carabobo S.A.C.A. (“**Cerámica Carabobo**”), (ii) Piemme y Cerámica Carabobo pertenecen al mismo grupo empresarial, (iii) Ochoa firmó una transacción laboral con Cerámica Carabobo; (iv) el juzgado superior consideró que dicha transacción beneficia no sólo a Cerámica Carabobo, sino también a Piemme, por lo que desistió la demanda de Ochoa contra Piemme; y, (v) para ello, el juzgado superior se fundamentó en el Precedente Saet.

El Precedente Piemme incluye, entre otras, las siguientes citas del Precedente Saet, hechas por el juzgado superior:

“una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos”.

“como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo”.

Además, el Precedente Piemme incluye, entre otras, las siguientes citas del Precedente Saet, hechas por la Sala Social:

“surjan obligaciones indivisibles para el grupo, lo que es legalmente posible”.

“Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones indivisibles”.

“al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil)”.

La Sala Social confirmó el fallo del juzgado superior, a su vez fundamentado en el Precedente Saet. Respecto de lo anterior, el Precedente Piemme expresa:

“Así las cosas, y en sujeción a la doctrina jurisprudencial acreditada supra, la cual acoge plenamente esta Sala de Casación Social, al declarar la recurrida en correspondencia con los medios probatorios cursantes en autos, la existencia de un grupo económico (en sintonía absoluta con su función jurisdiccional de indagar la verdad), la conclusión de que el contrato de transacción celebrado entre el actor y una de las empresas integrantes del grupo aprovecha, en cuanto a sus efectos extintivos, a la demandada, se encuentra consustanciada con el derecho aplicable para resolver la presente controversia. Así se establece”.

En conclusión, el Precedente Piemme, con base sobre el Precedente Saet, levanta el velo corporativo para favorecer a los miembros de un grupo, y no para declararlos responsables. Esto último no hubiera sido posible, si se requiriera que los miembros del grupo hubieran incurrido en un fraude, abuso u otro hecho ilícito, o en una violación del orden público o interés social, para levantar el velo corporativo.

3) Precedente Atuca

La primera sentencia sobre el tema dictada por la Sala Constitucional después del Precedente Saet fue el Precedente Atuca, un año después, concretamente el 26 de mayo de 2005. El caso del Precedente Atuca se inició con una demanda por cobro de honorarios de abogado intentada por Rafael Aponte Martínez contra Tubos Reunidos S.A., que dio lugar a lo siguiente: (i) un tribunal de primera instancia levantó el velo corporativo, al ejecutar contra Aplicaciones Tubulares C.A. (ATUCA), quien no era parte en el juicio, una sentencia contra Tubos Reunidos S.A., que era el único demandado; (ii) Aplicaciones Tubulares C.A. (ATUCA) intentó un amparo constitucional ante un juzgado superior, quien lo declaró con lugar y revocó la decisión del tribunal de primera instancia; (iii) Rafael Aponte Martínez apeló ante la Sala Constitucional; y (iv) el Precedente Atuca declaró sin lugar la apelación, ratificando la decisión del juzgado superior que acordó el amparo contra la decisión del tribunal de primera instancia. La Sala Constitucional, en el Precedente Atuca, decidió no levantar el velo corporativo, porque el demandante no cumplió con su carga de alegar y probar la existencia del grupo, tal como exige el Precedente Saet. La Sala Constitucional, en el Precedente Atuca, copió, entre otros, los textos siguientes del Precedente Saet:

“A juicio de esta Sala, quien pretende obtener un fallo contra un grupo económico y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su condición de persona jurídica distinta (individualidad), debe alegar y probar la existencia del grupo, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin que la decisión abarque a todos los que lo componen. Sin embargo, tratándose de una unidad, no es necesario citar a todos los componentes...

...es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, e inexorablemente señalar cuál de sus componentes ha incumplido, motivo por el cual en la sentencia definitiva se levanta el velo de la personalidad jurídica al grupo y se determina la responsabilidad del otro u otros miembros que, teniendo una personalidad jurídica propia, no mantuvo o mantuvieron una relación jurídica con el demandante.

En estos casos, al sentenciarse al grupo, podría condenarse a sus miembros identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran emplazados. Las pruebas sobre la existencia del grupo, su controlante, etcétera, permiten al juez condenar –si fuere el caso– a la unidad formada por todos los miembros y que quedó representada por el controlante...

...una obligación indivisible... nace por la existencia de los grupos” (los subrayados son de la Sala Constitucional).

La Sala Constitucional, en el Precedente Atuca, después de transcribir parcialmente el Precedente Saet, declaró lo siguiente:

“el Juez podrá levantar el velo de la personalidad jurídica a los integrantes del grupo y determinar la responsabilidad de alguno de sus miembros, aunque ellos no hayan mantenido directamente una relación jurídica con el demandante... En esos casos, al sentenciar al grupo económico, puede condenarse a uno de sus miembros referidos en el fallo que, igualmente fueron mencionados en la demanda, aunque no hayan sido emplazados, siempre y cuando en el debate probatorio se haya demostrado la unidad económica que conforma el grupo”.

De modo que el Precedente Atuca confirmó el Precedente Saet. Ahora bien, el Precedente Atuca no levantó el velo corporativo, con el argumento de que el demandante no estableció a tiempo la existencia del grupo, como lo exige el Precedente Saet:

“no es posible en el caso **sub iudice** decretar, ya en la fase de ejecución, la medida de embargo ejecutivo sobre una empresa, distinta a la intimada, que supuestamente forma parte de un grupo económico, al que pertenece ésta, sin que haya sido alegada al momento de intimar dichos honorarios la existencia del grupo económico”.

No obstante, inmediatamente, el precedente Atuca permitió al demandante establecer la existencia del grupo en un nuevo juicio, para levantar el velo corporativo:

“lo anterior no obsta para que, la parte intimante... pueda por nueva demanda accionar por cobro de honorarios profesionales... contra otra empresa que forme parte del grupo económico al que pertenece su originaria deudora, y se le reconozca tal derecho al cobro, siempre que durante el contradictorio se alegue y demuestre la existencia del grupo, su conformación y se pruebe dicha existencia a fin de que la condena pueda recaer sobre otro de sus miembros”.

De modo que el Precedente Atuca dispone que el levantamiento del velo corporativo no procede si el demandante no establece la existencia del grupo durante el juicio, pero le da la oportunidad de solicitar el levantamiento en un nuevo juicio, estableciendo en éste que el grupo existe. O sea que el Precedente Atuca va más allá que el Precedente Saet, en el reconocimiento de los derechos de las personas que se enfrentan a un grupo.

De acuerdo con lo señalado arriba, el Precedente Saet estableció, como regla general, que, para que proceda levantar el velo corporativo, la parte interesada debe demandar y hacer citar a los miembros del grupo contra los que quiere que obre la sentencia, o al menos mencionarlos en su demanda, con la siguiente excepción: en casos en los que está involucrado el orden público o interés social, la sentencia obra contra miembros no demandados y citados, ni mencionados en la demanda, si se establece en el juicio que éstos pertenecen al grupo. Esto último fue tratado en el Precedente Atuca, en los siguientes términos:

“Del fallo de esta Sala parcialmente transcrito, con anterioridad, se desprende, que cuando se demanda a un grupo económico, es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, y señalar cuál de sus componentes ha incumplido y en la sentencia, el Juez podrá levantar el velo de la personalidad jurídica a los integrantes del grupo y determinar la responsabilidad de alguno de sus miembros, aunque ellos no hayan mantenido directamente una relación jurídica con el demandante, en un proceso determinado. En esos casos, al sentenciar al grupo económico, puede condenarse a uno de sus miembros referidos en el fallo que, igualmente fueron mencionados en la demanda, aunque no hayan sido emplazados, siempre y cuando en el debate probatorio se haya demostrado la unidad económica que conforma el grupo.

Por otra parte, la Sala debe señalar, ajustado al criterio del fallo citado **ut supra**, que el principio antes expuesto sufre una excepción, que es cuando se esté en presencia de una materia de orden público, supuesto en el cual, se entiende que a pesar de no haber sido demandado el grupo económico como tal, sino contra uno de sus componentes, si de autos quedan identificados los miembros del grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo”.

En el caso del Precedente Atuca, un demandante quería ejecutar una sentencia a su favor contra miembros de un grupo no demandados ni por ende citados, y tampoco mencionados en su demanda. La Sala Constitucional consideró que, en ese caso, no estaba involucrado el orden público o interés social, por lo que declaró que esta sentencia no podía ser ejecutada contra ellos:

“En el caso bajo análisis, el demandante en el juicio de intimación de honorarios profesionales, demandó a una sociedad mercantil que fue contraparte de su representada en un juicio de ejecución de prenda, en su escrito de intimación de honorarios, no invocó ni señaló la existencia de un grupo económico conformado por la empresa demandada y APLICACIONES TUBULARES C.A. (ATUCA), argumento que, igualmente, no esgrimió a lo largo del contradictorio. En la sentencia que declaró el derecho a cobrar honorarios por parte del ciudadano Rafael Aponte Martínez, no se condenó a grupo económico alguno, ni se mencionó a la referida empresa. Es sólo en la fase de ejecución de sentencia, una vez librado el mandamiento de ejecución cuando la parte intimante alega la existencia de un grupo económico que conforma la sociedad mercantil intimada, TUBOS REUNIDOS S.A. y APLICACIONES TUBULARES C.A. (ATUCA) y solicitó la extensión de la medida ejecutiva de embargo a los bienes de la prenombrada compañía.

Asimismo, considera esta Sala que al encontrarse el proceso en fase de ejecución y no tratarse, el caso de autos, de una materia que afecte al interés general, ni que afecte al orden público, no puede ser aplicada la excepción al principio desarrollado por esta Sala en la sentencia del 14 de mayo de 2004 (caso: Transporte SAET S.A.), de manera tal, que la decisión impugnada atenta contra la garantía constitucional al debido proceso y el derecho a la defensa de la accionante ya que decretó la medida de embargo ejecutivo sobre sus bienes, sin que haya sido sometida a un proceso y haya sido condenada por una sentencia judicial, alegando en fase ejecutiva su pertenencia a un grupo económico, sin que se encuentren involucradas materias que atiendan al orden público”.

El magistrado Pedro Rondón Haaz emitió un voto salvado el 26 de mayo de 2005 con respecto al Precedente Atuca (el “**Voto Salvado Atuca**”). En el Voto Salvado Atuca, se critica que se permita al demandante presentar una nueva demanda solicitando el levantamiento del velo corporativo.

4) Precedente Avenza

El 1° de junio de 2006, la Sala Social, en el Precedente Avenza, levantó el velo corporativo en virtud del Precedente Saet, sin exigir fraude, abuso u otro hecho ilícito, ni violación del orden público o interés social. El Precedente Avenza fue emitido en un caso laboral, para condenar a Aerovías Venezolanas, S.A. (Avenza) y Empresas Avenza (Empreavensa), S.A.; y establece, entre otras cosas, lo copiado a continuación:

“La Sala Constitucional en doctrina que esta Sala ha adoptado en diversas oportunidades (entre otras, en **sentencia N° 1303 de 25-10-04. Caso: Cerámica Piemme, C.A.**), y que hoy se reitera, estableció que las leyes que regulan los **grupos económicos, evitan** que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias, pero que conforman una unidad económica, y que obran utilizando una o más personas jurídicas para su beneficio, evadan la **responsabilidad grupal, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes**. Con ello, se persigue legalmente **evitar** el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o **impedir** un fraude a la ley, o una

simulación en perjuicio de terceros, y para ello el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y obligaciones solidarias a la actividad concertada entre personas jurídicas y para ello **ha reconocido a los grupos**, los cuales pueden obedecer en su constitución a diversos criterios que las mismas leyes recogen. **Como unidades que son, existe la posibilidad que asuman obligaciones que no pueden dividirse en partes, que corresponde a la unidad como un todo (Sentencia N° 903 de 14 de mayo de 2004. Caso: Transporte Saet, S.A., que cita a su vez la decisión N° 558 de 2001).**

De manera que la Sala Constitucional expresa que al existir una **obligación indivisible** o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (**artículo 1.254 del Código Civil**)” (las negritas son mías).

5) Primer Precedente Consolidado

En el Primer Precedente Consolidado, fechado 10 de julio de 2008, la Sala Constitucional levantó por primera vez el velo corporativo en un caso no laboral, invocando el Precedente Saet. En el Primer Precedente Consolidado, la Sala Constitucional estableció que Banco Consolidado, C.A. era responsable de las deudas de Banco Consolidado Aruba N.V. frente a sus cuentahabientes Luis Ernesto Torre y Rafael Vargas. La Sala Constitucional, en el Primer Precedente Consolidado, se basó en que Banco Consolidado, C.A. y Banco Consolidado Aruba N.V. pertenecían al mismo grupo de sociedades; y se refirió a los principios plasmados en el precedente Saet, en los siguientes términos:

“resultan paradigmáticos en la sentencia de esta Sala N° 903 del 14 de mayo de 2004, caso: “*Transporte Saet, C.A.*”, en torno a los grupos económicos y financieros”.

Seguidamente, la Sala Constitucional, en el Primer Precedente Consolidado, copió varios textos del precedente Saet, incluyendo los siguientes:

“los grupos económicos o financieros son instituciones legales, que pueden asumir carácter transnacional... cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo, ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros..., sino que el grupo queda obligado por una obligación indivisible... no se trata de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo, que actúa como unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas. Se está ante una unidad patrimonial que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas. Quien estructura un grupo económico para actuar en el mundo jurídico, no puede eludir las responsabilidades mediante lo formal de la instrumentalidad, en perjuicio de contratantes, terceros, Fisco, etcetera. Ante esta realidad, si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar

a éstos, así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo” (las negritas son de la Sala Constitucional).

Después de dicha cita textual del precedente Saet, la Sala Constitucional, en el Primer Precedente Consolidado, estableció lo que sigue:

“De lo anterior se colige, no sólo que los grupos económicos o financieros puedan ser nacionales o trasnacionales, es decir, pueden abarcar a personas constituidas en diversos países, sino que entre el grupo económico o financiero no se trata de la existencia de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo que actúa como una unidad económica entre varias personas, ya que en materia de orden público e interés social como es el sistema financiero, se persigue proteger... los derechos de los usuarios... y... la sociedad en general... En tal sentido, al encontrarnos frente a una unidad patrimonial que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas, las cuales se constituyen como un grupo económico, no pueden apartarse de sus responsabilidades a través de la apariencia de ser personas jurídicas distintas, pues si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica –tal como lo afirma el informe presentado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, diferentes a los demandados–, la sentencia puede abarcar a éstos, así no hayan sido demandados, ni citados, ...como miembros integrantes de la unidad”.

Finalmente, en el Primer Precedente Consolidado, la Sala Constitucional anuló una decisión que había sido emitida por la Sala PA, principalmente porque no aplicó el Precedente Saet:

“la lesión del derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra presente desde el momento en que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, negó la responsabilidad de la demandada sin entrar a analizar los supuestos contenidos en las sentencias de esta Sala Nros. 85/2002, caso: “Asodeviprilara” y 903/2004, caso: “Transporte Saet, C.A.”, desconociendo la jurisprudencia de esta Sala en relación al sistema integral de responsabilidad de los grupos societarios... De ello resulta pues, que esta Sala concluya ha lugar la revisión del fallo... En consecuencia, procede esta Sala a anular la sentencia”.

6) Precedente Parque La Vega

En el Precedente Parque La Vega, fechado 14 de diciembre de 2012, la Sala Constitucional transcribió el siguiente texto del Precedente Saet:

“la existencia de grupos empresariales o financieros es lícita, pero ante la utilización por parte del controlante de las diversas personas jurídicas (sociedades vinculadas) para diluir en ellas su responsabilidad o la del grupo, en sus relaciones con las terceras personas, han surgido normas en diversas leyes que persiguen la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica de dichas

sociedades vinculadas, permitiendo al acreedor de una de dichas sociedades, accionar contra otra con la que carecía objetivamente de relación jurídica, para que le cumpla, sin que ésta pueda oponerle su falta de cualidad o de interés.

*Se trata de **dos o más sociedades que actúan como una unidad o grupo**, aunque –en sus relaciones con los terceros– se presenten como sociedades separadas, debido a la personalidad jurídica que les es propia, diluyendo así el grupo, en alguno de sus miembros, **la responsabilidad que como un todo le corresponde**. De esta manera, cualquiera de los distintos componentes asume obligaciones respecto a otras personas (terceros), sin comprometer la unidad patrimonial si dicha obligación fuese incumplida.*

*En estos supuestos, si se exigiere responsabilidad al grupo y no únicamente a la persona jurídica (formalmente) obligada, la libertad de asociación consagrada en el artículo 52 constitucional, concretada en la existencia de las diversas personas jurídicas, no sufre ningún menoscabo, porque si el resultado dañoso para los terceros, proviene del abuso del derecho de asociarse, o de un fraude a la ley, instrumentado por las distintas sociedades, tal fin es ilícito; ello sin perjuicio de que se considere que en algunos casos surjan **obligaciones indivisibles para el grupo**, lo que es legalmente posible.*

*Las leyes que regulan los grupos económicos, financieros o empresariales evitan que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias, pero que conforman una unidad económica, o mantienen una unidad de dirección y que obran utilizando una o más personas jurídicas para su beneficio, evadan **la responsabilidad grupal, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes**.*

Con ello, se persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros. Para evitar estas posibilidades, el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y obligaciones solidarias a la actividad concertada entre personas jurídicas y para ello ha reconocido a los grupos, sean ellos económicos, financieros o empresariales, los cuales pueden obedecer en su constitución a diversos criterios que las mismas leyes recogen. Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones indivisibles o equiparables a éstas, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal– acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes.

*En consecuencia, **al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil) por lo que el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros***” (las negritas son mías).

Inmediatamente después de esta extensa cita del Precedente Saet, el Precedente Parque La Vega expresa:

“Ahora bien, el levantamiento del velo por parte de esta Sala en ejercicio de la jurisdicción constitucional para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, no sólo es posible o se restringe a lograr frustrar las posibles acciones dolosas ejecutadas fraudulentamente por los constituyentes de la persona jurídica –crear varias personas jurídicas para disolver la responsabilidad frente a terceros–, sino en casos como el presente en el cual el abuso de la personalidad jurídica es producto sobrevenido de la dinámica del desarrollo de las actividades de tales empresas, siendo por lo tanto no un objetivo de la constitución del ente, sino un resultado del ejercicio económico de las personas jurídicas que constituyen el grupo económico” (las negritas son de la Sala Constitucional).

Y, tal como señalamos antes, del Precedente Saet se desprende que hay dos situaciones en las que se puede levantar el velo corporativo: (i) responsabilidad solidaria tradicional, bajo el artículo 1195 del Código Civil, que persigue castigar el dolo, fraude o abuso; y (ii) responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles, bajo el artículo 1254 del Código Civil, que persigue prevenir o evitar el dolo, fraude o abuso. De manera que ambas situaciones son reconocidas en el Precedente Parque La Vega, así:

1. Rol punitivo de la responsabilidad solidaria tradicional: **“el levantamiento del velo... es posible... en casos como el presente en el cual el abuso de la personalidad jurídica es producto sobrevenido de la dinámica del desarrollo de las actividades de tales empresas, siendo por lo tanto... un resultado del ejercicio económico de las personas jurídicas que constituyen el grupo económico”** (las negritas son de la Sala Constitucional).
2. Rol preventivo de la responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles: **“el levantamiento del velo... se restringe a lograr frustrar las posibles acciones dolosas ejecutadas fraudulentamente por los constituyentes de la persona jurídica –crear varias personas jurídicas para disolver la responsabilidad frente a terceros–”** (las negritas son de la Sala Constitucional).

El Precedente Parque La Vega es un caso de responsabilidad solidaria tradicional, en el que se persigue sancionar el dolo, fraude o abuso ya cometido:

“la responsabilidad patrimonial alcanza al sustrato personal de las sociedades mercantiles, como consecuencia de un hecho ilícito imputable a los titulares de las referidas empresas que se beneficiaron del producto de la comercialización de inmuebles en ruina o sometidos a un riesgo directo y desproporcional, que afectaron y afectan a una comunidad determinada.

Por lo tanto, **esta Sala reconoce la existencia de un grupo económico en el cual todos sus componentes mencionados en la demanda y reconocidos en el presente aparte deberán sufrir los efectos del presente fallo, en su condición de responsables solidarios”** (las negritas son de la Sala Constitucional).

La Sala Constitucional, en el Precedente Parque La Vega, levantó el velo corporativo estableciendo que hubo fraude o hecho ilícito (la venta de edificaciones peligrosas), lo que da lugar a responsabilidad solidaria. De modo que no se trata de un caso de responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles, que persigue prevenir o evitar el fraude o hecho ilícito.

7) Precedente Electricidad

La Sala Constitucional, en el Precedente Electricidad del 8 de octubre de 2013, expresó:

“la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental”.

Y el artículo 335 de la Constitución dispone:

“Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

En el Precedente Electricidad, la Sala Constitucional aplicó el Precedente Saet, levantando el velo corporativo en un caso laboral, para lo cual expresó lo que sigue:

“decisión N° 903/14.05.2004 (Caso: *Transporte Saet, S.A.*)... interpretación del artículo 89.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... se trata de una responsabilidad exigida al grupo económico... pudiendo ser condenada judicialmente cualquiera de las personas naturales o jurídicas que conforman la unidad económica a la obligación asumida por cualquiera de sus integrantes... tiene como causa la obligación indivisible del grupo, que actúa como unidad”.

8) Precedente Wenco

La Sala PA, mediante el Precedente Wenco del 28 de octubre de 2014, decidió una demanda de nulidad intentada por Wenco Servicios de Comida Rápida C.A. (“**Wenco**”) contra una resolución del Ministerio del Poder Popular para el Comercio. La Sala PA, en el Precedente Wenco, levantó el velo corporativo, aplicando el Precedente Saet. En este caso, Corpogran C.A. (“**Corpogran**”) había celebrado un contrato con Multi-Tienda 2006 C.A. (“**Multi-Tienda**”), e introdujo una denuncia, en relación con dicho contrato, ante el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS, hoy Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio-Económicos, SUNDDE (“**Indepabis**”). La denuncia de Corpogran ante el Indepabis no fue contra Multi-Tienda, con quien había contratado, sino contra Wenco, alegando que ambas pertenecen al mismo grupo. Indepabis sancionó a Wenco,

quien recurrió ante el Ministerio del Poder Popular para el Comercio, el cual confirmó la referida sanción; así que Wenco demandó la nulidad de la resolución correspondiente. La Sala PA, en el Precedente Wenco, transcribió varios párrafos del Precedente Saet y consideró procedente que Corpogran, pese a haber contratado con Multi-Tienda, denunciara a Wenco, al considerar que ambas formaban parte del mismo grupo, por lo que se imponía levantar el velo corporativo. El Precedente Wenco expresa lo siguiente:

“Sobre este punto se ha pronunciado *in extenso* la Sala Constitucional, fijando el criterio actualmente imperante en la sentencia N° 903 dictada el 14 de mayo de 2004, (caso: Transporte Saet, S.A.)”.

9) Precedente Tecnoconsult

La Sala Civil, en el Precedente Tecnoconsult del 6 de noviembre de 2014, confirmó el Precedente Saet, pero no levantó el velo corporativo por razones procedimentales. La Sala Civil, en el Precedente Tecnoconsult, se refirió al Precedente Saet en los siguientes términos:

“los criterios jurisprudenciales sentados por la Sala Constitucional”.

El voto salvado de la magistrada Isbelia Pérez Velásquez respecto del Precedente Tecnoconsult (el “**Voto Salvado Tecnoconsult**”) expresa:

“la aplicación de las doctrinas que desarrollan las teorías de “grupos de sociedades” así como la del “levantamiento del velo corporativo o societario” y con estas la del desconocimiento de la personalidad jurídica de las personas morales, son de interpretación restrictiva, es decir, que si bien desde una construcción doctrinaria y jurisprudencial han tenido cabida en los casos laborales, fiscales y de otros derechos públicos e inclusive en casos civiles o mercantiles, están reservadas solamente cuando la norma legal expresa así lo autorice, o donde se acredite la existencia de abuso de derecho, fraude a la ley o simulación en la utilización de la personalidad jurídica, formulada con una intención inicial en ese sentido, o luego, para evadir responsabilidades en perjuicio de sus acreedores, que en definitiva pretendan transgredir derechos sociales o de orden público”.

10) Primer Precedente Transporte Rincón

El caso del Primer Precedente Transporte Rincón, emitido por la Sala Civil el 22 de junio de 2016, se inició con la demanda de daños y perjuicios de Alberto José Villasmil Leños y Tania Patricia Lacera Herrera (conjuntamente, los “**Villasmil**”) por un accidente de tránsito que provocó la muerte de su hija, contra (i) Transporte Rincón Valero Compañía Anónima (“**Transporte Rincón**”), como propietaria del camión involucrado en el accidente; (ii) la compañía relacionada Cervecería Modelo Compañía Anónima (“**Cervecería Modelo**”); y (iii) Seguros La Seguridad Compañía Anónima (“**La Seguridad**”), como aseguradora.

En este caso, la legislación de tránsito permitía responsabilizar a (i) la propietaria del camión involucrado en el accidente (Transporte Rincón), (ii) el conductor de dicho camión (Carlos Alberto Rincón Soto); y (iii) la aseguradora (La Seguridad). La legislación de tránsito no permitía responsabilizar a una compañía relacionada (Cervecería Modelo).

A los Villasmil les interesaba que Cervecería Modelo respondiera, porque (i) Transporte Rincón no era tan solvente como Cervecería Modelo, y (ii) la póliza de seguro emitida por La Seguridad no cubría los daños morales. En consecuencia, los Villasmil invocaron el Precedente Saet para que se levantara el velo corporativo que separaba a Cervecería Modelo de Transporte Rincón. De hecho, el Primer Precedente Transporte Rincón incluye las siguientes citas de la formalización por los Villasmil de su recurso de casación contra la decisión del juzgado superior que se negó a condenar a Cervecería Modelo:

“Del levantamiento del velo de las personas jurídicas a la co-demandada Cervecería Modelo compañía anónima...”

quedó demostrado que existen dos sociedades mercantiles, **TRANSPORTE RINCON (sic) VALERO, COMPAÑÍA ANÓNIMA** y **CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA (sic)**, que actúan como una unidad o grupo, aunque en sus relaciones frente a terceros se presenten como sociedades independientes...

la Sala de Casación Civil puede... penetrar el substrato de las imbricadas relaciones societarias de las personas jurídicas involucradas **TRANSPORTE RINCON (sic) VALERO, COMPAÑÍA ANÓNIMA** y **CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA**, y así, levantar el velo societario... constituyen una unidad o grupo...

si la sociedad mercantil **TRANSPORTE RINCON (sic) VALERO, COMPAÑÍA ANÓNIMA** fue condenada al resarcimiento del daño moral por el hecho ilícito cometido por su dependiente ciudadano **CARLOS ALBERTO RINCÓN SOTO**, quien conducía el vehículo..., forzosamente, la sociedad mercantil **CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA** debe ser condenada al resarcimiento del daño moral...”.

El Primer Precedente Transporte Rincón también incluye la siguiente cita del escrito de formalización:

“hemos dado fiel cumplimiento a las exigencias que jurisprudencialmente ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; y en éste (sic) sentido, nos permitimos citar... la sentencia No. 903 de fecha 14 de mayo de 2.004, caso **TRANSPORTE SAET**”.

Adicionalmente, el Primer Precedente Transporte Rincón incluye la siguiente cita del escrito de formalización:

“la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, tiene celebrado un contrato de transporte con la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, a quien le presta el servicio de manera exclusiva, ya que todas sus unidades de carga, tienen los mismos colores, signos y logotipos alusivos a la mencionada empresa, siendo el transporte de cervezas de la CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, la única y principal fuente de lucro de la misma...”

Además, la relación que existe y que se produce con ocasión del servicio de transporte que presta la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA a la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, está íntimamente relacionado con el objeto o giro comercial de la misma, puesto que luego de elaborar y envasar las cervezas y demás productos fabricados por ésta, se le hace indispensable y necesario surtir y proveer a las distintas distribuidoras suyas ubicadas en el ámbito geográfico regional. Es allí donde entra en escena la empresa contratista de transporte que surge con ocasión de la producción de la empresa cervecera, estableciéndose plenamente la conexidad entre ambas empresas...

la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, tiene como única y principal fuente de ingresos los provenientes del servicio de transporte que le presta a la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, es más, esta compañía se creó o nació a la vida comercial con ocasión de ese servicio, hasta el punto que la cervecera le prestó el dinero para la adquisición de un lote de gandolas y remolques, incluida en este lote la gandola causante del accidente, para comenzar a prestar sus servicios de transporte, todo lo cual evidencia indudablemente la conexidad existente entre ambas empresas, y por ende la responsabilidad solidaria con los trabajadores que presten servicios para la contratista, y la responsabilidad de ambas empresas frente a terceros por los hechos ilícitos que cometan los mismos (trabajadores) en ejercicio de sus funciones...

Así como el señalado chofer de la gandola, hubiera podido reclamar cualquier beneficio laboral a ambas empresas, tanto a la de transporte como a la empresa cervecera, estas también responden de todo daño material o moral causado por el trabajador en el ejercicio de sus funciones”.

El juzgado superior decidió que Cervecería Modelo no tenía legitimación activa, ya que, según la legislación de tránsito, sólo son responsables el propietario del automóvil (Transporte Rincón Valero) y el conductor (Carlos Alberto Rincón Soto):

“la cualidad que –en su criterio– tiene la codemandada Cervecería Modelo, Compañía Anónima para sostener el juicio, por cuanto tanto esa empresa como Transporte Rincón Valero, Compañía Anónima “...actúan como una unidad o grupo, aunque en sus relaciones con los terceros se presenten como sociedades independientes...””.

La Sala Civil, en el Primer Precedente Transporte Rincón, desestimó esta falta de legitimación:

“quedó determinado plenamente por el juez de la instancia superior la ocurrencia de un accidente de tránsito que generó daños morales..., sin embargo, declaró procedente la falta de cualidad pasiva de la sociedad mercantil Cervecería Modelo, C.A., lo cual constituyó una infracción de ley”.

La Sala Civil, en el Primer Precedente Transporte Rincón, consideró que los demandantes cumplieron con los requisitos del Sentencia Saet, dio a los demandantes la razón, en cuanto a que cumplieron con los requisitos del Sentencia Saet, pues señaló, por ejemplo, lo siguiente:

“la Sala observa que existe entre las empresas codemandadas, Cervecería Modelo, C.A. y Transporte Rincón Valero, C.A. una relación derivada de unos contratos donde pactan la prestación del servicio de transporte, de los cuales se desprende de forma inequívoca el control que tiene la primera de las nombradas sobre todas y cada una de las operaciones que efectúa la compañía de transporte para el acarreo y distribución de los productos”.

Finalmente, la Sala Civil, en el Primer Precedente Transporte Rincón, anuló la decisión del juzgado superior y condenó a los tres demandados a pagar daños morales:

“esta Sala, declara 1) con lugar la demanda por daño moral proveniente de accidente de tránsito...; 3) Se condena a las codemandadas a la indemnización por daño moral”.

El Primer Precedente Transporte Rincón establece que los jueces deben tener en cuenta ciertos hechos, que permiten levantar el velo societario, como lo son la titularidad de las acciones, el control de las compañías o cualquier otro elemento que pueda llevar a la conclusión de que éstas no son independientes:

“Atender a ciertos hechos indiciarios que permitan establecer la procedencia del levantamiento del velo corporativo, como por ejemplo cuando se verifique una o más sociedades donde una de ellas tenga un solo socio, el control de una de las empresas sobre otra u otras, la insuficiencia del capital social, la no producción de dividendos, la ausencia de giro independiente, el control accionario entre dos o más empresas del grupo, el funcionamiento en establecimientos comunes y dependientes unos de otros, la confusión patrimonial, cuando existan contratos conexos o enlazados por el objeto o por la causa. En fin todos aquellos elementos que puedan conllevar a deducir la falta de independencia de una o varias de las sociedades frente a otra empresa o persona natural” (el subrayado es de la Sala Civil).

En un grupo empresarial, ninguna de las siguientes circunstancias, mencionadas en el Primer Precedente Transporte Rincón como factores aptos para levantar el velo corporativo, puede ser calificada, bajo derecho venezolano, como un fraude u otro hecho ilícito: (i) “una o más sociedades donde una de ellas tenga un solo

socio”, (ii) “el control de una de las empresas sobre otra u otras”, (iii) “la no producción de dividendos”, (iv) “la ausencia de giro independiente”, (v) “el control accionario entre dos o más empresas del grupo”, (vi) “el funcionamiento en establecimientos comunes y dependientes unos de otros”, (vii) “contratos conexos o enlazados por el objeto o por la causa”, y (viii) “la falta de independencia de una o varias de las sociedades frente a otra empresa o persona natural”. **Pero, según el Primer Precedente Transporte Rincón, estas circunstancias permiten “establecer la procedencia del levantamiento del velo corporativo”, aunque no califiquen como fraude ni hecho ilícito.**

En el Primer Precedente Transporte Rincón, la Sala Civil no aludió a ningún fraude, abuso u otro hecho ilícito específico, ni a ninguna violación concreta de una norma de orden público o interés social. El lenguaje allí utilizado sugiere que el hecho de que Cervecería Modelo se haya negado a pagar, invocando la personalidad jurídica separada de Transporte Rincón Valero, es calificable como abuso de derecho; es decir, el abuso no estaría en la estructuración del grupo empresarial, ni en sus actuaciones previas al reclamo del daño por los Villasmil, sino que el abuso habría surgido posteriormente, al eludir la responsabilidad pretextando que los integrantes del grupo son personas jurídicas distintas. En efecto, la Sala Civil, en el Primer Precedente Transporte Rincón, incluyó los textos siguientes:

“...en el caso concreto, se pretende invocar la personalidad jurídica que el ordenamiento reconoce a las sociedades mercantiles (artículo 201 del Código de Comercio), y la intangibilidad patrimonial que resulta para los socios, en virtud de la separación de sus conjuntos patrimoniales y los de la sociedad...”

...constatado el ejercicio abusivo de un derecho —en este caso, el aprovechamiento de la personalidad jurídica...”

Entonces, parece que lo que la Sala Civil cuestiona es permitir a un miembro de un grupo excusarse del pago de las obligaciones contraídas por otro miembro, utilizando como pretexto sus personalidades jurídicas separadas. Escudarse en este pretexto sería un abuso de derecho, o sea, un hecho ilícito, y, además, podría ser calificado como una violación del orden público o interés social.

11) Segundo Precedente Transporte Rincón

Los Villasmil objetaron ante la Sala Constitucional el Primer Precedente Transporte Rincón, de la Sala Civil, porque no estaban de acuerdo con el monto de la indemnización que se les concedió. Mediante el Segundo Precedente Transporte Rincón, la Sala Constitucional, el 11 de agosto de 2017, anuló el Primer Precedente Transporte Rincón. El Segundo Precedente Transporte Rincón establece, sin embargo, que el Primer Precedente Transporte Rincón levantó correctamente el velo corporativo:

“Como puede observarse de la lectura de la decisión cuya revisión ha sido solicitada, la Sala de Casación Civil acertadamente falló a favor de los hoy solicitantes, en torno a estimar procedente que, en efecto existe una responsabilidad solidaria entre todas las empresas codemandadas”.

III) Comentarios generales sobre las sentencias del Tribunal Supremo durante el período 2004-2017

El Voto Salvado Saet, el Voto Salvado Atuca y el Voto Salvado Tecnoconsult se asemejan. Los tres objetan la doctrina del Precedente Saet. Los magistrados disidentes no prevalecieron sobre la mayoría sentenciadora del Tribunal Supremo. Han pasado muchos años desde el Voto Salvado Saet, el Voto Salvado Atuca y el Voto Salvado Tecnoconsult, cuyos criterios jamás se impusieron. De éstos, la última opinión disidente fue la del Voto Salvado Tecnoconsult, emitido el 6 de noviembre de 2014. Las sentencias posteriores del Tribunal Supremo relativas al Precedente Saet no tienen votos salvados.

Con posterioridad al Precedente Saet, la Sala Constitucional y otras salas del Tribunal Supremo expresaron que el Precedente Saet es vinculante, o invocaron, respecto de él, el artículo 335 de la Constitución, que dispone:

“Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Concretamente, el citado artículo 335 de la Constitución fue invocado por la Sala Constitucional en las cuatro decisiones siguientes, en las que ratificó el Precedente Saet, aunque no lo aplicó por razones procedimentales: (i) decisión N° 900 del 6 de julio de 2009, en el caso de Wladimir Troya La Cruz contra Industria Azucarera Santa Clara C.A. y Central Azucarero Las Majaguas C.A. (el “**Precedente Industria Azucarera Santa Clara**”);³¹ (ii) decisión N° 1201 del 30 de septiembre de 2009, en el caso de George Kastner contra Arthur D. Little de Venezuela C.A. (el “**Precedente Arthur D. Little**”);³² (iii) decisión N° 523 del 25 de abril de 2012, en el caso de la sucesión de Suplicio Guevara contra Moisés Udelman y Valores Abezur C.A. (el “**Precedente Abezur**”);³³ y (iv) el Precedente Electricidad (8 de octubre de 2013).

³¹ El Precedente Industria Azucarera Santa Clara fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/900-6709-2009-09-0315.HTML>

³² El Precedente Arthur D. Little fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1201-30909-2009-08-1411.HTML>

³³ El Precedente Abezur fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/523-25412-2012-10-0786.HTML>

Adicionalmente, la Sala Constitucional ratificó el Precedente Saet en la decisión N° 1703 del 10 de diciembre de 2009, en el caso de Jesús Manuel Sánchez Araque contra Tasca El Monasterio, C.A. y Inversiones GH 2000, C.A. (el “**Precedente GH 2000**”),³⁴ en la que se refirió a su función como Tribunal Constitucional de Venezuela en los siguientes términos:

“velar y garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, a los fines de custodiar la uniformidad en la interpretación de los preceptos fundamentales, además de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional en interpretación directa de la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica”.

El Precedente Abezur fue dictado por la Sala Constitucional con motivo de un recurso de amparo constitucional; y el Precedente Industria Azucarera Santa Clara, el Precedente Arthur D. Little, el Precedente Electricidad y el Precedente GH 2000 fueron dictados por la Sala Constitucional con motivo de recursos de revisión constitucional.

Por lo tanto, la doctrina expresada en el Precedente Saet refleja lo que es el derecho actualmente en Venezuela. En efecto, el Precedente Saet me parece criticable e inicialmente uno podía pensar que su doctrina no era de aplicación obligatoria;³⁵ pero numerosas sentencias dictadas después dejaron claro que es vinculante, conforme al artículo 335 de la Constitución.³⁶

El Precedente Industria Azucarera Santa Clara y el Precedente Inversiones GH 2000 incluyen el siguiente texto, tomado del Precedente Saet:

“No se trata exclusivamente de una cuestión de solidaridad entre los diversos miembros del grupo económico, como la denomina el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo o el artículo 323 del Decreto con rango y fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras..., sino de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos”.

De manera que el Precedente Saet y otras decisiones de la Sala Constitucional que lo confirman declararon, de manera vinculante, que los grupos, dentro y fuera del ámbito de las Leyes Especiales, contraen obligaciones indivisibles, sujetas al artículo 1254 del Código Civil.

³⁴ El Precedente GH 2000 fue consultado el 27 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1703-101209-2009-09-0219.HTML>

³⁵ Acedo Sucre, Carlos Eduardo, y Acedo de Lepervanche, Luisa: Los Grupos de Sociedades desde la Óptica del Derecho de Obligaciones, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Derecho de Grupos de Sociedades, Caracas, 2005 (páginas 495 a 538).

³⁶ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Piercing the Corporate Veil and PDVSA, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón, tomo III, Caracas, 2019 (páginas 2411 a 2442); y El Levantamiento del Velo Corporativo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 13, Caracas, 2020 (páginas 795 a 823).

El Tribunal Supremo dictó sentencias adicionales a las aquí reseñadas, sobre el tema de este trabajo, durante el período 2004-2017; pero me parecen menos relevantes, a la luz de lo ocurrido luego.

Aquí cabe destacar que las decisiones antes citadas abarcan las cuatro situaciones siguientes:

1. La Sala Constitucional, en el Precedente Saet, levantó el velo corporativo en relación con un grupo empresarial, para lo cual declaró que las Leyes Especiales reflejan una regla general, conforme a la cual y de acuerdo con el artículo 1254 del Código Civil, los grupos contraen obligaciones indivisibles y tienen un patrimonio único. La Sala Constitucional, en el Primer Precedente Consolidado y el Precedente Electricidad, la Sala Social, en el Precedente Avenza y la Sala Civil, en el Primer Precedente Transporte Rincón, también levantaron el velo corporativo con base sobre las obligaciones indivisibles del artículo 1254 del Código Civil, conforme al Precedente Saet. La Sala Constitucional, en el Segundo Precedente Transporte Rincón, confirmó lo decidido por la Sala Civil en el Primer Precedente Transporte Rincón, salvo en lo que respecta a la cuantía de los daños y perjuicios. Finalmente, Sala PA, en el Precedente Wenco, también levantó el velo corporativo, invocando el Precedente Saet.
2. En el Precedente Saet, la Sala Constitucional estableció que se puede levantar el velo corporativo con base sobre la responsabilidad solidaria de los artículos 1185 y 1195 del Código Civil, o con base sobre las obligaciones indivisibles del artículo 1254 del Código Civil, que fue el aplicado al caso. En el Precedente Parque La Vega, la Sala Civil trató el tema del levantamiento del velo corporativo, pero no aplicó la responsabilidad grupal fundamentada en la obligación indivisible del artículo 1254, como ocurrió en el Precedente Saet; sino que, en ese caso, los demandantes hicieron valer la responsabilidad solidaria de los artículos 1185 y 1195, que fueron los aplicados.
3. La Sala Constitucional, en el Precedente Saet, declaró que, en principio, el interesado debe demandar y hacer citar a los miembros del grupo, o al menos mencionarlos en su demanda; y, además, probar la existencia del grupo. La Sala Constitucional, en el Precedente Atuca, ratificó el precedente Saet; pero no levantó el velo corporativo, pues los interesados no satisficieron la carga de alegación y prueba relativa a la existencia del grupo en la oportunidad adecuada y el procedimiento apropiado. Asimismo, la Sala Constitucional, en el Precedente Electricidad, el Precedente Industria Azucarera Santa Clara, el Precedente Arthur D. Little, el Precedente Abezur y el Precedente GH 2000, y la Sala Civil, en el Precedente Tecnoconsult, confirmaron el Precedente Saet, pero no levantaron el velo corporativo por razones procedimentales.

4. En el Precedente Saet, la Sala Constitucional levantó el velo corporativo para declarar responsables a los miembros de un grupo. Pero la doctrina del Precedente Saet también funciona en sentido contrario. De hecho, el mismo año, la Sala Social, en el Precedente Piemme, se basó en el Precedente Saet, para levantar el velo corporativo a fin de favorecer a los miembros de un grupo, afirmando que su responsabilidad cesó en virtud de una transacción firmada por uno de ellos. Esto último fue posible, porque no se requiere fraude, abuso u otro hecho ilícito, ni violación del orden público o interés social, para levantar el velo corporativo. El Precedente Piemme fue ratificado en el Precedente Avenza, que, por el contrario, levantó el velo corporativo para condenar al patrono y una compañía relacionada. El Precedente Piemme y el Precedente Avenza van más allá de la responsabilidad solidaria prevista en la legislación laboral, pues reconocen la responsabilidad grupal por obligaciones indivisibles y patrimonio único del grupo, consagrada en el Precedente Saet, que invoca el artículo 1254 del Código Civil.

IV) Sentencias del Tribunal Supremo sobre levantamiento del velo corporativo del período 2018-2023

En este capítulo trataremos las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

1. la decisión N° 225 dictada por la Sala Social el 19 de marzo de 2018, en el caso de Mirna Torres Cobo contra Clínicas Rescarven, C.A., Rescarven Medicina Prepagada, C.A., Consultorios Médicos Rescarven, C.A., Ambulancias Rescarven, C.A., y Laboratorios Clínicos Rescarven, C.A. (el “**Primer Precedente Rescarven**”);³⁷
2. la decisión N° 514 dictada por la Sala PA el 15 de mayo de 2018, en el caso de Luis Ernesto Torre y Rafael Vargas contra Banco Consolidado C.A. y Banco Consolidado Aruba, N.V. (el “**Segundo Precedente Consolidado**”);³⁸
3. la decisión N° 775 dictada por la Sala Social el 23 de octubre de 2018, en el caso de Osmel Natera y José Pereira contra Corporación Delta II, C.A., Corporación Inlaca, C.A., Inversiones Hermanos Gouveia, C.A., y Comercializadora Tusmarkas, C.A. (el “**Precedente Inlaca**”);³⁹

³⁷ El Primer Precedente Rescarven fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/208825-0225-19318-2018-17-527.HTML>

³⁸ El Segundo Precedente Consolidado fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/211338-00514-16518-2018-1996-13177.HTML>

³⁹ El Precedente Inlaca fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/301855-0775-231018-2018-18-213.HTML>

4. la decisión N° 062 dictada por la Sala Social el 10 de diciembre de 2020, en el caso de Fernando Jodra Trillo contra Tecnología Smartmatic de Venezuela, C.A., Smartmatic Project Management Corporation, Smartmatic Deployment Corporation, Smartmatic International Corporation, Smartmatic International Holding N.V. y Smartmatic International Group, N.V. (el “**Precedente Smartmatic**”);⁴⁰
5. la decisión dictada por la Sala Social el 20 de julio de 2021, en el caso de Marina Enriqueta Rodríguez contra Laboratorio Clínico Rescarven, C.A., Clínicas Rescarven, C.A., Rescarven Medicina Prepagada, C.A., Consultorios Médicos Rescarven, C.A., Ambulancias Rescarven, C.A., y Laboratorios Clínicos Rescarven, C.A. (el “**Segundo Precedente Rescarven**”);⁴¹
6. la decisión N° 824 emitida por la Sala Civil el 14 de diciembre de 2021, en el caso de Especialidades Médicas de Occidente C.A. (ESMEDOCA) contra Dieselwagen C.A. y tres individuos (el “**Precedente Dieselwagen**”);⁴²
7. la decisión dictada por la Sala Civil el 28 de octubre de 2022, en el caso de los Villasmil contra Transporte Rincón Valero, Cervecería Modelo y La Seguridad (el “**Tercer Precedente Transporte Rincón**”);⁴³
8. la decisión N° 679 emitida por la Sala PA el 3 de noviembre de 2022, con respecto a las objeciones levantadas por Servicios Tecnológicos Nubise, S.A., en relación con una decisión de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, SUDEASEG (el “**Precedente Nubise**”);⁴⁴ y
9. trece sentencias recientes y similares de la Sala PA sobre grupos empresariales (los “**13 Precedentes Bandes y Bancoex**”), que incluyen tres fallos en los que el demandante es el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (“**Bandes**”) y diez fallos en los que el demandante es el Banco de Comercio Exterior (“**Bancoex**”), a saber:
 - i) decisión N° 186 del 23 de marzo de 2023, en el caso de Bandes contra Suramericana de Aerosoles, S.A. (el “**Precedente Aerosoles**”);⁴⁵

⁴⁰ El Precedente Smartmatic fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/310911-062-101220-2020-20-039.HTML>

⁴¹ El Segundo Precedente Rescarven fue consultado el 23 de septiembre de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/312664-070-20721-2021-19-286.HTML>

⁴² El Precedente Dieselwagen fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/315351-RC.000824-141221-2021-18-005.HTML>

⁴³ El Tercer Precedente Transporte Rincón fue consultado el 27 de septiembre de 2023: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/320265-000509-281022-2022-17-912.HTML>

⁴⁴ El Precedente Nubise fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/320454-00679-31122-2022-2022-0217.HTML>

⁴⁵ El Precedente Aerosoles fue consultado el 30 de julio de 2023 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/323709-00186-23323-2023-2022-0401.HTML>

- ii) decisión N° 292 del 25 de abril de 2023, en el caso de Bandes contra Islácteos, C.A. (el “**Precedente Islácteos**”);⁴⁶
- iii) decisión N° 293 del 25 de abril de 2023, en el caso de Bancoex contra Papeles del Táchira, C.A. (el “**Precedente Papeles del Táchira**”);⁴⁷
- iv) decisión N° 326 del 27 de abril de 2023, en el caso de Bancoex contra Aluminios Tecnológicos, C.A. y Construcciones Weidoca, C.A. (el “**Precedente Weidoca**”);⁴⁸
- v) decisión N° 357 del 9 de mayo de 2023, en el caso de Bandes contra Tuberías Rígidas de P.V.C., C.A. (TUBRICA) (el “**Precedente Tubrica**”);⁴⁹
- vi) decisión N° 385 del 11 de mayo de 2023, en el caso de Bancoex contra Canteras & Mármoles 96, C.A. (el “**Precedente Canteras & Mármoles**”);⁵⁰
- vii) decisión N° 412 del 18 de mayo de 2023, en el caso de Bancoex contra N&H Proyectos 2211 2005, C.A. (el “**Precedente N&H**”);⁵¹
- viii) decisión N° 473 del 1° de junio de 2023, en el caso de Bancoex contra Soluciones Tecnológicas de Venezuela, C.A. (el “**Precedente Soluciones Tecnológicas**”);⁵²
- ix) decisión N° 484 del 1° de junio de 2023, en el caso de Bancoex contra Inversiones L Y G 707274, C.A. (el “**Precedente Inversiones L y G**”);⁵³
- x) decisión N° 596 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Procesos Metálicos y Plásticos, C.A. (Promeplas, C.A.) (el “**Precedente Promeplas**”);⁵⁴

⁴⁶ El Precedente Islácteos fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/324472-00292-25423-2023-2022-0230.HTML>

⁴⁷ El Precedente Papeles del Táchira fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/324475-00293-25423-2023-2022-0258.HTML>

⁴⁸ El Precedente Weidoca fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/324542-00326-27423-2023-2023-0001.HTML>

⁴⁹ El Precedente Tubrica fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/324936-00357-10523-2023-2023-0042.html>

⁵⁰ El Precedente Canteras & Mármoles fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/324968-00385-11523-2023-2023-0004.HTML>

⁵¹ El Precedente N&H fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/325303-00412-18523-2023-2022-0305.HTML>

⁵² El Precedente Soluciones Tecnológicas fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/325825-00473-1623-2023-2022-0304.html>

⁵³ El Precedente Inversiones L y G fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/325827-00484-1623-2023-2022-0297.HTML>

⁵⁴ El Precedente Promeplas fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/326858-00596-13723-2023-2022-0248%20.html>

xi) decisión N° 615 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Coopeandi, C.A. (el “**Precedente Coopeandi**”);⁵⁵

xii) decisión N° 617 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Interfibras, C.A. (el “**Precedente Interfibras**”);⁵⁶ y

xiii) decisión N° 622 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Dinoxi, C.A. (el “**Precedente Dinoxi**”).⁵⁷

A continuación, voy a tratar las sentencias anteriores, en el mismo orden, que es su orden cronológico:

1) Primer Precedente Rescarven

La Sala Social, en el Primer Precedente Rescarven del 19 de marzo de 2018, aplicó el Precedente Saet para levantar el velo corporativo, sin requerir, para ello, un fraude, abuso u otro hecho ilícito, ni una violación del orden público o interés social. El Primer Precedente Rescarven transcribe parcialmente el Precedente Saet, y, tratándose de un juicio laboral, concluye en que éste establece lo siguiente:

“acreditada la existencia de un grupo de empresas, se genera una responsabilidad solidaria patronal frente a los trabajadores”.

2) Segundo Precedente Consolidado

En el Segundo Precedente Consolidado, fechado 15 de mayo de 2018, la Sala PA citó el Primer Precedente Consolidado emitido por la Sala Constitucional, que está basado en el Precedente Saet. La Sala PA, en el Segundo Precedente Consolidado, declaró que el Primer Precedente Consolidado (y, por ende, el Precedente Saet), estableció:

“criterios vinculantes establecidos por la referida Sala Constitucional”.

“criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional”.

⁵⁵ El Precedente Coopeandi fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/326872-00615-13723-2023-2022-0256.html>

⁵⁶ El Precedente Interfibras fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/326879-00617-13723-2023-2023-0002.html>

⁵⁷ El Precedente Dinoxi fue consultado el 30 de julio de 2023 en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/326892-00622-13723-2023-2022-0308.html>

3) Precedente Inlaca

El 23 de octubre de 2018, la Sala Social, en el Precedente Inlaca, aplicó el Precedente Saet, sin requerir, para ello, un fraude, abuso u otro hecho ilícito, ni una violación del orden público o interés social. El Precedente Inlaca transcribe parcialmente el Precedente Saet, y, tratándose de un juicio laboral, concluye en que éste establece lo siguiente:

“aun cuando los actores no tuvieron una vinculación directa con la sociedad mercantil Corporación Inlaca, C.A., ...la misma pertenece a un grupo económico..., razón por la que... la indicada Corporación resultaba solidariamente responsable con el pago de las prestaciones sociales”.

4) Precedente Smartmatic

La Sala Social, en el Precedente Smartmatic, fechado 10 de diciembre de 2020, aplicó el Precedente Saet, sin exigir fraude, abuso u otro hecho ilícito, ni violación del orden público o interés social. El Precedente Smartmatic transcribe parcialmente el Precedente Saet y condena a todos los demandados, declarando lo siguiente:

“observa esta Sala que existen elementos de convicción que se ajustan a los patrones señalados en la decisión de Transporte Saet, S.A., parcialmente transcrita en el texto del presente fallo, para determinar y considerar la existencia de un vínculo jurídico de unidad económica entre las hoy codemandadas SMARTMATIC PROJECT MANAGEMENT CORPORATION, SMARTMATIC DEPLOYMENT CORPORATION, SMARTMATIC INTERNATIONAL CORPORATION, SMARTMATIC INTERNATIONAL HOLDING N.V., Y SMARTMATIC INTERNATIONAL GROUP N.V., DE LAS CUALES SOLO CONCURRIÓ TECNOLOGÍA SMARTMATIC DE VENEZUELA, C.A... se procede a levantar el velo societario existente entre ellas, debiéndose forzosamente, apreciar dichas empresas como empresas relacionadas entre sí, que conforman una unidad económica...

...se observa que en el caso *in commento*, existen 6 empresas que a simple vista son autónomas una de la otra, sin embargo y no obstante a ello, se constató que una es subsidiaria de la otra y que éstas son manejadas por los mismos directivos y socios entre sí, con conocimiento pleno de las actuaciones llevadas en su contra con vista a la estructura de unidad económica con la que se encuentran investidas...

...la decisión abarcará la condena de la unidad económica conformada por el GRUPO SMARTMATIC, como un único ente deudor de todos los conceptos demandados”.

5) Segundo Precedente Rescarven

La Sala Social, en el Segundo Precedente Rescarven, fechado 20 de julio de 2021, declaró:

“las empresas Laboratorio Clínico Rescarven, C.A., Clínicas Rescarven, C.A. (anteriormente denominada Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven, C.A. fusionada con Administradora S.C., C.A.), Consultorios Médicos Rescarven, C.A. (antes denominada Clínicas Rescarven, C.A.), Ambulancias Rescarven, C.A. (denominada Administradora Rescarven, C.A.) y Rescarven Medicina Prepagada, C.A. (anteriormente Administradora Convida, C.A.), **tienen fines e intereses comunes** conformando un grupo de empresas de allí, que ostenten la cualidad para sostener el juicio en su contra y tengan la obligación solidaria e indivisible contraída con relación a las acreencias laborales causadas a favor de la accionante, considerándose trabajadora de la unidad de los patronos asociados, teniendo el derecho de obtener el pago de sus acreencias de cualquiera o de todas las que conforman el grupo o unidad.

Por consiguiente, establecida la figura de un grupo empresarial conformado por las sociedades mercantiles antes indicadas, las mismas ostentan, en consecuencia, la cualidad necesaria para sostener el juicio instaurado en su contra, en tal sentido, resulta forzoso para esta Sala declarar **sin lugar la falta de cualidad** invocada. Así se decide” (las negritas son de la Sala Social).

6) *Precedente Dieselwagen*

En el Precedente Dieselwagen del 14 de diciembre de 2021, la Sala Civil no se refirió directamente al Precedente Saet, ni a la doctrina de la Sala Constitucional sobre las obligaciones indivisibles de los miembros de un grupo empresarial, bajo el artículo 1254 del Código Civil. Sin embargo, en el Precedente Dieselwagen, la Sala Civil confirmó una decisión emitida por un juzgado superior, que levantó el velo corporativo y decidió no aplicar, a ese caso específico, los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio, antes citados. Según el juzgado superior, aplicar dichos artículos sería negar la responsabilidad grupal, lo cual, según la Sala Constitucional, es inconstitucional, así que se trata de un caso de *control difuso de la constitucionalidad*. En el Precedente Dieselwagen, la Sala Civil declaró:

“existe una clara aceptación doctrinaria de la técnica de levantamiento del velo corporativo por la jurisprudencia venezolana... al recurrente sostener la infracción por la desaplicación de los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio y 53 de la Ley de Registro y Notariado..., está solicitando precisamente todo lo contrario a lo ya decidido y ordenado... por la jurisprudencia de la Sala Constitucional... Por esta razón y, contrario a lo que hoy pretende el recurrente, el juez *ad quem*, por medio del control difuso de la constitucionalidad desaplicó acertadamente dichas normas por cuanto... las mismas son normas preconstitucionales las cuales se desaplicaron con el objeto de garantizar la efectividad de las garantías y derechos constitucionales de la parte demandante,... en acatamiento al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que pone de manifiesto la aceptación de la técnica de levantamiento del velo corporativo por la jurisprudencia venezolana”.

De modo que la Sala Civil acató la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre levantamiento del velo corporativo. De hecho, el Precedente Dieselwagen confirmó la decisión del juzgado superior, que había declarado lo que sigue:

“En cuanto a la doctrina del levantamiento del velo, Muci Bojas señaló lo siguiente: “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha invocado la doctrina del levantamiento del velo..., por ello, es que doctrinas como la del *disregard* o el levantamiento del velo han sido aceptadas por esta Sala”... [L]os artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio... [son] normas que necesariamente deben ser desaplicadas para el caso de marras, a los fines de poder acceder a la responsabilidad individual de los socios de la empresa demandada, todos aquí co demandados por demás, frente a las reclamaciones de la parte demandante... [El] control difuso de la constitucionalidad... [resulta en] la desaplicación de los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio, en aras de garantizar la garantía del acceso a la justicia y el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de la parte activa de la relación procesal”.

El Precedente Dieselwagen describe de la manera siguiente la decisión del juzgado superior, que confirmó:

“la Alzada hizo referencia a la doctrina de la Sala Constitucional en cuanto al levantamiento del velo corporativo... [S]e levantó el velo corporativo por control difuso de la constitucionalidad y, en consecuencia, el juez *ad quem* desaplicó los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio, para que los co-demandados de manera solidaria, asuman la responsabilidad como socios de la empresa demandada por cumplimiento de contrato... el juez *ad quem* si justificó la desaplicación de las normas arriba mencionadas y por tanto el levantamiento del velo corporativo, al basar su decisión en jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia... Tal dictamen de la Alzada, decidió rasgar el velo corporativo y desconocer la personalidad de la sociedad mercantil DIESELWAGEN, C.A., pues como lo refirió el juez *ad quem*... para eso se encuentra el control difuso de la constitucionalidad que permitió –al menos– para el presente caso, la desaplicación de normas preconstitucionales (artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio y 53 de la Ley de Registro y Notariado) en aras de garantizar la efectividad de las garantías y derechos constitucionales... el juez de Alzada confirmó la sentencia de instancia: 1) que no existe falta de cualidad activa ni pasiva, 2) se levantó el velo corporativo por control difuso de la constitucionalidad y, 3) en consecuencia, el juez *ad quem* desaplicó los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio, para que los co-demandados aquí recurrentes de manera solidaria, asuman la responsabilidad como socios de la empresa accionada por la demanda”.

El Precedente Dieselwagen citó y confirmó el Primer Precedente Transporte Rincón, al expresar lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto al examen de los hechos que deben tomarse en cuenta para el levantamiento del velo corporativo, ha sido doctrina de esta Sala (Cfr: TSJ-SCC N° 381 del 22-06-16), que cuando los juzgadores se encuentren en un

*caso en el que se alegue el uso abusivo de la forma societaria o en fraude a la ley, los jueces deben observar los siguientes lineamientos: Analizar el conjunto de relaciones que unen a las diferentes personas jurídicas y naturales actuantes; Verificar si de esas relaciones se evidencia que se utilizó la forma societaria para lesionar intereses de terceros o en fraude a disposiciones de orden público; Atender a ciertos hechos indiciarios **que permitan establecer la procedencia del levantamiento del velo corporativo**, como por ejemplo cuando se verifique **una o más sociedades donde una de ellas tenga un solo socio, el control de una de las empresas sobre otra u otras, la insuficiencia del capital social, la no producción de dividendos, la ausencia de giro independiente, el control accionario entre dos o más empresas del grupo, el funcionamiento en establecimientos comunes y dependientes unos de otros, la confusión patrimonial, cuando existan contratos conexos o enlazados por el objeto o por la causa; En fin todos aquellos elementos que puedan conllevar a deducir la falta de independencia de una o varias de las sociedades frente a otra empresa o persona natural**” (los resaltados son míos).*

Las situaciones previstas en los textos resaltados del párrafo anterior no pueden razonablemente ser calificadas como fraude, abuso ni otro hecho ilícito, ni tampoco como una violación del orden público o interés social.

El Precedente Dieselwagen citó y confirmó una decisión en la que el Juzgado Superior había citado a José Antonio Muci, incluyendo su texto siguiente:

“El citado autor señala:

“La mayoría de las veces, ya lo hemos anotado, el juez venezolano no cuenta con una norma legal que le confiera poder expreso –poder expreso– para desechar la personalidad jurídica de la sociedad”. Y el nuestro es un juez –esa es la regla– de Derecho, que no puede decidir con base en razones de equidad. Esas circunstancias, empero, no han sido óbice para que los jueces rasguen el velo corporativo y desconozcan a personalidad de la sociedad””

La Sala Civil estuvo de acuerdo con José Antonio Muci, pues el Precedente Dieselwagen posteriormente expresa:

“existe una clara aceptación doctrinaria de la técnica de levantamiento del velo corporativo por la jurisprudencia venezolana, ya que **el juez venezolano no cuenta con una norma legal que le confiera poder expreso para desechar la personalidad jurídica de la sociedad**. (Negrillas, cursivas y subrayado de la Sala)”.

6) Tercer Precedente Transporte Rincón

Tercer Precedente Transporte Rincón, emitido por la Sala Civil el 28 de octubre de 2022, es la tercera decisión del Tribunal Supremo con respecto a la demanda de daños y perjuicios de los Villasmil por el accidente de tránsito que provocó la muerte de su hija, contra Transporte Rincón Valero, como propietaria del camión involucrado en el accidente; su relacionada Cervecería Modelo; y La Seguridad, como aseguradora.

La Sala Civil, en el Tercer Precedente Transporte Rincón, repitió los textos siguientes, del Primer Precedente Transporte Rincón:

“...en el caso concreto, se pretende invocar la personalidad jurídica que el ordenamiento reconoce a las sociedades mercantiles (artículo 201 del Código de Comercio), y la intangibilidad patrimonial que resulta para los socios, en virtud de la separación de sus conjuntos patrimoniales y los de la sociedad...”

...comprobado el ejercicio abusivo de un derecho –en este caso, el aprovechamiento de la personalidad jurídica...”

Además, más adelante, la Sala Civil, en el Tercer Precedente Transporte Rincón, incluyó el texto siguiente, que es casi igual:

“quedó constatado en actas el ejercicio abusivo de un derecho –en este caso, el aprovechamiento de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil”.

La Sala Civil señaló que Cervecería Modelo, que tiene una estrecha relación con Transporte Rincón Valero, incurrió en abuso de derecho, al negar su responsabilidad alegando que son personas jurídicas distintas. La Sala Civil explicó la relación contractual entre ambas, y no encontró ningún abuso de derecho en la forma en que estructuraron el grupo empresarial, ni en la interacción de sus miembros, ni en los hechos que condujeron al accidente de tránsito; sino posteriormente, cuando Cervecería Modelo rechazó el pago, escudándose en que no es Transporte Rincón Valero.

8) Precedente Nubise

La Sala PA, en el Precedente Nubise del 3 de noviembre de 2022, decide las objeciones levantadas por Servicios Tecnológicos Nubise, S.A., en relación con una decisión de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, SUDEASEG, mediante la cual ordenó la intervención sin cese de operaciones y la remoción de los administradores generales de la empresa Administración Grupo Pronto, S.A.

El Precedente Nubise se refiere al Precedente Saet y al levantamiento del velo corporativo, en los siguientes términos:

“Sobre este punto se ha pronunciado en *extenso* la Sala Constitucional, fijando el criterio actualmente imperante en la sentencia Nro. 903 dictada el 14 de mayo de 2004 (caso: Transporte Saet, S.A.)”.

Y después el Precedente Nubise transcribió parcialmente el Precedente Saet, y aprobó el levantamiento del velo corporativo respecto del grupo formado por Servicios Tecnológicos Nubise, S.A. y Administradora Grupo Pronto, S.A.

9) Los 13 Precedentes Bandes y Bancoex

El común denominador de los 13 Precedentes Bandes y Bancoex, emitidos por la Sala PA entre el 23 de marzo y 13 de julio de 2023, es el siguiente: (i) los demandantes son bancos del Estado, (ii) los demandados son prestatarios bajo contratos de crédito en que el prestamista es el demandante, (iii) la demanda es para cobrar lo adeudado bajo dichos contratos de crédito, y (iv) la Sala PA cita el Precedente Saet y el Precedente Atuca, y levanta el velo corporativo, declarando que no se requiere para ello un fraude u otro hecho ilícito.

De hecho, los 13 Precedentes Bandes y Bancoex, **luego de copiar unos textos del Precedente Saet y el Precedente Atuca, explicaron lo siguiente, utilizando las mismas palabras:**

“En las aludidas decisiones la Sala Constitucional abandonó los viejos dogmas del fraude y el hecho ilícito como requisitos preponderantes para la solicitud del levantamiento del velo corporativo..., bastando que quien pretenda obtener un fallo contra cualquiera de los componentes de dicha empresa o grupo económico exprese en el escrito respectivo, la relación jurídica en la que se ha originado su derecho a la concreta tutela judicial que solicita”.

Los 13 Precedentes de Bandes y Bancoex incluyen el texto siguiente:

“la teoría del levantamiento del velo corporativo, surge ante la necesidad de implementar un mecanismo de defensa contra los abusos cometidos por entes societarios, en perjuicio de terceros, valiéndose o amparándose en la separación personal o patrimonial existente entre la sociedad y sus socios.

En Venezuela, aún cuando no tiene fundamento legal expreso, se han dictado ciertas normas aisladas en diferentes leyes que permiten la aplicación para las materias objeto de las mismas de este levantamiento o discurrimiento del velo corporativo. No obstante la doctrina y la jurisprudencia se han ido encargando de construir a partir de las figuras de la simulación y el abuso de derecho, la fórmula de discurrir el velo corporativo, obteniéndose por este medio la consecuencia final de desestimar o prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad confundiéndola entonces con la de sus socios o con la de otra empresa o grupo económico. Es decir, bajo tal figura creada por la doctrina y la jurisprudencia, se le ha permitido al Juez prescindir de la personalidad jurídica de dicha sociedad mercantil borrando los límites de responsabilidad que existen entre la sociedad misma y sus socios o accionistas”.

El texto anterior es consistente con el Precedente Saet, que expresa que el fin de permitir levantantar el velo corporativo es prevenir fraudes, simulaciones y abusos. Se trata de evitar que los miembros del grupo se excusen en su personalidad separada para dejar de cumplir sus obligaciones, consideradas indivisibles. De hecho, los 13 Precedentes de Bandes y Bancoex citan, entre otros, el siguiente texto del Precedente Saet:

“se persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros. Para evitar estas posibilidades, el ordenamiento jurídico ha... reconocido a los grupos... Como unidades que son, existe la posibilidad de que... asuman... obligaciones indivisibles o equiparables...”

En consecuencia, al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil)”.

Por consiguiente, ninguno de los 13 Precedentes de Bandes y Bancoex exige, para levantar el velo corporativo, que haya un fraude, simulación, abuso u otro hecho ilícito. A la Sala PA le bastó que Bandes o Bancoex, como prestamistas, establecieran que un miembro del grupo, como prestatario, incumplió un contrato de crédito bancario.

CONCLUSIONES

Según la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, aplicada por las demás Salas del Tribunal Supremo, sucede que, a partir del 14 de mayo de 2004, no se exige un fraude, abuso ni otro hecho ilícito, imputable a dos o más miembros de un grupo empresarial, para levantar el velo corporativo. Basta que el reclamante establezca la obligación de un miembro del grupo, obligación que es considerada indivisible, para que el juez ignore las personalidades jurídicas separadas, a fin de exigir la responsabilidad del grupo, cuyo patrimonio es único.

Para para levantar el velo corporativo, no hace falta una violación de una norma de orden público o interés social. Ahora bien, el orden público e interés social están presentes en dicha jurisprudencia, concretamente, en la necesidad de prevenir fraudes, abusos y otros hechos ilícitos en los grupos; de defender al débil jurídico, que puede ser la persona enfrentada al grupo; de evitar litigios múltiples contra los diferentes miembros; y de no permitir a los miembros pretextar su personalidad jurídica separada para incumplir las obligaciones indivisibles del grupo, lo cual sería un abuso de derecho.

El Tribunal Supremo creó una responsabilidad grupal, basada en las obligaciones indivisibles y el patrimonio único del grupo; la cual es ajena a las normas sobre responsabilidad, solidaridad y personalidad jurídica de los Códigos Civil y de Comercio.

Esta jurisprudencia me parece errada, pero es la ley en Venezuela, aplicada de manera constante por el Tribunal Supremo desde la emisión del Precedente Saet el 14 de mayo de 2004, que ha sido considerado, por la Sala Constitucional, una decisión vinculante, bajo el artículo 335 de la Constitución.

Con esto concluyo mi análisis de las sentencias emitidas hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre responsabilidad grupal por obligación indivisible y patrimonio único del grupo.⁵⁸

VI) AGRADECIMIENTO

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la ayuda de mis compañeras de *MENPA – Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.*: Luisa Acedo, Francesca Rigio, Sobella Gómez, Carla Castillo y Lorian Saad, con quienes tengo una deuda de gratitud.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Sucre, Carlos Eduardo, y Acedo de Lepervanche, Luisa: Los Grupos de Sociedades desde la Óptica del Derecho de Obligaciones, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Derecho de Grupos de Sociedades, Caracas, 2005 (páginas 495 a 538).

Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Levantamiento del Velo Corporativo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 13, Caracas, 2020 (páginas 795 a 823).

Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Piercing the Corporate Veil and PDVSA, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón, tomo III, Caracas, 2019 (páginas 2411 a 2442).

Decisión dictada por la Sala Civil el 28 de octubre de 2022, en el caso de los Villasmil contra Transporte Rincón Valero, Cervecería Modelo y La Seguridad.

Decisión dictada por la Sala Social el 20 de julio de 2021, en el caso de Marina Enriqueta Rodríguez contra Laboratorio Clínico Rescarven, C.A., Clínicas Rescarven, C.A., Rescarven Medicina Prepagada, C.A., Consultorios Médicos Rescarven, C.A., Ambulancias Rescarven, C.A., y Laboratorios Clínicos Rescarven, C.A.

Decisión N° 062 dictada por la Sala Social el 10 de diciembre de 2020, en el caso de Fernando Jodra Trillo contra Tecnología Smartmatic de Venezuela, C.A., Smartmatic Project Management Corporation, Smartmatic Deployment Corporation, Smartmatic International Corporation, Smartmatic International Holding N.V. y Smartmatic International Group, N.V.

Decisión N° 1107 dictada por la Sala Constitucional el 10 de julio de 2008, en el caso de Luis Ernesto Torre y Rafael Vargas contra Banco Consolidado, C.A.

⁵⁸ Los demás casos recientes que conozco, sobre levantamiento del velo corporativo, son ante la Sala Civil; pero no se planteó la doctrina de la Sala Constitucional sobre las obligaciones indivisibles de los miembros de un grupo, bajo el artículo 1254 del Código Civil, conforme al Precedente Saet. En efecto, las siguientes sentencias de la Sala Civil decidieron casos de responsabilidad solidaria de los coautores de un hecho ilícito bajo los artículos 1185 y 1195 del Código Civil: (i) decisión N° 073 del 25 de febrero de 2022, en el caso de Alfredo José Becker Saravia contra Centro Clínico San Cristóbal Hospital Privado, C.A. y Centro Clínico San Cristóbal, C.A.; y (ii) decisión N° 698 del 25 de noviembre de 2022, en el caso de María Teresa Linares Briceño contra Salvador Di Mare y otros.

- Decisión N° 1201 del 30 de septiembre de 2009, en el caso de George Kastner contra Arthur D. Little de Venezuela C.A.
- Decisión N° 1299 dictada por la Sala Constitucional el 8 de octubre de 2013, en el caso de Denis Cayaurima Tortoza Oropeza contra C.A. La Electricidad de Caracas y Turbinas y Generadores, C.A., Turgenca
- Decision N° 1303 dictada por la Sala Social el 25 de octubre de 2004, en el caso de Germán Ochoa Ojeda contra Cerámica Piemme, C.A.
- Decisión N° 1462 dictada por la Sala PA el 28 de octubre de 2014, en el caso de Wenco Servicios de Comida Rápida, C.A. contra la República, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Comercio
- Decisión N° 1703 del 10 de diciembre de 2009, en el caso de Jesús Manuel Sánchez Araque contra Tasca El Monasterio, C.A. y Inversiones GH 2000, C.A.
- Decisión N° 1714 dictada por la Sala Constitucional el 14 de diciembre de 2012, en el caso de la Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela contra Promotora Parque La Vega, C.A.
- Decisión N° 186 del 23 de marzo 2023, en el caso de Bandes contra Suramericana de Aerosoles, S.A.
- Decisión N° 225 dictada por la Sala Social el 19 de marzo de 2018, en el caso de Mirna Torres Cobo contra Clínicas Rescarven, C.A., Rescarven Medicina Prepagada, C.A., Consultorios Médicos Rescarven, C.A., Ambulancias Rescarven, C.A., y Laboratorios Clínicos Rescarven, C.A.
- Decisión N° 292 del 25 de abril de 2023, en el caso de Bandes contra Islácteos, C.A.
- Decisión N° 293 del 25 de abril de 2023, en el caso de Bancoex contra Papeles del Táchira, C.A.
- Decisión N° 326 del 27 de abril de 2023, en el caso de Bancoex contra Aluminios Tecnológicos, C.A. y Construcciones Weidoca, C.A.
- Decisión N° 357 del 9 de mayo de 2023, en el caso de Bandes contra Tuberías Rígidas de P.V.C., C.A.
- Decisión N° 381 dictada por la Sala Civil el 22 de junio de 2016, en el caso de Alberto José Villasmil Leaños y Tania Patricia Lacera Herrera contra Transporte Rincón Valero Compañía Anónima, Cervecería Modelo Compañía Anónima y Seguros La Seguridad Compañía Anónima.
- Decisión N° 385 del 11 de mayo de 2023, en el caso de Bancoex contra Canteras & Mármoles 96, C.A.
- Decisión N° 412 del 18 de mayo de 2023, en el caso de Bancoex contra N&H Proyectos 2211 2005, C.A.
- Decisión N° 473 del 1° de junio de 2023, en el caso de Bancoex contra Soluciones Tecnológicas de Venezuela, C.A.
- Decisión N° 484 del 1° de junio de 2023, en el caso de Bancoex contra Inversiones L Y G 707274, C.A.
- Decisión N° 514 dictada por la Sala PA el 15 de mayo de 2018, en el caso de Luis Ernesto Torre y Rafael Vargas contra Banco Consolidado C.A. y Banco Consolidado Aruba, N.V.

-
- Decisión N° 523 del 25 de abril de 2012, en el caso de la sucesión de Suplicio Guevara contra Moisés Udelman y Valores Abezur C.A.
- Decisión N° 596 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Procesos Metálicos y Plásticos, C.A.
- Decisión N° 606 dictada por la Sala Constitucional el 11 de agosto de 2017, en el caso de Alberto José Villasmil Leañes y Tania Patricia Lacera Herrera contra Transporte Rincón Valero Compañía Anónima, Cervecería Modelo Compañía Anónima y Seguros La Seguridad Compañía Anónima
- Decisión N° 615 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Coopeandi, C.A.
- Decisión N° 617 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Interfibras, C.A.
- Decisión N° 622 del 13 de julio de 2023, en el caso de Bancoex contra Dinoxi, C.A.
- Decisión N° 678 dictada por la Sala Civil el 6 de noviembre de 2014, en el caso de Tecnoconsult, S.A. contra Thyssenkrupp Robins, Inc. (TKR) y PWH Material Handling Systems, Inc.
- Decisión N° 679 emitida por la Sala PA el 3 de noviembre de 2022, con respecto a las objeciones levantadas por Servicios Tecnológicos Nubise, S.A., en relación con una decisión de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, SUDEASEG.
- Decisión N° 775 dictada por la Sala Social el 23 de octubre de 2018, en el caso de Osmel Natera y José Pereira contra Corporación Delta II, C.A., Corporación Inlaca, C.A., Inversiones Hermanos Gouveia, C.A., y Comercializadora Tusmarkas, C.A.
- Decisión N° 824 emitida por la Sala Civil el 14 de diciembre de 2021, en el caso de Especialidades Médicas de Occidente C.A. (ESMEDOCA) contra Dieselwagen C.A. y tres individuos.
- Decisión N° 888 dictada por la Sala Social el 1° de junio de 2006, en el caso de Olga Margarita Pérez de Salazar y Julian Antonio Salazar Alvarado contra Aerovías Venezolanas, S.A. (Avensa) y Empresas Avensa (Empreavensa), S.A.
- Decisión N° 900 del 6 de julio de 2009, en el caso de Wladimir Troya La Cruz contra Industria Azucarera Santa Clara C.A. y Central Azucarero Las Majaguas C.A.
- Decisión N° 903 dictada por la Sala Constitucional el 14 de mayo de 2004, en el caso de Ignacio Narváez Hernández contra Transporte Saet La Guaira, C.A. y Transporte Saet, S.A.
- Decisión N° 979 dictada por la Sala Constitucional el 26 de mayo de 2005, en el caso de Aplicaciones Tubulares, “Atuca” C.A. contra Rafael Aponte Martínez.

*Aspectos digitales del comercio electrónico que requieren su atención jurídica en Venezuela**

Nayibe Chacón Gómez**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 141-150

Resumen: Este artículo tiene por objetivo enunciar algunos elementos que han sido abordados en el Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) fechado en abril 2023, y que recopila la labor de ese grupo de la CNUDMI durante su período de sesiones, en el cual se abordó principalmente el tema de los contratos de datos, el uso de la inteligencia artificial (IA) y la automatización en la contratación, a la vez de presentar el estado del arte en Venezuela.

Palabras claves: Comercio electrónico, comercio sin papel, Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, UNCITRAL Lac Day.

Digital Aspects of E-Commerce That Require Legal Attention in Venezuela

Abstract: *The purpose of this article is to set out some elements that have been addressed in the Report of Working Group IV (Electronic Commerce) dated April 2023, which compiles the work of that UNCITRAL group during its session, which mainly addressed the issue of data contracts, the use of artificial intelligence (AI) and automation in procurement, at the same time to present the state of the art in Venezuela.*

Keywords: *E-commerce, paperless commerce, Data Messaging and Electronic Signatures Act, UNCITRAL Lac Day.*

Recibido: 26/10/2023

Aprobado: 26/10/2023

* Conferencia dictada virtualmente el jueves 26 de octubre de 2023, en la Jornada “La digitalización del comercio internacional: especial referencia a la legislación vigente venezolana”, organizado en el marco del UNCITRAL LAC DAY 2023 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

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

*Aspectos digitales del comercio electrónico que requieren su atención jurídica en Venezuela**

Nayibe Chacón Gómez**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 141-150

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I.- Los contratos del comercio internacional en formato electrónico en la legislación venezolana. II.- Conceptos reclamables por el incumplimiento del contrato. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La jornada que lleva por título “La Digitalización del comercio internacional: especial referencia a la legislación vigente venezolana”, se realizó en el marco de las actividades de la 4ta edición de las Jornadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para América Latina y el Caribe - CNUDMI (UNCITRAL) LAC Days, que en esta oportunidad se denomina “Explorando las fronteras digitales del comercio transfronterizo”, ha tenido como marco conceptual los trabajos de esta institución sobre comercio electrónico y la actividad legislativa en curso, con miras a propiciar un ambiente legislativo favorecedor para el comercio transfronterizo en la economía digital.

Esta ponencia convertida en artículo ha tenido como propósito enunciar algunos elementos que han sido abordados en el Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) fechado en abril 2023, y que recopila la labor de ese grupo de la CNUDMI durante su período de sesiones, en el cual se abordó principalmente el tema de los contratos de datos, el uso de la inteligencia artificial (IA) y la automatización en la contratación.

* Conferencia dictada virtualmente el jueves 26 de octubre de 2023, en la Jornada “La digitalización del comercio internacional: especial referencia a la legislación vigente venezolana”, organizado en el marco del UNCITRAL LAC DAY 2023 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

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

La información completa tanto en idioma inglés como en español del informe se encuentra en el sitio oficial de la CNUDMI, así como otros documentos que han sido empleados para la preparación de este estudio, que tiene como hilo conductor el siguiente:

- 1° lo que existe en la legislación venezolana en materia de los contratos del comercio internacional en formato electrónico, de lo cual los ponentes que me antecieron dada su brillantez y conocimiento del tema han indicado con bastante claridad; y
- 2° propiamente hacer referencia a los aspectos de los contratos de datos, el uso de la inteligencia artificial (IA) y la automatización en la contratación sobre los cuales trabaja la CNUDMI y que en Venezuela han sido abordados y los que aún no.

1. Los contratos del comercio internacional en formato electrónico en la legislación venezolana

En Venezuela existe una Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDyFE) de 2001, que sin lugar a dudas es el texto legal que colocó al país en plano del reconocimiento jurídico de las aplicaciones tecnológicas, y gracias a la incorporación de los principios del desarrollo electrónico de la actividad comercial:

1. Equivalencia funcional: conforme el cual el documento en soporte informático produce los mismos efectos que el contenido en papel o de forma física, con la firma autógrafa del autor, incorporado en los artículo 4°, 6°, 7° y 8° de la LMDyFE. Es menester hacer énfasis en el hecho de que si bien existe este principio de equivalencia, el documento electrónico no es un instrumento escrito, tal como lo concibe la doctrina tradicional.

El documento electrónico es elaborado por un ordenador o computadora, siendo su autor identificable mediante un código o número, clave u otros procedimientos técnicos, y conservado en la memoria de éstas o en memorias electrónicas en masa. Las disposiciones de la LMDyFE no busca crear un símil entre el documento electrónico y el documento en papel, sino que se refiere a que la información se encuentre disponible para su posterior consulta, y por otra parte, incluso más importante con respecto a los contratos, que las declaraciones de voluntad expresadas en la forma electrónica no tengan vicios.¹

Acerca de este principio, la literatura consultada advierte que:

¹ Nayibe Chacón Gómez. *La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad comercial*. (Universidad Central de Venezuela, 2005), 40-41.

La equivalencia funcional se refiere a un criterio que debe tener en cuenta los requisitos de forma de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, aplicables a la documentación consignada sobre papel, para poder valorar los mensajes de datos bajo esta misma línea.²

2. Neutralidad tecnológica: el respeto de cualquier tecnología que se utilice o pueda utilizarse en el futuro a los efectos de transmitir un mensaje de datos o incorporar una firma electrónica. Este principio se encuentra en la Exposición de Motivos de la LMDyFE y corresponde a la no inclinación por una tecnología para la firma y certificados electrónicos, por lo que debe incluir tanto la tecnología actual como la futura. La reglamentación jurídica de los medios electrónicos deberá ser susceptible de adaptarse a las situaciones de constantes cambios e innovaciones que caracterizan al sector de la tecnología.³

3. Imposibilidad de alterar el derecho preexistente de obligaciones y contratos: en los contratos informáticos, electrónicos o de datos los elementos esenciales del negocio jurídico no deben ser modificados, puesto que solo se trata de un medio, es decir, la compraventa presencial, entre un comprador y un vendedor que se encuentran presentes en un mismo lugar al mismo tiempo, tiene los mismos efectos que una compraventa que se realice en el entorno digital.

4. La buena fe en materia del comercio electrónico: en un universo de ceros y unos, de programas y programadores, resulta imprescindible la buena fe entre las partes, la cual tiene como base la confianza que surge tanto tecnológica como jurídicamente.

5. Libertad contractual: se sustenta en la libertad de elección de formas, por lo que las partes podrán libremente emplear o no el medio electrónico.

Estos principios junto con las disposiciones sobre la firma electrónica y la firma certificada incorporados en la legislación venezolana desde hace más de veinte años, han resultado ser un robusto asidero a la mayoría de las transacciones comerciales que se realizan digitalmente, desde la compra de un boleto para el cine, hasta la transferencia de dinero o el pago móvil que se tiene lugar con el envío de mensajes de datos por medio de mensajería sms, son posibles gracias a la existencia de estos principios, que puede que hayan tenido su inspiración en la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI de 1996*, aunque el Dr. Morles Hernández haya descrito en un evento sobre la regulación del comercio electrónico en Venezuela llevado a cabo en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del año 2001, que:

² Paola Ramos. «Tratamiento jurídico del documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano» *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 2, n° 2 (2017): 99.

³ Nayibe Chacón Gómez. *La aplicación de los sistemas de certificación...*, 42.

Ninguna mención se hace de los trabajos de la UNCITRAL o de la Directiva de la Comunidad Europea. El rechazo de estas fuentes o su ignorancia no deja de ser preocupante, porque las leyes modelo de UNCITRAL están acompañadas, cada una de ellas, de una guía para su incorporación al derecho interno, con miras a asistir a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. El desdén por este material de valor internacional no tiene sentido.⁴

En todo caso, estos principios han sido ampliamente abordados y recogidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos para atender los asuntos de la contratación comercial electrónica, y a su vez se trata de la base de construcciones más modernas de derechos para el uso de la tecnología en el comercio internacional.

2. Aspectos de los contratos de datos, el uso de la inteligencia artificial (IA) y la automatización en la contratación sobre los cuales trabaja la CNUDMI y su abordaje en Venezuela

La automatización del comercio transfronterizo produce datos que pueden ser intercambiados electrónicamente, a la vez gracias a los contratos de datos pueden ser analizados y reutilizados, lo cual es actualmente la tarea del grupo de trabajo IV de la CNUDMI.

La llegada y el uso masivo de la tecnología de la información y comunicación, y especialmente dada la posibilidad que las redes como Internet permiten a las personas “conectarse” desde distintas partes del mundo, en tiempo real, con distintos fines, entre ellos la transferencia de información sobre mercancía que se encuentran a bordo de barco en un puerto de salida, o en plena travesía trasatlántica, o en estaciones de contenedores en instalaciones navieras, generando no solo el valor mismo del producto o bien que es transportado como objeto de la contratación de compraventa realizada, sino también generando información sobre su origen y destino, sobre los procesos de nacionalización, es decir, datos cuya automatización permite no solo la disminución de los tiempos de tramitación sino también la disminución de los costos.

Especialmente, si se tiene en cuenta que un dato o información sobre una mercancía que se creó en el país de origen puede ser utilizada mediante la transferencia y el procesamiento de información durante toda su trayectoria y hasta llegar a su lugar de destino, siendo esto posible mediante el reconocimiento y empleo de recursos como el conocimiento de embarque electrónico universal (eBL universal) que emplea estándares acogidos por todos los sectores de la industria naviera, y que su utilización

⁴ Alfredo Morles Hernández. «Introducción», *La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*, Caracas – Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 16, (2001): 13.

conlleva una ventaja económica por representar un significativo ahorro en los mercados comerciales a nivel mundial, al no requerirse la documentación física tradicional de los conocimientos de embarque, que podría ser diferentes en los países por donde transita la mercancía.

En este sentido, en la publicación conjunta de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de Aduanas (OMA) en 2022, se describe como uno de los principales desafíos de la automatización del comercio transfronterizo corresponde a la integración de la información reunida mediante los dispositivos del Internet de las Cosas (IdC) con los sistemas operativos de las aduanas y la falta de compatibilidad e interoperabilidad de las diferentes soluciones.

La información recabada mediante dispositivos inteligentes, en la mayoría de los casos, no se comparte con otras partes interesadas. Sin embargo, los que sí comparten esta información a menudo disponen de múltiples canales de intercambio de datos y comparten su información principalmente con otros organismos gubernamentales o autoridades aduaneras y, en algunos casos, con el sector privado.⁵

Otro aspecto a considerar, que no se encuentra para nada alejado de lo ya recientemente tratado, pero que tiene gran relevancia para el comercio internacional y su desarrollo tecnológicamente eficiente, es el relacionado con la posibilidad de gestionar los pagos digitales de los derechos y las tasas de aduana, así como la creación de ventanillas únicas de pago electrónico. Téngase presente que aquí se está en presencia de los llamados productos Fintech, es decir, aquellos pertenecientes a los servicios de tecnología financiera que ocupa principalmente a las instituciones bancarias, que como es sabido han prosperado y diversificado su trato con los usuarios de los sistemas bancarios gracias a la tecnología y sus desarrollos.

Ahora bien, los problemas que avizora el grupo de trabajo de la CNUDMI atienden principalmente a los contratos de datos en los siguientes elementos:

1) La naturaleza del dato, ya que los datos de que son objeto estos contratos electrónicos del comercio transfronterizo, no se trata de datos personales, por lo cual en principio no se encontrarían sujetos a la regulación existente en materia de protección de los datos personales, provenientes del reconocimiento de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) que asisten a los titulares del dato. No obstante, el grupo de trabajo no descarta emplear regulación de protección según la naturaleza del dato.

⁵ Organización Mundial del Comercio (OMC) y Organización Mundial de Aduanas (OMA). *El papel de las tecnologías avanzadas en el comercio transfronterizo: una perspectiva aduanera*. (2022): 27. https://www.wto.org/spanish/res_s/books_p_s/wcotech22_s.pdf

2) Las actividades a que puede someterse el dato, ya que se trata de una información susceptible de ser procesada, que podría conllevar la recopilación, registro, organización, estructuración, alteración, almacenamiento, extracción, transmisión y borrar esos datos.

3) El objeto del contrato no es el dato, sino el suministro del dato o el procesamiento del dato. De ahí que los conceptos de estos tipos de contratos son: a) contrato de suministro: un contrato en virtud del cual una parte (el “proveedor de los datos”) proporciona (o suministra) datos a otra parte (el “receptor de los datos”); y b) “contrato de procesamiento de datos” es un contrato en virtud del cual una parte (el “proveedor de los datos”) procesa datos para otra parte (el “receptor del servicio”) y suministra los datos procesados a esa otra parte.

4) También se trabaja en torno a los conceptos de Inteligencia Artificial y la automatización de la contratación; aportando un concepto de sistemas automatizados utilizados en la contratación como aquellos sistemas deterministas o no deterministas capaces de actuar sin que intervenga o revise la actuación una persona física, con el fin de formar o cumplir contratos.

En este punto, como seguramente han advertido, en nuestro país hay poco o casi no hay nada, de regulación en la materia del tratamiento y protección de los datos que tienen su origen en la contratación comercial transfronteriza (ni de los datos personales ni de los que no lo son).

Aunque, en este punto hay que mencionar lo correspondiente a la Resolución No. 001.21 emitida por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SU-DEBAN) el 4 de enero, reimpressa y publicada en Gaceta Oficial No 42.162, de fecha 6 de julio de ese mismo año, estableció las “Normas que regulan los servicios de tecnología financiera (Fintech)”, estas normas que tienen por objeto regular los servicios financieros prestados a través de nuevas tecnologías, ofrecidos por las Instituciones de Tecnología Financiera, son el punto de partida para que se originen datos que pueden formar parte de contratos de suministro y de procesamiento, especialmente aquella información concerniente a los pagos realizados durante la logística del transporte transfronterizo de mercancía por citar como ejemplo. De igual forma, estas normas son el inicio de la regulación de aspectos como:

- Inteligencia Artificial (IA): Tecnologías utilizadas para emular características o capacidades ligadas de manera exclusiva al intelecto humano;
- Computación en la nube (*Cloud computing*): Prestación de servicios informáticos, servidores, almacenamiento, bases de datos, *networking*, software, analítica, inteligencia y más, a través de Internet para ofrecer una veloz innovación, recur-

tos flexibles y economías de escala, conocida también como servicios en la nube, informática en la nube, nube de cómputo o simplemente nube;

- Datos Masivos (Big Data): También llamados agregadores de datos, macrodatos, inteligencia de datos o datos a gran escala; es un término que hace referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos que precisan de aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento para tratarlos adecuadamente.

Aún existen numerosos aspectos que analizar jurídicamente, puesto que los desarrollos tecnológicos y las posibilidades que permiten para facilitar el comercio transfronterizo parecen ser infinitas.

CONCLUSIONES

En la actualidad nadie discute el rol protagónico que tiene la tecnología en el comercio tanto interno como internacional, así como en prácticamente todas las fases de la cadena de comercialización y distribución de los productos que se consumen diariamente a nivel mundial, así como de un impresionante grupo de servicios que son dispensados igualmente a escala global.

Todas esas transacciones generan una inmensa cantidad de relaciones con relevancia jurídica, pero más aún una inconmensurable cantidad de información de diversa naturaleza, generando a su vez otro tipo de situaciones que también entrañan a las disciplinas jurídicas en general y al Derecho Mercantil en particular. En algunos países puede haber una sensación de estar lejos o apartados de ese mundo de datos y algoritmos, sin embargo, es solo una percepción, ya que la realidad parece afirmar que cada vez más se acerca un comercio sin papel, como consecuencia de la automatización de ese comercio transfronterizo.

BIBLIOGRAFÍA

- Chacón Gómez, Nayibe. *La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad comercial*. Caracas – Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2005.
- Decreto N° 1.204 con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 de la República Bolivariana de Venezuela, de 28 de febrero de 2001.
- Morles Hernández, Alfredo. «Introducción», *La regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*, Caracas – Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, n° 16, (2001).
- Organización Mundial del Comercio (OMC) y Organización Mundial de Aduanas (OMA). *El papel de las tecnologías avanzadas en el comercio transfronterizo: una perspectiva aduanera*. (2022). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/wcotech22_s.pdf

Ramos, Paola. «Tratamiento jurídico del documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano» *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 2, n° 2 (2017): 99.

Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). «Normas que regulan los servicios de tecnología financiera (Fintech)». Resolución No. 001.21 4 de enero 2021. Gaceta Oficial No 42.162, de fecha 6 de julio 2021.

Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada

Fred Aarons P.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 151-177

Resumen: Con motivo de cumplirse el cuadragésimo segundo aniversario de la publicación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela sobre la usura en materia de intereses convencionales, dictada el 18 de febrero de 1981, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil ha decidido conmemorarla en una sección especial de este número extraordinario de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil en Homenaje al Dr. José Muci Abraham.

Palabras claves: Tasas de interés; política monetaria; política cambiaria; bancos centrales; moneda digital; riesgos ambientales, sociales y de gobierno; mercados financieros.

Interest rates and the role of Central Banks: A comparative view

Abstract: *On the forty-second anniversary of the publication of the judgment of the Supreme Court of Justice of Venezuela on usury in matters of conventional interest, issued on February 18, 1981, the Venezuelan Society of Commercial Law has decided to commemorate it in a separate section of this special issue of the Venezuelan Journal of Commercial Law in Homage to Dr. José Muci Abraham.*

Keywords: *Interest rates; monetary policy; exchange rate policy; central banks; digital currency; environmental, social and governance risks; financial markets.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 27/11/2023

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; 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 Universidad Central de Venezuela 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 Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada

Fred Aarons P.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 151-177

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. Las tasas de interés y su relevancia económica y jurídica. II. La sentencia acerca de las tasas de interés y su importancia en el contexto venezolano. III. Las mejores prácticas en la regulación del sistema financiero. IV. Gestión histórica del Banco Central de Venezuela a partir de la sentencia acerca de las tasas de interés. V. Experiencias comparadas acerca de la gestión de los bancos centrales ante situaciones de crisis. VI. Los bancos centrales y los retos que presentan las monedas digitales. VII. Nuevas tendencias ambientales, sociales y de gobernanza aplicables a los bancos centrales. VIII. Los retos actuales del Banco Central de Venezuela.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos a continuación tiene tres propósitos principales. Su primer propósito es conmemorar la publicación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela sobre la usura en materia de intereses convencionales dictada el 18 de febrero de 1981, mediante una breve referencia a su contenido e impacto. La referida sentencia representa un punto de inflexión en la gestión del Banco Central de Venezuela (“BCV”), puesto que más allá de establecer criterios acerca de la legalidad de las tasas de interés aplicables a las instituciones bancarias –hecho por demás importante–, sirvió para apreciar la solvencia con la que el BCV ejerció sus atribuciones como regulador preponderante del sistema financiero venezolano. El segundo propósito de este trabajo es comentar acerca del rol ejercido por el BCV en asuntos vinculados con

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; 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 Universidad Central de Venezuela 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 Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

la regulación de las políticas monetaria y cambiaria en Venezuela, a partir de la publicación de la referida sentencia. Por último, el tercer propósito de este trabajo es comparar las tendencias actuales en la gestión de los bancos centrales y puntualizar acerca de los retos que el BCV enfrenta en medio de la coyuntura económica que afecta a este país.

La sentencia sobre la usura en materia de intereses convencionales de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 18 de febrero de 1981, tuvo como ponente al entonces presidente de esa sala, doctor René de Sola, uno de los más respetados mercantilistas que ha tenido Venezuela. La sentencia tenía como objeto principal decidir si, según el artículo 46 de la Ley del BCV entonces vigente,¹ se permitía al BCV autorizar una tasa de interés convencional superior del uno por ciento (1%) mensual. En ese entonces prevalecía una interpretación hasta entonces pacífica acerca del artículo 1,746 del Código Civil y del artículo 1ro. Del Decreto-Ley No. 247 de fecha 9 de abril de 1947, según la cual se entendía que el uno por ciento (1%) mensual era el límite máximo de los intereses que podía percibirse sin incurrir en el delito de usura.

La conmemoración del cuadragésimo segundo aniversario de la sentencia sobre usura en materia de intereses convencionales por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil es una oportunidad propicia para analizar brevemente el alcance e impacto de la referida sentencia, así como estudiar cómo ha variado la gestión del BCV en el tiempo, la incidencia de éste en la actividad económica y financiera de Venezuela, así como los retos que dicho instituto emisor tiene ante sí.²

A partir del año 81 del siglo pasado, época en que fue dictada la sentencia en referencia, en el mercado financiero venezolano se han verificado once (11) reformas del estatuto regulatorio aplicable al BCV, cuatro (4) controles de cambio, por lo menos tres (3) crisis bancarias nacionales de importancia, una (1) prolongada crisis crediticia inducida por la aparente inacción del BCV para fijar tasas de interés máximas para créditos hipotecarios y la adquisición de vehículos con cuotas balón, un nivel exorbitante de endeudamiento público, sucesivos movimientos inflacionarios, que incluyen periodos de hiperinflación en la economía, sucesivas reconversiones monetarias, reiteradas devaluaciones de la moneda nacional hasta alcanzar su eventual desaparición en favor de un proceso de dolarización no reconocido formalmente y un sostenido decrecimiento económico en comparación con épocas precedentes. Por ello, haremos uso de esta oportunidad para comparar las tendencias más actualizadas acerca del impacto que los bancos centrales tienen en diversos asuntos de importancia para el fortalecimiento de

¹ El artículo 46 de la Ley del BCV autorizaba a dicho instituto a fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito podían cobrar y pagar por las operaciones activas y pasivas que realizaban.

² El Banco Central de Venezuela se creó mediante ley promulgada el 8 de septiembre de 1939, publicada en la Gaceta Oficial No. 19.974 del 8 de septiembre de 1939, durante la presidencia de Eleazar López Contreras.

los sistemas financieros y el desarrollo económico de las naciones. Finalmente, formularemos ciertos planteamientos acerca de los retos que tiene ante sí el BCV en medio de la dinámica económica interna y las variables cambiantes impulsadas por la disrupción tecnológica financiera en un ámbito cada vez más globalizado y competitivo.

I. Las tasas de interés y su relevancia económica y jurídica

Keynes escribía en su Tratado del Dinero de 1930 que el dinero es una creación de la ley y a partir de las crisis de los mercados internacionales de los años treinta del siglo pasado se construyó una teoría macroeconómica basada en el más fiero nacionalismo monetario.³

El dinero es un término esencial, no solo desde la perspectiva económica, sino también jurídica. El dinero, las transacciones que lo involucran y las instituciones relacionadas con éste, requieren especial atención de los economistas y abogados, entre otros, en todo lo que se relaciona con las deudas, los daños, los pagos, los precios, el capital, los intereses, los impuestos, entre otros aspectos relevantes.⁴

El capital financiero, como recurso obtenido por intermedio del financiamiento, conlleva un costo por el capital invertido. Dicho costo equivale a la retribución obtenida por el capital financiero utilizado en la producción de bienes y servicios, la cual es denominada rendimiento o interés.

En principio, aquellas partes que disponen de dinero en efectivo pueden optar por invertirlo, con lo cual posponen la oportunidad de consumir en el momento, lo cual representa su costo de oportunidad, circunstancia por la que aspirarán obtener algún tipo de interés remuneratorio, como compensación por la no utilización propia de dichos recursos.⁵

El interés, que se suele determinar como un porcentaje de la cantidad de dinero prestado, está esencialmente establecido en función ya sea del riesgo de la operación subyacente, según la garantía que proporcione el solicitante del crédito, y del plazo por el que se concede el referido financiamiento.

Desde la perspectiva del sistema financiero, donde los prestamistas son aquellos que tienen posiciones excedentarias o superavitarias y los prestatarios son quienes presentan unidades de gasto con déficit o escasez de dinero, el objetivo fundamental

³ De Aguirre, José Antonio (Ed.): *La moneda del siglo veinte y la política monetaria no convencional*. Ediciones Aosta, S.A. 2016. P. 31.

⁴ Mann, F.A.: *The legal aspect of money*. Third Edition. Oxford, 1971. P. 3.

⁵ Ramirez Osorio, Jorge Humberto et al: *Moneda, Banca e Introducción a la Teoría Monetaria*. Ediciones de la U. Bogotá. 2019. P. 39.

es canalizar el ahorro que generan los agentes superavitarios hacia los agentes deficitarios. La intermediación para distribuir el ahorro disponible tiene lugar tanto a través de los mercados financieros, como por las instituciones bancarias en cumplimiento de su función de intermediación financiera.

Cuando entremezclamos el dinero y el costo del dinero surge el interés como un mecanismo no solo retributivo, –por la cantidad de cosas fungibles que un deudor debe a su acreedor–, sino también compensador, en el caso de los intereses compensatorios, o resarcitorios, en el caso de los intereses moratorios, o también como medio regulador del circulante y de la liquidez en el sistema financiero.⁶ Con base en lo anterior, el pago de intereses puede tener su origen a partir de una disposición legal, en cuyo caso la tasa de interés sería de carácter legal, o bien convencional cuando su fijación esté determinada por el acuerdo de la voluntad de las partes acreedora y deudora. También habría que considerar el llamado “interés corriente”, el cual sirve de referencia en un determinado momento y mercado. El impacto del interés no debe ser únicamente cuantificado de manera individual, sino también de forma integral, puesto que el dinero permite determinar la capacidad de compra de bienes y servicios en una economía.

En el contexto venezolano, el artículo 318 de la Constitución establece que «*El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria [...]»* y que a tales fines «*tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley»* (resaltado nuestro). De tal manera, el citado artículo 318 estableció el marco de referencia según el cual el BCV ejerce las atribuciones otorgadas para estabilizar el sistema financiero venezolano.⁷

La evolución del BCV ha estado matizada por constantes alteraciones determinadas principalmente según los designios políticos de los diferentes gobiernos. De hecho, la Ley del BCV ha sido reformada a lo largo de su historia en los años 1943, 1960, 1961, 1974, 1983, 1984, 1987, 1992, 2001, 2002, 2005, 2009, 2010, 2014 y 2015. Durante ese plazo, las políticas monetarias del BCV y su accionar en general han sido progresivamente menos independientes de la gestión económica gubernamental, hasta el punto de no distinguirse la gestión del BCV del accionar del gobierno de turno.

⁶ Borjas H., Leopoldo: *Régimen legal de los intereses* en *Revista de Derecho Público* No. 6 – 1981. P. 5.

⁷ Aarons P., Fred: *Consideraciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017. P. 21.

El dinero y las tasas de interés tienen relevancia en la determinación del caudal de recursos transferidos en el mercado por los agentes con posiciones excedentarias de dinero – ahorro – hacia inversiones productivas mediante el crédito. En consecuencia, es importante disponer de un sistema financiero amplio y estructurado para así promover una economía eficiente. Ante este panorama, el BCV tiene la obligación histórica de cumplir un rol preponderante y esencialmente técnico en el establecimiento de las pautas de operatividad y desarrollo del sistema financiero de Venezuela, con el fin de transformarlo en un medio competitivo y eficiente.

II. La sentencia acerca de las tasas de interés y su importancia en el contexto venezolano

Como señalamos previamente, la sentencia en referencia representa un hito en la historia económica y jurídica de Venezuela ante la coyuntura económica imperante en su momento tanto en el ámbito nacional como internacional. En la referida sentencia se deja constancia de la gestión proactiva adoptada oportunamente por el BCV en asuntos de política monetaria en general, con particular énfasis en el tratamiento aplicado a las tasas de interés en el mercado financiero.

Como antecedente de la sentencia en referencia tenemos que el BCV había dictado una serie de resoluciones autorizando la aplicación de tasas de interés superiores al doce por ciento (12%) anual. Esta circunstancia dio origen al recurso de nulidad contra las resoluciones antes referidas.

A. Alcance de la controversia suscitada

Entre otros aspectos, la sentencia en referencia plantea lo siguiente:

1. Que la prohibición de estipular intereses superiores al doce por ciento (12%) anual en materia de préstamos con garantía hipotecaria, que refiere el último aparte del artículo 1.746 del Código Civil, aplica exclusivamente para los préstamos de naturaleza civil garantizados con hipoteca.
2. Que la norma reguladora de las disposiciones relativas a la usura, al extender la prohibición de estipular intereses superiores al doce por ciento (12%) para préstamos distintos de los préstamos de naturaleza civil garantizados con hipoteca, ciertamente excluyó de su aplicación a los intereses de préstamos de naturaleza comercial.
3. Que la limitación de no exceder del (i) interés corriente en el mercado e (ii) interés del doce por ciento (12%) anual, incluidos los intereses moratorios, para las obligaciones mercantiles líquidas y exigibles de naturaleza pecuniaria de conformidad con los términos del artículo 108 del Código de Comercio, sería aplicable

únicamente al interés legal. Lo anterior sería aplicable solo en el supuesto de que no exista en relación con el interés legal alguna disposición especial en el Código de Comercio, como es el caso del interés legal equivalente al cinco por ciento (5%) establecido para las obligaciones derivadas de una letra de cambio a la vista o a cierto plazo vista.

4. Que por lo que concierne al interés convencional aplicable a las obligaciones derivadas de actos comerciales, el principio aplicable es el de plena libertad de las partes para estipular la tasa de interés, salvo por lo que concierne a las tasas de interés aplicables a las operaciones bancarias reguladas por el artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela y el artículo 153 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito para ese entonces vigentes.⁸

B. La decisión y su impacto jurídico

Nuestro maestro Leopoldo Borjas H. fue el precursor de los términos expuestos en la sentencia, al ser uno de los principales proponentes de acoger una interpretación permisiva acerca de las atribuciones que dispone el BCV para fijar tasas de interés por encima del doce por ciento (12%) anual, sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones legales. Por ello, nos permitimos citar sus notas⁹ para resumir el alcance de lo establecido en la sentencia sobre los límites legales de los intereses aplicables. En consecuencia, distinguiremos las tasas de interés aplicables según las diferentes operaciones de que se trate, a saber:

1. En operaciones de naturaleza civil:

- a. Los intereses correspectivos y convencionales no tienen otros límites que los establecidos en el artículo 1.746 del Código Civil venezolano, salvo que se trate de los límites establecidos en la normativa correspondiente al BCV, mediante la cual se le otorga a éste la atribución para fijar las tasas de interés que pueden cobrar o pagar las instituciones bancarias para las operaciones activas y pasivas que realicen.
- b. En caso de la normativa especial no limitar la tasa de interés, ésta no podrá exceder de una mitad del interés corriente al momento de estipularse.
- c. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no deberá exceder del uno por ciento mensual. En caso de que el acreedor sea una institución bancaria,

⁸ Mélich Orsini, José: Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales en *Revista de Derecho Público* No. 9 – 1982. Pp. 181-203.

⁹ Borjas H., Leopoldo: Ob. Cit. Pp. 29-33.

ésta podrá estipular una tasa de interés superior en tanto el BCV así lo hubiera establecido.

- d. Los intereses moratorios no tienen más límites que los establecidos en el artículo 1.277 del Código Civil venezolano y demás normativas especiales. No habiendo estipulación entre las partes, el interés moratorio legal será equivalente del tres por ciento (3%) anual.

2. En operaciones de naturaleza mercantil:

- a. Los intereses correspectivos convencionales se regirán por el principio de que el deudor y el acreedor tendrán libertad de convenir la tasa de interés correspondiente.
- b. En caso de que las partes contratantes no hayan estipulado una tasa de interés distinta, el acreedor podrá solicitar al deudor el pago del interés corriente, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual. De lo anterior se deduce que el acreedor podrá convenir una tasa de interés distinta a la corriente en el mercado. En caso de no hacerlo, será ésta la que el acreedor podrá exigir al deudor.
- c. En caso de que el acreedor sea una institución bancaria, el interés correspectivo convencional estará determinado dentro de los límites establecidos por el BCV, de conformidad con las atribuciones que le han sido otorgadas.
- d. Los intereses moratorios convencionales están regidos por la misma regla general de los intereses correspectivos convencionales.

3. En cuanto a las atribuciones del BCV y su impacto:

- a. Quedó asentado que al BCV corresponde crear y mantener las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias necesarias para favorecer la estabilidad de la moneda y el desarrollo ordenado de la economía. En consecuencia, el BCV podrá en uso de sus atribuciones fijar las tasas máximas y mínimas aplicables a las operaciones de crédito de las instituciones bancarias, así como las comisiones y recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los demás servicios calificados como relacionados, directa o indirectamente, con sus operaciones activas y pasivas.
- b. En vista de lo expuesto, las resoluciones del BCV No. 80-11-03 del 11 de noviembre de 1980, No. 80-11-09 del 11 de noviembre de 1980, No. 80-11-10 del 17 de noviembre de 1980, No. 80-11-14 del 17 de noviembre de 1980, No. 80-11-04 del 17 de noviembre de 1980 y No. 80-11-05 del 17 de noviembre de 1980 han sido dictadas de conformidad con la atribución otorgada por ley al BCV y en consecuencia son válidas y exigibles. Así se decide.

- c. Las decisiones adoptadas por el BCV en su momento en relación con el uso de las atribuciones conferidas en materia de fijación de las tasas máximas, incluidas comisiones y demás cargos, que las instituciones bancarias podían cobrar por los préstamos y servicios relacionados que otorgaban a sus clientes, tuvieron una repercusión determinante en el funcionamiento de la economía venezolana. La importancia de tal política monetaria, sin embargo, se fue desdibujando en el tiempo con reiteradas reformas al estatuto regulatorio del BCV, que promovieron la pérdida de su autonomía, convirtiéndose éste –en consecuencia– en un apéndice del gobierno de turno.

III. Las mejores prácticas en la regulación del sistema financiero

En los Estados modernos los bancos centrales son los organismos responsables de intervenir en la economía al promover estabilidad monetaria, controlando los niveles de circulante disponible y otorgando acceso a los medios de pago necesarios para viabilizar la economía y promover el crecimiento económico. A tal efecto, los bancos centrales utilizan la política de reservas obligatorias o de encaje mínimo legal, la política de refinanciamiento y la política de mercado abierto, entre otras alternativas instrumentales.¹⁰

La regulación del sistema financiero gira alrededor de los bancos centrales que tienen como función principal establecer las pautas de operatividad del sistema financiero y sus agentes participantes. Para todos los efectos, podemos identificar al sistema financiero como el conjunto de agentes que gobiernan, regulan y supervisan, así como las instituciones que operan los mercados del ahorro, la inversión, el crédito y los servicios auxiliares de éstos.¹¹

Los bancos centrales tienen potestades típicas para promover estabilidad financiera y crecimiento económico. Sin embargo, con la disrupción tecnológica que se ha producido con la activación de monedas digitales y la creciente participación de emprendimientos Fintech en el sector financiero y en los sistemas de pagos, los bancos centrales están frente a retos novedosos que no se limitan a aspectos estrictamente financieros, sino que alcanzan aspectos tan disímiles como la incidencia de la gobernanza corporativa y la atención de asuntos ambientales y de sostenibilidad social.

¹⁰ Morales Alzate, John Jairo: *Derecho económico constitucional colombiano*. Séptima edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2018. P. 449.

¹¹ Ramírez H. et al: Ob. Cit. P. 121.

Como autoridad monetaria, los bancos centrales tienen la responsabilidad de fijar las tasas de interés en el mercado bancario y establecer el encaje mínimo legal.¹² Todo ello, con el fin de asegurar la estabilidad de los precios en el mercado y contribuir con el crecimiento de la economía.

Los bancos centrales, así mismo, tienen entre sus funciones la determinación de la política cambiaria, principalmente mediante el seguimiento del mercado cambiario y la administración de las reservas del Estado.

A partir de la interrelación que existe entre las políticas monetaria, financiera, cambiaria, económica y fiscal, la certidumbre y eficiencia en la supervisión financiera tienen una alta incidencia en la estabilidad de la moneda, el costo del dinero y la sostenibilidad de la deuda pública. Por tal razón, las acciones dirigidas a generar liquidez monetaria son claves para promover el adecuado funcionamiento de la economía en general y contribuir al desarrollo.

En algunas jurisdicciones, como ocurre con el Banco Central Europeo, los bancos centrales tienen funciones de supervisión directa sobre el sistema financiero bancario.

Los bancos centrales son esencialmente organismos técnicos que usualmente disponen de amplia discrecionalidad para procurar los objetivos que les son impuestos o les son atribuidos. Semejante latitud es usualmente otorgada para permitirles atender efectivamente las diversas situaciones económicas, financieras y de alto impacto social que pueden surgir en una determinada coyuntura. Si bien los objetivos de los bancos centrales están determinados según líneas de gestión debidamente diferenciadas que se entrecruzan, los medios para alcanzar dichos objetivos están caracterizados por las amplias prerrogativas técnicas otorgadas a los bancos centrales en la ejecución de sus funciones.

Aun cuando los bancos centrales son institutos eminentemente técnicos, es importante tomar en consideración que sus decisiones son susceptibles de ajustes periódicos puesto que no tienen un control absoluto sobre diferentes variables como las tasas de interés y la inflación, en virtud de eventuales limitaciones que pueden producirse en la obtención de información económica, como ocurre – por ejemplo – al estimar la producción potencial de una economía (una variable no observable), definir el empleo máximo (determinado en gran medida por factores no monetarios), pronosticar la productividad de la economía y determinar si los cambios en el nivel de precios están impulsados por la oferta o la demanda.¹³

¹² El encaje mínimo legal es el nivel de reservas obligatorias que deben mantener las instituciones bancarias en el banco central.

¹³ Michel, Norbert: It Is Time to Rethink Central Banking. *Forbes*, 16 June 2022. [It Is Time to Rethink Central Banking | Cato Institute](#)

Sin perjuicio de la amplia discrecionalidad otorgada en favor de los bancos centrales, esta característica funcional debe estar acompañada de ciertos elementos objetivos que aseguren el adecuado cumplimiento de la misión que les ha sido encomendada.

La gestión de los bancos centrales debe primeramente disponer de un amplio grado de independencia en la toma de decisiones relativas a las áreas que les competen. La necesaria independencia en la gestión encomendada a los bancos centrales procura evitar la adopción de medidas influenciadas por factores políticos de corto plazo que atenten contra el cumplimiento de los objetivos de estos institutos. Es oportuno acotar que, si bien es necesario asegurar la debida coordinación entre las autoridades gubernamentales y el respectivo banco central, esta coordinación no debe conllevar en modo alguno al abandono o la delegación en favor del gobierno de turno de las funciones originalmente atribuidas a los bancos centrales.

La discrecionalidad de los bancos centrales está usualmente matizada por la proporcionalidad de las medidas adoptadas en el ejercicio de sus funciones. La proporcionalidad debe estar determinada a su vez por la razonabilidad empleada según las circunstancias planteadas. De tal manera, el ejercicio de sus atribuciones estaría determinado según criterios técnicos y reglas debidamente motivadas en un contexto de transparencia para el mercado financiero y los diferentes agentes que participan en el ámbito económico.

La adopción de medidas por los bancos centrales de forma transparente es un aspecto crítico en su gestión administrativa. Por ello es imprescindible disponer de información estadística fidedigna en las áreas de competencia de los bancos centrales, con el fin de que los agentes económicos estén en capacidad de adoptar decisiones de manera objetiva y suficientemente informada.

En cuanto al encaje mínimo legal que deben mantener las instituciones bancarias en los bancos centrales, este mecanismo de control dinerario determina los niveles de intermediación financiera, es decir la cantidad de recursos captados del público por las entidades bancarias para éstas posteriormente invertirlos u otorgar créditos a terceros elegibles.

Los bancos centrales establecen una cantidad mínima de dinero que las instituciones bancarias deben mantener en depósito en los bancos centrales, sin posibilidad de disponer libremente, con el fin de graduar el caudal de crédito disponible en el mercado y garantizar el reintegro de los ahorros del público ante cualquier eventualidad cíclica que pueda afectar a las entidades bancarias. Cada tipo de depósito bancario puede tener asignado un porcentaje de encaje específico, según las características propias del depósito de que se trate y la frecuencia o prontitud con la que los depósitos puedan ser requeridos en el tiempo. En otras palabras, los depósitos en cuentas corrientes –por

ejemplo— tenderán a estar sometidos a un encaje mínimo legal proporcionalmente más alto que los depósitos a plazo.

IV. Gestión histórica del Banco Central de Venezuela a partir de la sentencia acerca de las tasas de interés

El manejo del dinero y de las crisis cambiarias y monetarias está vinculado por un factor común: la confianza en el valor del dinero establecido como moneda de curso legal en un país, así como en la confianza de que el Estado adoptará las medidas monetarias, además de preservar la adecuada responsabilidad fiscal en cuanto al gasto público, para asegurar que ésta sea preservada, con el fin de evitar cualquier crisis.¹⁴

Al referirnos a la gestión del BCV necesariamente debemos considerar que el régimen socioeconómico constitucional venezolano se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, productividad y solidaridad. El Estado junto con la iniciativa privada promoverá el desarrollo económico, generando fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevará el nivel de vida de la población, fortalecerá la soberanía económica del país, garantizará la seguridad jurídica, así como la sustentabilidad y equidad del crecimiento económico.¹⁵

Según reseñamos en nuestras notas introductorias, a partir del año 81 del siglo pasado —época en que fue dictada la sentencia en referencia—, ocurrieron múltiples eventos de alto impacto en el ámbito financiero venezolano. Como parte del proceso de deterioro económico e institucional antes descrito, el 20 de febrero de 1983, se concreta mediante Decreto N° 1.840 la debacle de la economía venezolana y se pierde hasta la fecha de hoy la aparente estabilidad monetaria que gozaba el bolívar como moneda de curso legal en Venezuela en relación con otras divisas.

En esa fecha se autorizó al entonces Ministerio de Hacienda la suscripción de un convenio con el BCV para suspender la venta de divisas. Inmediatamente después, el 22 de febrero de 1983, mediante Decreto N° 1.842, publicado en Gaceta Oficial N° 32.670 de fecha 23 de febrero de 1983, se decretó un control cambiario, al establecerse la centralización obligatoria en el BCV de la compra y venta de divisas. Tal régimen cambiario tuvo profundas ramificaciones en el quehacer económico de Venezuela, puesto que representó un mecanismo de restricción con cambios diferenciales centralizados a través del BCV, que significó una alteración de los casi veinte (20) años de aparente estabilidad monetaria. Este período de estabilidad monetaria abruptamente truncado se caracterizó por la apertura en la compra y venta de divisas por el ciudadano

¹⁴ Aarons P., Fred: Ob. Cit. P. 27.

¹⁵ Aarons P., Fred: Ob. Cit. P. 345.

común. Así mismo, en el referido período se alcanzó una bonanza económica aparente, finalmente socavada por la prolongada fuga de capitales. Este cúmulo de distorsiones provocó la falta de sostenibilidad del sistema cambiario a partir del año 1983.

Durante el lapso comprendido entre el siglo XX y por más de tres quinquenios del Siglo XXI, Venezuela tuvo varios controles cambiarios con el propósito inicial invariable de restablecer desequilibrios macroeconómicos vigentes al momento de su aplicación y de proteger la moneda de curso legal en Venezuela contra eventuales ataques especulativos, todo ello tomando en consideración los niveles de las reservas internacionales disponibles para afrontar cualquier eventual crisis económica, como las que han servido de marco de referencia para la imposición de dichos regímenes de excepción económica.

La regla en materia monetaria es la libre convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela, mientras que la excepción está representada en los períodos durante los cuales se han adoptado medidas dirigidas a limitar o restringir dicha convertibilidad y transferibilidad monetaria. Sin embargo, las medidas cambiarias adoptadas a partir de 1940, así como en los inicios de los años 60, seguidos de las medidas adoptadas en 1974 resultantes en la reforma de la Ley del BCV, seguida por las restricciones cambiarias impuestas a partir de febrero de 1983, 1988, 1994 y finalmente en 2003, alteraron de manera determinante tal principio. De tal manera, las restricciones a la convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela por divisas en la práctica se han transformado en la regla imperante, en lugar de ser la excepción resultado de situaciones de emergencia económica.

Ante las situaciones antes planteadas, los procesos inflacionarios experimentados en Venezuela a partir de 1981 han dado lugar a desajustes de precios, cuyas consecuencias han sido adversas para el mercado financiero y la economía en general. De hecho, el BCV se ha desdibujado progresivamente en la ejecución de sus funciones a partir de la sentencia en referencia, razón por la cual es oportuno llamar la atención para rescatar su funcionalidad y promover una gestión efectiva e influyente en la dirección de las políticas monetarias, cambiarias y fiscales del país.

V. Experiencias comparadas acerca de la gestión de los bancos centrales ante situaciones de crisis

Según un estudio realizado por el Premio Nobel de Economía Robert Barro para el Banco de Inglaterra, para alcanzar crecimiento económico hay cuestiones más decisivas que la tasa de inflación, como son la seguridad jurídica, la estabilidad política, la demografía, el espíritu y la libertad de empresa, así como el establecimiento de un sistema tributario en el marco de una disciplina presupuestaria debidamente regulada

y respetada.¹⁶ Sin embargo, ciertos incrementos en las tasas de inflación deberían poner en alerta a los bancos centrales, puesto que estos incrementos de tasas de inflación pueden dar lugar a desajustes de precios que ciertamente inciden en la paralización del mercado financiero.

La ejecución de la política monetaria de los bancos centrales en la economía real se puede hacer efectiva a través de diferentes vías, las cuales incluyen: (i) tasas de interés a corto plazo; (ii) crédito bancario; (iii) incentivos para la adquisición de activos empresariales; (iv) tipos de cambio en una economía abierta; (v) adquisición de bonos inmobiliarios; (vi) recomposición de carteras bursátiles de los inversores bursátiles, entre otras.¹⁷

A los fines de considerar las alternativas que disponen los bancos centrales para establecer los lineamientos de sus políticas monetarias, habría que distinguir entre políticas convencionales y aquellas no convencionales.

La política monetaria convencional de los principales bancos centrales está caracterizada por (i) un procedimiento de mediano plazo que consiste en velar por la estabilidad de precios, tomando en consideración medidas discrecionales basadas en reglas concretas, como serían las estimaciones monetarias, los objetivos inflacionarios o el crecimiento del producto interno bruto nominal; y (ii) un procedimiento de corto plazo que trata de evitar oscilaciones cíclicas excesivas para contribuir a un crecimiento económico equilibrado, mediante el aumento o disminución de las tasas de interés.

Como complemento de esta aproximación, la regulación aplicable a las entidades bancarias está fundamentada en la eficiencia como instrumento requerido para promover estabilidad en el sistema financiero. Esta visión convencional u ortodoxa tiene como premisa que los agentes económicos necesitan una base sólida para conformar sus expectativas acerca de las medidas que los bancos centrales pueden adoptar ante situaciones cíclicas o de inflación. Para ello, los bancos centrales disponen de comunicados oficiales y declaraciones públicas de sus máximos dirigentes como instrumentos de información acerca de los criterios aplicables, acompañados de la correspondiente data teórica y la evidencia econométrica. Con base en la perspectiva planteada, los agentes económicos tienen capacidad de percibir las probabilidades de que las decisiones monetarias de los bancos centrales puedan incidir sobre la actividad inversora, según sea mediante el ajuste de tasas de interés o en función de las expectativas acerca de los niveles de inflación.¹⁸

¹⁶ Brennan G. y Buchanan J.: *Monopoly in Money and Inflation*, IEA. Londres, 1982.

¹⁷ Donges, Juergen B.: La política monetaria no convencional en *La moneda del siglo veinte y la política monetaria no convencional*, Ediciones Aosta, S.A. España, 2016. P. 86.

¹⁸ Donges, Juergen B.: Ob. Cit. P. 64 y 65.

De modo alternativo, en ausencia de tiempos convulsos y de *shocks* exógenos, los bancos centrales aproximan su política monetaria de acuerdo con la regla de Taylor, la cual proporciona datos econométricos acerca de la relación existente entre la desviación del nivel de inflación actual respecto del nivel objetivo, por un lado, y por el otro, la desviación existente entre el crecimiento efectivo del producto interno bruto (“PIB”) y el crecimiento del PIB potencial. Si consideramos los eventos de alto impacto ocurridos en la economía en las últimas décadas, esta alternativa podría producir resultados sesgados ante la dificultad de determinar objetivamente los niveles objetivos de las variables de inflación y de PIB respectivas. Las políticas monetarias no convencionales buscan (i) garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados financieros, eliminando el riesgo sistémico y promoviendo condiciones para la contratación de créditos bancarios; (ii) facilitar la refinanciación de la deuda soberana y la deuda privada según criterios de solvencia de los prestamistas; y (iii) prevalecer la producción y el empleo sobre tasas de interés en niveles mínimos históricos, mientras se busca anclar las expectativas de inflación de los agentes económicos en el niveles que los bancos centrales estimen apropiado para la economía de que se trate.

Esta aproximación no convencional, combina la utilización de instrumentos dirigidos a aumentar la base monetaria, ya sea con aisladas medidas de esterilización en el pasivo de los bancos centrales, o con el anticipado anuncio de que las tasas de interés de referencia permanecerían en niveles cercanos a cero durante un prolongado tiempo. Dichos instrumentos de liquidez monetaria están canalizados a través de facilidades en favor de las instituciones bancarias, que incluyen la denominada “Expansión Cuantitativa” o, (*Quantitative Easing QE*), la cual es aplicada mediante la compra por los bancos centrales de abundantes cantidades de obligaciones, bonos soberanos y otros activos.¹⁹

La política monetaria no convencional ha tendido a reducir las tasas de interés de referencia a niveles cercanos a cero, especialmente cuando se trata de aplicar instrumentos de “Expansión Cuantitativa”. En este sentido, somos de la opinión de que aun cuando para algunos el dinero ya no tiene precio –por no estar vinculado a un activo subyacente–, lo deseable es que las tasas de interés sean reales positivas para cumplir con los criterios básicos de asignación eficiente de los factores de producción, según los cuales el precio del dinero sería el factor de disciplina aplicable a los demandantes de créditos que requiere el sometimiento de sus decisiones a un adecuado análisis de costo-beneficio. De hecho, si el otorgamiento de un crédito no conlleva un precio, entonces se estaría promoviendo un endeudamiento con eventuales fines no productivos, lo cual podría generar déficits públicos en los mercados financieros. Por otra parte, el

¹⁹ Donges, Juergen B.: Ob. Cit. P. 72.

exceso de liquidez en el mercado financiero, acompañado de tasas de interés excesivamente bajas, se configura en un desincentivo para el ahorro, lo cual se traduce en un impuesto sobre el ahorro por la pérdida de ingresos financieros que genera.

Estimamos que la adopción de políticas monetarias no convencionales debe estar circunscrita según la magnitud de la crisis financiera-económica que se pretenda atacar, puesto que la prolongación de las medidas del corte no convencional antes citadas podría generar efectos perniciosos que atenten contra la estabilidad del sistema financiero.

Más aún, el reto de los bancos centrales ante la coyuntura económica que se vive en el mundo globalizado actual es asumir plenamente su función rectora de la economía y de los mercados financieros que les competen, mediante el debido ajuste de las tasas de interés de manera que se alcance una asignación eficiente de los capitales. Dicho rol debe ser complementado con una comunicación estratégica que permita anticipar las medidas que se adoptarán, con el fin de influir sobre las expectativas de los agentes económicos.²⁰

VII. Los bancos centrales y los retos que presentan las monedas digitales

Como consecuencia de los efectos generados por la expansión monetaria inducida durante el transcurso de la pandemia COVID, principalmente entre los años 2020 y 2021, los bancos centrales tienen como principal prioridad imponer medidas de control monetario para reducir las oscilaciones inflacionarias y, consecuentemente, preservar el valor de sus respectivas monedas nacionales. Adicionalmente, los bancos centrales deben enfocarse en reducir sus balances financieros, por lo menos a los niveles previos a la pandemia del COVID. Por otra parte, los bancos centrales deben determinar su estrategia en relación con su moneda nacional, incluyendo las eventuales políticas que pudieran adoptar ante el surgimiento generalizado de monedas digitales.

Los bancos centrales de todo el mundo están explorando activamente la opción de disponer de monedas digitales. De hecho, varios bancos centrales han lanzado sus propias monedas digitales. Una moneda digital emitida por algún banco central es una moneda nacional de curso legal en la respectiva jurisdicción, por lo que al igual que el dinero de papel, una moneda digital emitida por algún banco central sería un pasivo del banco central emisor.

Todo el dinero que usamos hoy consiste en pasivos bancarios, ya sean privados o centrales. Los bancos privados nos proporcionan moneda digital en forma de pasivos de depósito a la vista. Tal como están las cosas actualmente, a todos en el mundo se le

²⁰ Donges, Juergen B.: Ob. Cit. P. 103.

permite el acceso al papel moneda emitido por los bancos centrales. Sin embargo, solo los bancos (y algunas otras agencias) tienen acceso a monedas digitales de los bancos centrales. Esto se debe a la forma en que se liquidan los pagos. Cuando dos partes usan papel moneda, no se necesita ningún intermediario para liquidar y liquidar los pagos; todo se hace de igual a igual (P2P). Por el contrario, el débito y el crédito de las cuentas de los bancos centrales requieren la ayuda de un intermediario, en este caso, los bancos centrales. Debido a que los bancos centrales no están especializados en la prestación de servicios minoristas, la tarea se delega al sector bancario privado, con un número limitado de bancos que utilizan los bancos centrales como su propio banco.²¹

Los promotores de las monedas digitales emitidas por los bancos centrales indican que éstas promoverían la inclusión financiera, estimularían pagos más rápidos, protegerían el estado de ciertas monedas como moneda de reserva y facilitarían la implementación de la política monetaria o fiscal.²²

En relación con las monedas digitales, los recientes desarrollos tecnológicos en el almacenamiento de datos, el procesamiento de datos, la criptografía y las comunicaciones han tenido un profundo efecto en muchos aspectos de la sociedad. Debido a que el dinero y los pagos tienen que ver con la gestión y comunicación de datos, no debería sorprender presenciar la presión que tales desarrollos están ejerciendo sobre el sistema bancario. Si bien nuestro sistema actual y los protocolos que emplea han evolucionado con el tiempo, su estructura básica está arraigada en una era anterior a Internet. Entonces, si bien la moneda digital puede no ser nueva, es correcto tomarse el tiempo para reexaminar los arreglos institucionales y evaluar si y cómo deben evolucionar con el panorama cambiante y, por supuesto, las necesidades de la sociedad.²³

Algunos sectores han expresado preocupación acerca de los efectos potencialmente desestabilizadores de las monedas digitales emitidas por los bancos centrales.

Las monedas digitales emitidas por los bancos centrales serían un pasivo del banco central emisor. En consecuencia, el banco central emisor tiene la responsabilidad directa de mantener, transferir o remitir esos fondos al tenedor de dicha moneda digital. Esta característica crea un vínculo directo entre los ciudadanos y el banco central, circunstancia que constituye una desviación radical del sistema existente donde

²¹ Andolfatto, David: *Some Thoughts on Central Bank Digital Currency*. *Cato Journal*, Vol. 41, No. 2 (Spring/Summer 2021). Pp. 344 y 345.

²² Zhang, Tao: "Central Bank Digital Currency" (keynote address at the Conference on China's Trade and Financial Globalization, London, March 19, 2020); Kiff, John et al.: "A Survey of Research on Retail Central Bank Digital Currency," IMF Working Paper no. 2020/104, June 26, 2020; Ackerman, Andrew: "Fed Prepares to Launch Review of Possible Central Bank Digital Currency," *Wall Street Journal*, October 4, 2021; and Kiff, John and Gross, Jonas: "CBDCs for the People? Where the Current State of Digital Currency Research Leads," *CoinDesk*, December 3, 2021.

²³ Andolfatto, David: *Ob. Cit.* P. 350.

las instituciones financieras privadas brindan servicios bancarios a los consumidores minoristas. En relación con los aparentes beneficios que proporcionarían las monedas digitales emitidas por los bancos centrales como medio de pago en el sistema financiero, por ejemplo, el gobernador del Banco de la Reserva de Australia, Philip Lowe, manifestó que *“Hasta la fecha, sin embargo, no hemos visto un caso de política pública sólido para avanzar con una moneda digital, especialmente dado el sistema de pagos electrónicos eficiente, rápido y conveniente de Australia”*. En otras palabras, una moneda digital emitida por el banco central no ofrece una ventaja de liquidación única a las alternativas existentes, muchas de las cuales ya ofrecen velocidades de liquidación instantáneas o casi instantáneas.²⁴

Por otra parte, “Digitalizarse” puede ser una mejora para algunas monedas extranjeras, pero esas monedas todavía tienen muchas otras limitaciones que impiden que se utilicen a escala internacional. Además, una de las razones por las que las criptomonedas se han vuelto tan populares es que se han convertido en una alternativa importante para los ciudadanos de muchos países extranjeros cuyos sistemas de pago son débiles y poco confiables.²⁵

Algunos argumentan que las monedas digitales emitidas por los bancos centrales pueden atraer a más clientes que el sector privado porque ofrecen una opción con cero riesgos de crédito y cero riesgos de liquidez. Sin embargo, estas características de riesgo cero se deben totalmente a las garantías gubernamentales que, por supuesto, podrían agregarse a cualquier opción de pago electrónico del sector privado.²⁶

La amenaza a la libertad que podría representar una moneda digital emitida por los bancos centrales está estrechamente relacionada con su amenaza a la privacidad. Con tantos datos en la mano y consumidores tan estrechamente conectados con el banco central, una moneda digital emitida por un banco central proporcionaría innumerables oportunidades para que el gobierno controle las transacciones financieras de los ciudadanos. Tal control podría ser preventivo (prohibir y limitar las compras), conductual (estimular y frenar las compras) o punitivo (congelar y confiscar fondos).²⁷

En tanto y cuanto los bancos centrales continúen disponiendo de privilegios de prestamista de último recurso, si los bancos centrales están dispuestos a prestar contra una buena garantía, parece difícil imaginar cómo una corrida en el sistema bancario

²⁴ Anthony, Nicolas, Michel, Norbert: *Central Bank Digital Currency Assessing the Risks and Dispelling the Myths* Cato Policy Analysis. April 14, 2023, Number 941. [Central Bank Digital Currency: Assessing the Risks and Dispelling the Myths \(cato.org\)](https://www.cato.org/policy-analysis/central-bank-digital-currency-assessing-the-risks-and-dispelling-the-myths)

²⁵ Anthony, Nicolas, Michel, Norbert: Ob. Cit. P. 6.

²⁶ Anthony, Nicolas, Michel, Norbert: Ob. Cit. P. 7.

²⁷ Anthony, Nicolas, Michel, Norbert: Ob. Cit. P. 7.

tendría un impacto material en la capacidad de los bancos para financiar sus activos. Además, existe la posibilidad de ajustar la tasa de la moneda digital emitida por los bancos centrales en respuesta a una corrida. La tasa de la moneda digital emitida por los bancos centrales podría incluso fijarse en nivel negativo, eliminándola efectivamente como una reserva de valor competitiva.

En la medida en que la moneda digital emitida por los bancos centrales podría desintermediar algunos fondos del mercado monetario que operan en el sector bancario en la sombra, se podría argumentar que es probable que la moneda digital emitida por los bancos centrales tenga un efecto estabilizador en el sistema financiero.²⁸ Cada banco central tendrá que determinar los beneficios reales de disponer de una moneda digital emitida por éste y los costos asociados con dicha emisión, tomando en consideración especialmente las alternativas disponibles como medio de pagos con la participación del sector privado y los resultados tangibles que obtendrían los agentes del sistema financiero.

VIII. Nuevas tendencias ambientales, sociales y de gobernanza aplicables a los bancos centrales

El ámbito ambiental, social y de gobernanza, o “ASG”²⁹, ha captado la atención del mundo financiero. ASG no puede ser ignorado. El mercado financiero ya dispone de múltiples alternativas, las cuales van desde grandes entradas a fondos de inversión que se promocionan a sí mismos como amigables con ASG hasta batallas sobre propuestas de accionistas enmarcadas en ASG.

Tras la adopción del Acuerdo de París sobre el cambio climático y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible en 2015, los gobiernos están avanzando en la transición hacia economías bajas en carbono y más circulares a escala mundial. Por segundo año consecutivo, el Banco Central Europeo (“BCE”) ha identificado los riesgos relacionados con el clima como un factor de riesgo clave en el mapa de riesgos para el sistema bancario de la zona del euro. El BCE considera que las entidades deben adoptar un enfoque estratégico, prospectivo y global para considerar los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente.

Específicamente para el sector bancario, la Autoridad Bancaria Europea (“ABE”) recibió varios mandatos para evaluar cómo los riesgos ambientales, sociales y de gobernanza pueden incorporarse a los tres pilares de la supervisión prudencial. Sobre esta base, la ABE publicó un Plan de Acción sobre finanzas sostenibles y un documento de

²⁸ Andolfatto, David: Ob. Cit. P. 350.

²⁹ ESG por sus siglas en inglés.

debate sobre la integración de los riesgos ASG en el marco regulatorio y de supervisión. En esta guía se describe la comprensión que el BCE otorga a la gestión segura y prudente de los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente en el marco prudencial actual. En él se describe cómo el BCE espera que las entidades tengan en cuenta los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente, como impulsores de las categorías de riesgo existentes, a la hora de formular e implementar su estrategia empresarial y sus marcos de gobernanza y gestión de riesgos. Además, explica cómo el BCE espera que las entidades sean más transparentes mejorando su divulgación de información relacionada con el clima y el medio ambiente.

Por lo pronto, el BCE ha establecido en relación con los riesgos ASG los lineamientos siguientes:

1. Se espera que las instituciones comprendan el impacto de los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente en el entorno empresarial en el que operan, a corto, mediano y largo plazo, para poder tomar decisiones estratégicas y comerciales informadas.
2. Al determinar e implementar su estrategia empresarial, se espera que las instituciones integren los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente que afectan su entorno empresarial a corto, mediano o largo plazo.
3. Se espera que el órgano de dirección tenga en cuenta los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente al desarrollar la estrategia empresarial general, los objetivos empresariales y el marco de gestión de riesgos de la entidad, y que ejerza una supervisión eficaz de los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente.
4. Se espera que las instituciones incluyan explícitamente los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente en su marco de apetito de riesgo.
5. Se espera que las instituciones asignen la responsabilidad de la gestión de los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente dentro de la estructura organizativa de acuerdo con el modelo de tres líneas de defensa.
6. A efectos de la información interna, se espera que las entidades comuniquen datos agregados sobre riesgos que reflejen su exposición a riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente, con vistas a que el órgano de dirección y los subcomités pertinentes puedan tomar decisiones con conocimiento de causa.
7. Se espera que las entidades incorporen los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente como impulsores de las categorías de riesgo existentes en su marco de gestión de riesgos existente, con vistas a gestionarlos, supervisarlos y mitigarlos en un horizonte a largo plazo, y revisar periódicamente sus disposiciones.

8. Se espera que las instituciones identifiquen y cuantifiquen estos riesgos dentro de su proceso general de garantizar la suficiencia del capital.
9. En su gestión del riesgo de crédito, se espera que las entidades tengan en cuenta los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente en todas las fases pertinentes del proceso de concesión de créditos y que supervisen los riesgos de sus carteras.
10. Se espera que las instituciones consideren cómo los eventos relacionados con el clima y el medio ambiente podrían tener un impacto adverso en la continuidad del negocio y en qué medida la naturaleza de sus actividades podría aumentar los riesgos de reputación y/o responsabilidad.
11. Se espera que las instituciones supervisen de forma continua el efecto de los factores climáticos y medioambientales en sus posiciones actuales de riesgo de mercado y en sus inversiones futuras, y que desarrollen pruebas de resistencia que incorporen los riesgos climáticos y medioambientales.
12. Se espera que las instituciones con riesgos materiales relacionados con el clima y el medio ambiente evalúen la idoneidad de sus pruebas de resistencia con miras a incorporarlas a sus escenarios de referencia y adversos.
13. Se espera que las entidades evalúen si los riesgos significativos relacionados con el clima y el medio ambiente podrían causar salidas netas de efectivo o el agotamiento de los márgenes de liquidez y, en caso afirmativo, incorporen estos factores en su gestión del riesgo de liquidez y en la calibración del margen de liquidez.
14. A efectos de su divulgación reglamentaria, se espera que las entidades publiquen información significativa y métricas claves sobre los riesgos relacionados con el clima y el medio ambiente que consideren importantes.³⁰

Bajo ciertas leyes y prácticas, las empresas deben revelar riesgos específicos que son materiales para sus negocios, que pueden incluir pérdidas potenciales por eventos climáticos extremos, cambios regulatorios futuros previsibles, etc. Algunas empresas también optan voluntariamente por seguir los principios de divulgación promulgados por organizaciones sin fines de lucro como la Junta de Normas de Contabilidad de Sostenibilidad.

Los partidarios de los mandatos de divulgación de ASG argumentan que se debe exigir a todas las empresas que divulguen más información ASG en sus declaraciones de riesgo sistémico, puesto que los estudios muestran una relación entre los factores ASG y el rendimiento corporativo.

³⁰ [Guide on climate-related and environmental risks \(europa.eu\)](https://www.europa.eu)

Si bien existe un vínculo establecido entre ciertas medidas de buen gobierno corporativo (la “G” en ASG) y el desempeño, la evidencia de un vínculo entre los factores “A” (ambientales) y “S” (sociales) y el desempeño es más tenue. Incluso si se llegase a determinar que existe un vínculo, debe haber alguna razón para creer que el actual sistema de divulgación basado en la materialidad no está generando suficiente información relacionada con los riesgos ASG que sea concluyente.

Al argumentar que el sistema actual proporciona divulgaciones ASG insuficientes, los partidarios señalan la divergencia en las prácticas de divulgación entre las empresas. Debemos mantener presente que las revelaciones sobre eventos futuros y sus magnitudes son inciertas. De igual modo, sus consecuencias financieras variarán sustancialmente de una compañía a otra. Los defensores de ASG quieren lo que es esencialmente una prueba de estrés: una declaración de los efectos en la empresa de condiciones físicas y políticas hipotéticas dentro de 10, 20 o 30 años.³¹

Las variables ambientales, sociales y de gobernanza atraen cada vez mayor atención de las entidades públicas y privadas, al punto de que el BCE ha formulado planteamientos que vinculan los riesgos derivados de tales variables con los análisis de riesgos sistémicos financieros, que por definición son externalidades ajenas al control de los agentes que conforman el sistema financiero. Tales circunstancias pudieran requerir capitalizaciones en el sistema financiero por riesgos relacionados con dichas variables.

Ello implicaría que el ámbito de regulación de los bancos centrales – con base en estas variables ambientales, sociales y de gobernanza – se amplíe. El alcance de este análisis no está aun plenamente definido ni sus implicaciones suficientemente comprendidas, pero es un asunto que requerirá planteamientos debidamente fundamentados por los bancos centrales y demás reguladores financieros con el fin de ponderar y cuantificar la repercusión de estas variables en la determinación de riesgos que pudieran afectar la estabilidad del sistema financiero local, regional y mundial.

IX. Los retos actuales del Banco Central de Venezuela

Han transcurrido cuarenta y dos años desde que el BCV tuvo una participación relevante en el establecimiento de un nuevo criterio para la fijación de tasas de interés en el mercado financiero local. Es hora de que el BCV asuma una posición técnica de vanguardia que contribuya a estabilizar el sistema financiero y hacer más competitiva la economía del país. Más aun, el BCV debe asumir integralmente su rol de rector de la política monetaria y cambiaria del país, con el fin de reversar el deterioro pronunciado

³¹ Mahoney Paul G., Mahoney, Julia D. ‘ESG’ Disclosure and Securities Regulation. Regulation Fall 2021. P. 10-13. [.regulation-v44n3-3.pdf \(cato.org\)](https://www.cato.org/publications/regulation/v44n3-3.pdf)

de los pilares sobre los que se ha asentado la política económica venezolana, la cual ha contribuido a la pérdida de la disciplina monetaria, presupuestaria y comercial.

Es pertinente recordar que el BCV es una persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Principal reto que el BCV tiene hoy por hoy es cumplir el mandato expreso que le ha sido impuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, las competencias monetarias del Poder Nacional deberán ser ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el BCV. El objetivo fundamental del BCV es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. Para ello, el BCV tendrá entre sus funciones la de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales y todas aquellas que establezca la ley. Así mismo, es de suma importancia que el BCV rinda informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país y sobre los demás asuntos que se le soliciten, o requieran su evaluación técnica.

Los bancos centrales, sin ser el BCV una excepción, se han convertido en pseudo almacenes de activos financieros tóxicos y se han visto obligados a practicar las denominadas “políticas monetarias no convencionales”, colocando la tasa de interés nominal a corto plazo de los medios de pago inconvertibles que emiten reservas bancarias a nivel cero o cercanos a cero, con la intención de reducir la tasa de interés efectiva de los activos financieros a plazos más largos, con la pretensión de estimular unas economías paralizadas por la desarticulación de sus sistemas de crédito. De hecho, nada indica que las tasas de interés negativas que vienen cotizando algunos mercados de activos financieros sirva para relanzar de manera sostenible unas economías paralizadas por crisis bancarias y financieras profundas.³² En consecuencia, habría que estar dispuestos a implementar reformas radicales de las instituciones económicas y sus estructuras con base en criterios de flexibilidad, eficiencia, adecuada relación costo-beneficio, transparencia y comunicación efectiva. La meta entonces debe ser configurar estrategias y adoptar políticas monetarias, cambiarias y fiscales debidamente integradas y con visión de largo plazo. Es necesario implementar una visión integral para alcanzar estabilidad monetaria y cambiaria dentro de un contexto ejecutable, eficiente, racional, basado en principios morales y de justicia, en función de la institucionalidad y el desarrollo socioeconómico de Venezuela.

³² De Aguirre et al: Ob. Cit. Pp. 45 y 51.

Si bien el BCV debe ejercer sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación, ello no debe conllevar en modo alguno a la delegación o renuncia del ejercicio de sus atribuciones. Ante esta premisa de coordinación necesaria, el BCV y sus ejecutorias deben estar guiadas ante todo por el principio de amplia autonomía, la cual debe abarcar los aspectos administrativos, de gestión, técnicos y patrimoniales.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela sobre la usura en materia de intereses convencionales, dictada el 18 de febrero de 1981 es una evidencia fehaciente de la influencia positiva y decisoria –sin par– que puede tener el BCV como ente técnico en asuntos financieros. Esa capacidad de gestión debe ser recuperada y puesta al servicio del restablecimiento del sistema financiero venezolano, para así deslastrar su economía de las distorsiones estructurales y coyunturales que la han afectado en el tiempo.

CONCLUSIONES

Más allá de reiterar las consideraciones precedentes acerca del tema desarrollado en este trabajo, estimamos esencial enfocar nuestra atención en el BCV y su rol futuro para promover el restablecimiento del orden institucional, económico, financiero y técnico, necesario para alcanzar el adecuado funcionamiento del sistema financiero y la economía venezolana.

El BCV debe asumir su rol de rector de la política monetaria y cambiaria del país con el fin de revertir el profundo deterioro de los pilares sobre los que se ha asentado la política económica.

La aplicación concertada de políticas fiscales y monetarias es esencial para estabilizar el sistema cambiario y enrumbarlo definitivamente, de manera que el gasto público sea racionalizado, con el fin de reducir la presión inflacionaria y a su vez atenuar la demanda de divisas en el mercado interno. No puede haber una política cambiaria que genere certeza si la misma no está basada en la racionalidad de una política monetaria responsable que delimite adecuadamente los niveles de liquidez monetaria, que se desligue de la impresión del dinero sin control. No está demás decir que urge rescatar la moneda nacional y reestablecer un orden en los precios con base en la capacidad de producción interna y una demanda agregada racional. Todo ello acompañado de un marco institucional que promueva certeza jurídica y que respete los derechos fundamentales, sociales y económicos que consagra ampliamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El BCV debe hacer uso de su enorme acervo técnico en materia financiera y de políticas públicas para asumir el liderazgo natural que le corresponde como rector del sistema financiero venezolano. Las experiencias obtenidas en otras latitudes deben servir de referencia para promover competitividad, desarrollar un marco operativo e institucional funcional transparente, eficiente y objetivo que nos proporcione la oportunidad de construir el país que los venezolanos tenemos capacidad de desarrollar y que las futuras generaciones merecen.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarons P., Fred: *Consideraciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017.
- Ackerman, Andrew: “Fed Prepares to Launch Review of Possible Central Bank Digital Currency,” *Wall Street Journal*, October 4, 2021
- Andolfatto, David: *Some Thoughts on Central Bank Digital Currency*. *Cato Journal*, Vol. 41, No. 2 (Spring/Summer 2021).
- Anthony, Nicolas, Michel, Norbert: *Central Bank Digital Currency Assessing the Risks and Dispelling the Myths* Cato Policy Analysis. April 14, 2023, Number 941. [Central Bank Digital Currency: Assessing the Risks and Dispelling the Myths \(cato.org\)](https://www.cato.org/publications/cato-policy-analysis/central-bank-digital-currency-assessing-the-risks-and-dispelling-the-myths)
- Borjas H., Leopoldo: *Régimen legal de los intereses en Revista de Derecho Público No. 6 – 1981*.
- Brennan G. y Buchanan J.: *Monopoly in Money and Inflation*, IEA. Londres, 1982.
- De Aguirre, José Antonio (Ed.): *La moneda del siglo veinte y la política monetaria no convencional*. Ediciones Aosta, S.A. 2016.
- Donges, Juergen B.: La política monetaria no convencional en *La moneda del siglo veinte y la política monetaria no convencional*, Ediciones Aosta, S.A. España, 2016.
- Kiff, John et al.: “A Survey of Research on Retail Central Bank Digital Currency,” IMF Working Paper No. 2020/104, June 26, 2020.
- Kiff, John and Gross, Jonas: “CBDCs for the People? Where the Current State of Digital Currency Research Leads,” *CoinDesk*, December 3, 2021.
- Mahoney Paul G., Mahoney, Julia D. ‘ESG’ *Disclosure and Securities Regulation*. Regulation Fall 2021. [regulation-v44n3-3.pdf \(cato.org\)](https://www.cato.org/publications/regulation/regulation-v44n3-3.pdf).
- Mann, F.A.: *The legal aspect of money*. Third Edition. Oxford, 1971.
- Mélich Orsini, José: Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales en *Revista de Derecho Público No. 9 – 1982*.
- Michel, Norbert: It Is Time to Rethink Central Banking. *Forbes*, 16 June 2022. [It Is Time to Rethink Central Banking | Cato Institute](https://www.cato.org/publications/forbes/it-is-time-to-rethink-central-banking)

Morales Alzate, John Jairo: *Derecho económico constitucional colombiano*. Séptima edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2018.

Ramirez Osorio, Jorge Humberto et al: *Moneda, Banca e Introducción a la Teoría Monetaria*. Ediciones de la U. Bogotá. 2019.

Unión Europea: [Guide on climate-related and environmental risks \(europa.eu\)](https://europa.eu)

Zhang, Tao: “Central Bank Digital Currency” (keynote address at the Conference on China’s Trade and Financial Globalization, London, March 19, 2020).

El buen gobierno corporativo en las empresas familiares

Mario Bariona G.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 179-190

Resumen: Este ensayo proporciona al lector una serie de consideraciones sobre las empresas familiares, procurando llegar a su conceptualización, para luego analizar los temas relativos al buen gobierno corporativo común a todas las sociedades y de qué manera estas reglas sufren modificaciones en las llamadas empresas familiares.

Palabras claves: Empresas familiares; Derecho Comercial; Gobierno corporativo; Derecho societario; Órganos de gobierno de la sociedad familiar.

The good corporative governance in family businesses

Abstract: This paper provides the reader some considerations regarding the familiar societies, aiming a definition of such societies to further analyze the relevant points of a good corporative governance and how those points may be altered in family business.

Keywords: Family businesses; Commercial Law; Corporate governance; Corporate law; Governance entities of a familiar society.

Recibido: 19/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro fundador del Circulo Jurídico Iberoamericano de Derecho Mercantil. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

El buen gobierno corporativo en las empresas familiares

Mario Bariona G.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 179-190

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Concepto de empresa familiar. 2. De las facultades y deberes de los órganos de gobierno. 3. De los órganos típicos y atípicos de gobierno societario. 4. De los objetivos perseguidos por el estudio del buen gobierno corporativo de las empresas familiares 5. De los órganos de gobierno societario previstos en el Código de Comercio de Venezuela y la posibilidad de implementar órganos distintos y su oponibilidad a terceros. 6. De los órganos de gobierno societario propios y adecuados a las empresas familiares.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Se conjugan en el presente análisis los temas de “empresa”, “empresa familiar”, “buen gobierno corporativo” y “buen gobierno corporativo en la empresa familiar”. Usamos adrede un acercamiento desde lo más genérico hacia lo específico. Iniciaremos con un breve recuento sobre la evolución del reconocimiento de la empresa o sociedad familiar y su particularidad respecto de las sociedades que no poseen este calificativo.

Como su nombre lo sugiere, se trata de organizaciones de comercio donde existe una vinculación de parentesco, bien sea consanguíneo, por afinidad o por adopción. Posteriormente, nos detendremos sobre los aspectos generales del buen gobierno corporativo pasando así a precisar estos aspectos encuadrándolos en un campo más conciso cual es el de la aplicación del buen gobierno corporativo a las empresas o sociedades de carácter familiar.

1. Concepto de empresa familiar

Cuando se habla de empresas familiares se hace referencia a aquellas organizaciones de comercio donde existe una vinculación de parentesco entre todos o la mayoría de los accionistas. El concepto de empresa familiar encuentra su explicación más

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro fundador del Círculo Jurídico Iberoamericano de Derecho Mercantil. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

remota en la necesidad de reconocimiento jurídico respecto de aquellas personas que integraban un grupo de trabajo pero que no tenían compensación salarial y mucho menos participación societaria en la actividad empresarial¹.

Poco a poco se forja el concepto de empresa familiar para otorgar identidad a estas agrupaciones de trabajo organizado, capaces de producir un lucro en cabeza del emprendedor que lideraba el grupo y lo representaba.

A muchos años de distancia vemos que este líder correspondía a lo que hoy denominamos “director” de una empresa, puesto que asumía la función de dirigir a los miembros del grupo informal de trabajo y a la vez de representarlos en sus relaciones comerciales.

La primera reacción ante esta situación de hecho, fue la de reconocer el carácter de trabajadores a los integrantes del grupo de trabajo, otorgándoles por lo menos las más básicas prebendas laborales, que parecía ya un gran logro.

A medida que estos grupos de trabajo, constituidos por personas vinculadas familiarmente, reconocieron la conveniencia de constituirse en sociedades de comercio formalmente consideradas, fue consolidándose lo que antes era una simple percepción: A pesar que participaban de una figura jurídica prevista en las legislaciones respectivas, habían numerosos elementos en el desarrollo de estas aventuras societarias que las hacían únicas y diferentes frente al comportamiento de las sociedades de comercio ajenas a ese extraño elemento que era la vinculación familiar entre socios.

Las diferencias entre las sociedades de comercio normales y las empresas familiares se centran en dos aspectos fundamentales: a.- El peso específico de cada socio en la emisión del voto y toma de decisiones y b.- En el gobierno de la empresa, entendido como la dirección de la sociedad.

Al no ser el tema central de este trabajo, nos referiremos brevemente al primer elemento de análisis, cual es la emisión del voto y toma de decisiones en las reuniones de accionistas, para luego referirnos más ampliamente a los temas de gobierno y dirección de la sociedad.

En efecto, la particularidad de la emisión del voto y toma de decisiones de las sociedades familiares consiste en la probable posición de control psicológico de uno de los socios sobre los demás, no derivada de un normal y natural liderazgo societario sino de rasgos de obediencia familiar que trascienden completamente el aspecto mercantil.

¹ Mezzasoma Lorenzo. *Impresa familiare nell'ordinamento italiano: Itinerario Giurisprudenziale*. En obra colectiva *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022. Pg. 283

2. De las facultades y deberes de los órganos de gobierno

El gobierno de las sociedades mercantiles se ejerce y desarrolla a través de ciertos órganos establecidos bien en los estatutos, bien en la ley societaria de cada país. En Venezuela, a pesar de la vetusta adjudicación del carácter de mandatarios de la sociedad contenida en el Código de Comercio, la doctrina ha superado notoriamente esta discusión² determinando sin ambages que se trata de órganos de representación y dirección.

En efecto, como acabamos de señalar, las facultades, pero también los deberes de los órganos societarios abarcan tanto la dirección de la sociedad como la representación ante terceros. Nuestro Código de Comercio se limita a considerar que las sociedades de capitales serían dirigidas por la asamblea de accionistas y los directores serían unos simples ejecutores de ese mandato que impone la asamblea a estos.

La moderna concepción societaria, si bien deja en cabeza de la asamblea la toma de decisiones fundamentales para la sociedad, también reconoce que los órganos de dirección son quienes toman muchas y frecuentes decisiones que permiten la consecución del objeto social.

En sociedades mercantiles de capital abierto y en aquellas de capital cerrado, pero de grandes dimensiones, notamos el desplazamiento de la toma de decisiones desde la asamblea de accionistas hacia los directores de la sociedad. Aquella, se destinada a la definición de las líneas de máxima y eventos de gran importancia de la vida societaria. Los directores, en cambio, son llamados a conducir el día a día de la empresa, teniendo que tomar decisiones de suma importancia en armonía con los mandatos genéricos y abstractos de la asamblea de accionistas.

3. De los órganos típicos y atípicos de gobierno societario

Surge esta distinción para contemplar que la dirección de la sociedad puede ser confiada a órganos típicos, entendiéndose por tales aquellos que están previstos en un determinado conjunto de normas de un país. Ejemplo clásico de un órgano “típico” es la junta directiva prevista en nuestro Código de Comercio.

Sobre todo, en legislaciones vetustas como la nuestra, surge la discusión acerca de si los órganos societarios “atípicos” pueden tener existencia válida y vinculante, tanto para los socios de una sociedad como para los terceros que se vinculan a ella.

² Morles Hernandez, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Página 1258. Universidad Católica Andres Bello. Quinta Edición. Caracas, 2000.

Citamos como ejemplo, la figura que será analizada en el presente trabajo cuya presencia en las empresas familiares es frecuente y nos referimos a los “consejos consultivos” o “consejos familiares”³. Estas agrupaciones de personas que son reguladas en algunos estatutos societarios, no desplazan ni invalidan en modo alguno las “juntas directivas” previstas en el Código de Comercio y consisten en un órgano que ayuda, coopera en la toma de decisiones, basado en la experiencia o tradición de sus integrantes.

Algunos doctrinarios han puesto en tela de juicio la validez y hasta la legalidad misma de tales “consejos familiares” al poner la mirada exclusivamente en el aspecto exegético de las normas que regulan las sociedades. En otras palabras, al no encontrar una norma legal que consagre la existencia de los “consejos consultivos” o “consejos familiares” se duda de su legitimidad y se discute igualmente sobre la posibilidad de imponer la ejecución de sus decisiones.

En posición opuesta, otros autores apelan al principio de la “autonomía de la voluntad” imperante en materia contractual y por ende en materia de contratos societarios, y reconocen plena vigencia y capacidad a los órganos societarios “atípicos” siempre y cuando estos: a.- No desplacen a los órganos típicos; b.- No induzcan en error a terceros en cuanto a la exacta representación de la sociedad y su capacidad de obligarse.

4. De los objetivos perseguidos por el estudio del buen gobierno corporativo de las empresas familiares

Los principales objetivos deseados por esta disciplina surgen como una reacción a aquellas características de la empresa familiar que la hacen vulnerable y a veces inoperante para el logro del objeto social. Hemos visto, y recalcamos aquí que las debilidades frecuentemente identificadas en las empresas de carácter familiar son:

- Poder de decisión y ejecución concentrados en una sola persona.
- Posición de dominio del fundador o fundadores de la sociedad coincidente con posiciones familiares de patriarcado insuperables o difíciles de superar.
- Falta de preparación ante una eventual y futura sucesión.

Ante estas debilidades, los estudiosos de las sociedades familiares crean una serie de respuestas que se resumen en los siguientes principios:

- Creación y valor del “Protocolo Familiar”⁴.

³ Velayos lluis Cristina. Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar. Thomson Reuters Aranzadi. 2012. Pg. 78.

⁴ RD 171/2007. Publicado en el Boletín Oficial del Estado del Gobierno de España # 65 del 16 de marzo de 2007.

- Descentralización del poder.
- Creación de órganos control tanto en el aspecto de ejecución de decisiones como en la toma de decisiones.
- Creación de órganos consultivos internos.

Vemos entonces que hay una separación respecto a la estructura de gobierno normal de las sociedades que no entran en el apelativo de “familiares”. Cobra especial importancia el llamado “protocolo familiar” como acuerdo o base metaestatutaria al ser un negocio jurídico que genera derechos y obligaciones en sus participantes y que puede regular una o varias sociedades⁵.

Tales “protocolos familiares” pueden ser ejecutados judicialmente (o arbitrariamente de ser el caso) puesto que el incumplimiento de las obligaciones que se asumen puede generar la necesidad de exigir compulsivamente su cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

5. De los órganos de gobierno societario previstos en el Código de comercio de Venezuela y la posibilidad de implementar órganos distintos y su oponibilidad a terceros

Como hemos afirmado repetidamente, la regulación societaria de las compañías de capital cerrado en Venezuela es tremendamente escueta y vetusta. Al no haberse modernizado desde 1955, fecha de la última reforma del Código de Comercio⁶ muchos de los artículos correspondientes a las sociedades de comercio han perdido conexión con la modernidad global en esta materia.

Y decimos, además, que es escueta por cuanto apenas se dedican algunos artículos a regular las obligaciones de los administradores, sin hacer mayor referencia a la organización de estos en juntas de administración o juntas directivas y sus reglas de funcionamiento.

Ahora bien, surge la pregunta inmediatamente siguiente y necesaria al respecto: ¿Estas normas relativas a la dirección de las sociedades son de orden público? ¿O es posible para las partes pactar algo distinto en los estatutos?

La respuesta no es tan sencilla e implica una distinción: La autonomía de la voluntad de los integrantes del contrato societario jamás podría implicar la disminución o eliminación de representantes de la sociedad a tal punto que pueda afectar la inteligibilidad del mecanismo de representación para los terceros que se relacionan con ella.

⁵ Velayos Lluís, Cristina. Ob. Cit. Pg. 232.

⁶ Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

Hemos sostenido en otras oportunidades que esencialmente son dos las funciones de los directores de la sociedad: a.- La función de dirección de la sociedad donde, dentro de los parámetros dictados por la asamblea y dentro de los parámetros derivados del objeto social los directores deben tomar diariamente decisiones que darán el rumbo definitivo a la sociedad; b.- La función de ejecución y representación de la sociedad en la materialización de las decisiones tomadas conforme el anterior literal.

Luego, concluimos que en materia de dirección de sociedades sí es posible la creación de órganos de administración distintos a los previstos en el Código de Comercio, así como el dar regulación de funcionamiento especial a estos órganos adicionales, siempre que no se cause con ello confusión en los terceros que negocian con la sociedad de comercio. Tampoco será posible la eliminación de los órganos de gobierno establecidos en el Código de Comercio, ni la reducción o ablación de los diferentes grados de responsabilidad de los administradores.

Finalmente, la implementación de los diferentes órganos de gobierno societario derivados bien del Código de Comercio o bien de la autonomía de la voluntad, deberá estar siempre basada en no crear o inducir en confusión a los terceros que contraten con la sociedad.

En efecto, una regulación del gobierno societario familiar muy enrevesada o contradictoria en sus disposiciones puede llegar a crear inseguridad en los terceros ajenos a la sociedad y por ende a dudar de la correcta interpretación de los estatutos.

6. De los órganos de gobierno societario propios y adecuados a las empresas familiares

6.1.- El protocolo familiar. Aunque no es un órgano societario propiamente dicho, es aquí obligatoria la mención del “Protocolo Familiar” como antecedente de gran relevancia en el buen gobierno de las sociedades.

Su concepto ha sido aproximado por diversos autores, siendo de nuestra preferencia el que sigue:

Herramienta que pretende la ordenación de la empresa con la familia, el accionariado y la gestión, pero introduciendo otro factor, se refieren especialmente a la previsión de la sucesión en la empresa estableciendo, incluso, los supuestos en los que ésta deja de ser una empresa familiar; instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar en las áreas que le son trascendentes, las cuales no coinciden necesariamente con lo previsto en la normativa societaria⁷.

⁷ Fernandez-Tresguerres Garcia, A. Protocolo Familiar: Un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar. Revista Derecho de Sociedades. Num 12. 3ª época; mayo 1999, págs.. 89 a 113.

Nos apoyaremos igualmente en el Real Decreto 171/2007 publicado en el BOE número, el cual señala en su artículo 2.1 “A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

De estas y otras definiciones, podemos individualizar los siguientes aspectos característicos:

a.- El protocolo familiar tiene una naturaleza esencialmente contractual. Es un conjunto de pactos o acuerdos que generan obligaciones y derechos entre las partes⁸.

b.- Por lo tanto, comulga de los requisitos generales del contrato esto es: Consentimiento libre de violencia, capacidad, objeto y causa posible y lícita.

No es infrecuente que las empresas familiares se constituyan y operen como administradoras de bienes familiares, apartándose por ende del comercio normalmente entendido. Este propósito, a veces velado, a veces evidente, hace que los conceptos de objeto y causa del acuerdo denominado protocolo familiar deban manejarse a través un análisis particular, diferente del que se haría en cualquier otro tipo de contratación.

c.- Es esencialmente revisable y modificable. Lejos de ser una regulación inmodificable, puede ser revisada y adaptada bien en base a revisiones periódicas preestablecidas, bien en base a revisiones que surjan de cambios en los elementos esenciales del contrato o del entorno socioeconómico de la empresa.

d.- Debe interpretarse e integrarse conforme a las reglas generales de interpretación del contrato en Venezuela.

A pesar del conocido adagio que sostiene que el contrato es ley entre las partes, el método de interpretación, no puede ser el mismo método de interpretación de la ley en sentido formal.

Al contrario, debe aplicarse el método de interpretación contenido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual remite al sentenciador, en caso de oscuridad en el contrato, a descubrir la verdadera voluntad de las partes, allende la simple escritura de las cláusulas del contrato.

⁸ Proserpi, Francesco. *Impresa Familiare*. Dott. A. Giuffrè Editore. 2006 Milano Italia. Pg. 43.

e.- Su incumplimiento puede originar la exigencia del cumplimiento o la extinción del mismo, acompañado de daños y perjuicios en ambos casos.

6.2.- La asamblea familiar. Sostuvimos anteriormente en este mismo trabajo, que en razón del principio de la autonomía de la voluntad de las partes es factible la creación de órganos de gobierno societario distintos y coexistentes con los órganos típicos de dirección de la sociedad.

Debemos advertir al lector que los términos que se adjudican a cada órgano pueden tener diferentes acepciones en diversas partes del mundo, inclusive entre doctrinarios de un mismo país. Así cuando se hable de “asamblea familiar” o “consejo familiar” no podremos pretender que sean términos unívocos y precisos.

Deberá el lector, prestar más bien atención a la explicación que se dé de cada institución y sus peculiaridades.

Dicho lo anterior, por asamblea familiar se entiende aquella agrupación de personas unidas por el vínculo familiar de consanguinidad que está destinada a fomentar la unión, el compromiso y la concordia entre los miembros de la familia, mediante un encuentro formal que, como mínimo tendrá carácter anual⁹.

Es un órgano de carácter meramente informativo que procura aumentar la frecuencia y calidad de las relaciones familiares partiendo de la visión comercial y patrimonial que deriva de asociación de los miembros de la familia en una o más empresas.

Este órgano no toma decisiones y por lo tanto sus conclusiones no son ejecutables forzosamente. Al contrario, debe ser creador de armonía y consenso entre los miembros de una familia.

6.3.- El consejo de familia. Este órgano, en cambio, es el órgano ejecutivo del protocolo familiar. Sus decisiones pueden ser objeto de ejecución forzosa en caso de desacato por parte del sujeto de la decisión.

Insistimos en que, en base a la autonomía de la voluntad, las partes intervinientes en un contrato societario pueden crear estos y otros órganos de gobierno societario¹⁰, denominándolos como se afirma pocas líneas más arriba o con otros apelativos. Lo realmente importante es y será siempre que la voluntad de las partes esté claramente recogida y dirigida a procurar los efectos que realmente se desean crear.

⁹ Velayos Lluís, Cristina. Ob. Cit. Pg 83

¹⁰ Perez-Serrabona, Francisco Javier. El gobierno corporativo en la empresa familiar. Transición, gestión y perdurabilidad generacional de la sociedad familiar. En obra colectiva Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022. Pg. 367

CONCLUSIONES

El presente trabajo pretende aportar ideas y principios novedosos al estudio de la empresa familiar en Venezuela, basándose en las normas vigentes aplicables del Código de Comercio y los principios y regulaciones globales de la sociedad mercantil generalmente entendida.

El primer aporte y conclusión que proponemos al lector es la real necesidad del estudio de la empresa familiar como un ente particular y distinto a la sociedad mercantil en general. Se llega mediante el presente trabajo, a la conclusión que la empresa familiar está imbuida por una serie de características y de principios que hacen necesario su estudio y regulación como una especie dentro del género de las sociedades

En segundo lugar, se efectuó la identificación de los órganos típicos y atípicos de gobierno de sociedad, entendiendo por los primeros, aquellos que están regulados en el Código de Comercio de Venezuela y, por los segundos, aquellos que las partes deseen crear, siempre dentro de los límites de las normas de orden público.

En tercer lugar, se propone al lector la identificación de una serie de conductas peculiares e identificables de los socios de las empresas familiares que, en ocasiones, impiden radicalmente el buen gobierno societario. Al mismo tiempo que se enumeran estas conductas, se proponen remedios y correctivos a las mismas en base a mecanismos de buen gobierno corporativo.

Adicionalmente, se analizan los órganos atípicos clásicos de gobierno corporativo de empresas familiares y se sugieren ideas para su formación y buen funcionamiento.

Sirva el presente trabajo como un humilde aporte al estudio de las empresas familiares, cuya existencia en la realidad económica venezolana es innegable pero que han quedado injustamente relegadas respecto a los avances legales, doctrinarios y jurisprudenciales de otros países.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín Oficial del Estado del Gobierno de España <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/02/09/171/con>

Código de Comercio de la República de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 475 del 21 de diciembre de 1955.

Mezzasoma, Lorenzo. *Impresa familiare nell'ordinamento italiano: Itinerario Giurisprudenziale*. En obra colectiva *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022.

Morles Hernandez, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Quinta Edición. Caracas, 2000.

Perez-Serrabona, Francisco Javier. El gobierno corporativo en la empresa familiar. Transición, gestión y perdurabilidad generacional de la sociedad familiar. En obra colectiva Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022.

Prosperi, Francesco. Impresa Familiare. Dott.A. Giuffre Editore. 2006. Milano. Italia.

School Of Management Bocconi. SDABOCCONI. www.sdabocconi.it

Velayos Lluís, Cristina. Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar. Thomson Reuters Aranzadi. 2012.

Intereses y usura: a 43 años de la sentencia de Rene de Sola de 1981

Pedro Rengel Núñez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 191-215

Resumen: La sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de febrero de 1981, con ponencia del Magistrado René de Sola, sobre el tema de los intereses y la usura, realizó un detenido análisis del Código Civil, el Código de Comercio, la legislación de protección al consumidor y el Decreto 47 sobre Represión de la Usura, para fijar su verdadero sentido y alcance y poder establecer si las Resoluciones del Banco Central de Venezuela que fueron impugnadas estaban sujetas a las normas alegadas y si estas habían sido violadas. Pero la sentencia extendió sus consideraciones más allá del ámbito específico de la demanda de nulidad, para esclarecer la problemática relativa al régimen jurídico de los intereses en general, sin limitarse al sector bancario. A estos efectos, la sentencia delimitó tres sectores claramente diferenciados: el sector financiero o bancario, el sector comercial y el sector civil y dictó varios criterios fundamentales del régimen legal de los intereses en Venezuela, que aún hoy en día, después de 43 años, permanecen vigentes.

Palabra clave: Intereses, usura, moneda

Interest and usury: 43 years after Rene de Sola's sentence in 1981

Abstract: *The judgment of the Political Administrative Chamber of the Supreme Court of Justice dated February 19, 1981, rendered by Justice René de Sola, about interest and usury, made a detailed analysis of the Civil Code, the Commerce Code, the legislation of consumer protection and the Decree on Usury Repression, to fix their truly sense and scope, and established whether the challenged Resolutions of the Central Bank of Venezuela were subject to the alleged legal rules and if these were infringed. But the judgment extends its considerations further than the specific scope of the claim, to clarify the legal regime of interest in general, and not only of the banking sector. The judgment framed three sectors clearly differentiated: the banking sector, the commercial sector and the civil sector, and set forth several fundamental criteria of the interest legal regime in Venezuela, which nowadays are still in force.*

Keyword: *Interest, usury, currency*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 26/11/2023

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, miembro del Consejo Consultivo y profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil SOVEDEM, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

Intereses y usura: a 43 años de la sentencia de Rene de Sola de 1981

Pedro Rengel Núñez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 191-215

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. Breve reseña del caso resuelto por la sentencia SPA 1981. II. La sentencia SPA 1981. II.1 Sector Financiero o Bancario. II.2 Sector Comercial. II.3 Sector Civil. III. La legislación de protección al consumidor. IV. El interés corriente. V. Tasa de interés y moneda (currency) de la obligación pecuniaria. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Han transcurrido poco más de 43 años desde que la Sala Político-Administrativa de la denominada para entonces Corte Suprema de Justicia, dictó la célebre sentencia de fecha 19 de febrero de 1981, cuya ponencia se reservó el magistrado René de Sola, para ese momento Presidente de la Sala. Es de todos sabido que el doctor de Sola es uno de los mercantilistas más importantes del país. Su contribución al derecho mercantil venezolano es invaluable. Una de las numerosas muestras de ello es precisamente esta sentencia.

En acertadas palabras de José Melich Orsini, pocas veces ocurre en Venezuela que una sentencia tenga la repercusión que ha tenido ésta. Apunta Melich que su ponente, René de Sola, es uno de nuestros más reputados mercantilistas, profesor universitario de muy distinguida trayectoria, pero además se dio la circunstancia de que la materia tratada había sido objeto de una controversia de singular importancia económica para la banca nacional¹, y habría que decir que para el país en general. Tan sólo había transcurrido un año apenas desde que la sentencia fue dictada cuando Melich Orsini destacaba su relevancia.

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, miembro del Consejo Consultivo y profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil SOVEDEM, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

¹ José Melich Orsini, Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales, en *Revista de Derecho Público No. 9*, enero-marzo 1982 (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982) 182.

También José Muci-Abraham expresó que la doctrina sentada por la sentencia SPA 1981 es fundamental para determinar cuáles son los topes o límites cuantitativos de los intereses en la legislación venezolana, y que, aunque pueda discreparse de algunos de sus aspectos, hay que reconocer que es un intento serio y laudable de interpretar el asunto en concordancia con la realidad económica.²

No se quedó atrás Luis Guillermo Govea, quien afirmó que nuestra jurisprudencia superior, en un intento por aproximar la vida económica a nuestra legislación, en memorable fallo de la Corte Suprema de Justicia de 19 de febrero de 1981 hizo un interesante recorrido sobre la materia, y en particular en torno a la exigibilidad de intereses y su medida, en conexión con las correspondientes normas de la especialidad, con el mérito de haber incursionado no sólo por una temática áspera y sensible, sino que captó el sentido de la oportunidad que su doctrina encerró, y con loable prudencia soltó en ciertos sectores las anclas del límite del 12% anual.³

La sentencia versa sobre el tema de los intereses y la usura, y realizó un detenido análisis del Código Civil, el Código de Comercio, la legislación de protección al consumidor y el Decreto 47 sobre Represión de la Usura, para fijar su verdadero sentido y alcance y poder establecer si las Resoluciones del Banco Central de Venezuela (BCV) que fueron impugnadas estaban sujetas a las normas alegadas y si estas habían sido violadas. En definitiva la sentencia dictó varios criterios fundamentales del régimen legal de los intereses en Venezuela, que aún hoy en día, después de 43 años, permanecen vigentes, entre otras cosas porque continúan esencialmente vigentes las normas fundamentales que son examinadas e interpretadas en la sentencia.

Nos proponemos en este trabajo resaltar la importancia y vigencia de esta sentencia, analizando los pocos ajustes y precisiones que se han venido dando en el tiempo en materia de intereses y usura en Venezuela. En lo adelante nos referiremos a ella como la sentencia SPA 1981.

1. Breve reseña del caso resuelto por la sentencia SPA 1981

Esta sentencia resolvió un importante e interesante caso, que inició por demanda de nulidad intentada por Henry Pereira Gorrín, por vía de acción popular, de ciertas Resoluciones del BCV, que autorizaban a los bancos y sociedades financieras a cobrar intereses y comisiones bancarias, que en criterio del accionante eran verdaderos inte-

² José Muci-Abraham, Límites Cuantitativos de los Intereses, Apostillas a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa el 19 de febrero de 1981, en *Revista de Derecho Público* No. 9, enero marzo 1982 (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982) 214

³ Luis Guillermo Govea, Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988) 75, 76

reses disfrazados con el nombre de comisiones, en exceso de la tasa máxima permitida por la legislación vigente, concretamente los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio, y en el Decreto-Ley 247 sobre Represión de la Usura.

Alegaba el accionante que las Resoluciones del BCV impugnadas fijaban tasas máximas de interés superiores al 12% anual, que iban desde el 13% hasta el 20%, por préstamos o créditos que otorgaran los bancos comerciales, los bancos hipotecarios para la adquisición de viviendas, financiamiento de obras de urbanismo, construcción, mejoras y modificaciones de inmuebles, y para la adquisición de vehículos automotores, actividades agrícolas, pecuarias y de pesca.

Cabe señalar que, aunque la SPA observó que la competencia para conocer la demanda correspondía a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin embargo decidió avocarse al conocimiento del asunto, por cuanto consideró que la materia sobre la cual versaba la acción incoada, por su repercusión y trascendencia, debía conocerla y decidirla en su condición del más alto Tribunal de la República.

Es destacable que en este caso actuaron como apoderados del BCV para su defensa, los ilustres juristas Leopoldo Márquez Añez, Oswaldo Padrón Amaré y Manuel Simón Egaña, quienes hicieron importantes planteamientos sobre la noción de usura y la función del BCV como órgano del Poder Público, sobre la Ley del BCV, la Ley de Protección al Consumidor y el Decreto-Ley 247 sobre Represión de la Usura, sobre los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio y sobre la diferencia entre intereses y comisiones y recargos bancarios.⁴

En el caso se hizo parte otro ilustre mercantilista Leopoldo Borjas, quien consignó escrito con acuciosos planteamientos de derecho sobre varios de los temas debatidos.⁵ El caso cuenta además con el dictamen del Fiscal General de la República, para ese entonces el recordado Dr. Pedro Mantellini González, quien motivadamente consideró infundadas las denuncias de ilegalidad de las Resoluciones del BCV formuladas por el accionante.

II. La sentencia SPA 1981

Entrando de lleno en el tema, lo primero que hay que destacar es que la sentencia extendió sus consideraciones más allá del ámbito específico de la demanda de nulidad, que se limitaba a la legalidad o no de las Resoluciones del BCV en materia de fijación

⁴ Ver: Documentos Relacionados con la Demanda de Nulidad de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en Materia de Tasas de Interés, Banco Central de Venezuela, Colección histórico-económica venezolana, Volumen XXII, Caracas, 1986

⁵ Leopoldo Borjas, Régimen Legal de los Intereses, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988) 57 y sig.

de intereses en el ámbito bancario. Sin duda el ilustre ponente de la sentencia tuvo como objetivo esclarecer la problemática relativa al régimen jurídico de los intereses en general, sin limitarse al sector bancario.

A estos efectos, la sentencia delimita tres sectores claramente diferenciados: el sector financiero o bancario, el sector comercial y el sector civil, desarrollando y estableciendo varios fundamentos legales para dar respuesta y aclarar las cuestiones que suscitaban dudas y reservas en materia de intereses y usura, no sólo las manifestadas por el demandante Pereira Gorrín, que se relacionaban con la fijación de intereses bancarios por parte del BCV.

II.1 Sector financiero o bancario

El sector financiero o bancario está conformado por las instituciones reguladas por la legislación bancaria, para el momento de la sentencia, la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (LGB), así como por la Ley del BCV. La sentencia hace ver que el BCV está facultado por su propia Ley para fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito públicos y privados regidos por la LGB pueden cobrar y pagar por las operaciones activas y pasivas que realicen, así como para fijar las comisiones, recargos o tarifas por operaciones accesorias y servicios que presten.⁶

La sentencia aclaró que la Ley del BCV no establecía límite a la facultad del BCV para fijar las tasas de interés, comisiones y recargos a la banca, asentando que no podría ser de otro modo, pues si se hubiera puesto límite, el BCV no podría cumplir algunas de sus finalidades esenciales, como las de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía.

Abunda la sentencia diciendo que esta facultad legal discrecional del BCV abarca toda la gama de operaciones bancarias, incluyendo la de los institutos hipotecarios, de forma tal que respecto a los intereses que éstos puedan cobrar por sus préstamos garantizados con hipoteca, no rige la tasa máxima del 12% anual prevista en el artículo 1.746 del Código Civil, sino aquella que fije el BCV de acuerdo con las fluctuaciones del mercado.

⁶ La sentencia se refiere concretamente al artículo 46 de la Ley del BCV, en concordancia con el numeral 12 del artículo 153 de la LGB, vigentes para ese momento.

La sentencia da cuenta de que era un hecho público y notorio que las tasas de interés habían subido en todos los mercados del mundo, y que Venezuela no podía permanecer como una isla en este universo interdependiente e inflacionario sin exponerse al riesgo de graves daños en su economía y en su moneda, y a cuya prevención estaban encaminadas las Resoluciones del BCV impugnadas.

Lo cierto es que este escenario no ha cambiado desde la sentencia SPA 1981 hasta el presente. Las sucesivas leyes tanto del BCV como las leyes de Bancos e Instituciones Financieras que han estado en vigencia contemplan los mismos criterios y confieren al BCV la facultad de fijar los límites máximos de tasas de interés y comisiones que pueden cobrar las instituciones bancarias y financieras regidas por la legislación bancaria.

Este es el fundamento de la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad y de la validez de las Resoluciones del BCV impugnadas. Y a la vez es el criterio aplicable también hoy en día: el BCV no está limitado por la normativa legal ordinaria para la fijación de tipos máximos de interés de la banca, pues actúa conforme a las facultades que tiene legalmente conferidas en ejercicio de sus funciones. Punto final a esa discusión.

Por cierto, Borjas ya había sostenido, y así lo había expuesto en el caso, que ninguna de las Resoluciones impugnadas resultaban violatorias de las disposiciones legales alegadas como infringidas, afirmando que el BCV no tiene limitaciones para fijar las tasas máximas y mínimas de los intereses que le corresponde establecer por mandato de la ley, como objeto de su potestad y propósito de su obligación de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, el equilibrio económico y el desarrollo ordenado de la economía.⁷

Hubo una polémica suscitada en 1989 cuando también el mismo Henry Pereira Gorrín demandó la nulidad de ciertas Resoluciones del BCV para esclarecer si el BCV podía abstenerse de fijar tasas máximas de interés y permitir a los bancos pactarlas libremente con sus clientes tomando en consideración las condiciones del mercado financiero. El caso fue decidido en sentencia de la SPA de la Corte Suprema de Justicia del 6-4-1989, también bajo la ponencia del Magistrado René de Sola, que estableció que el BCV debía ejercer su potestad de fijar las tasas de interés y que no podía abstenerse de hacerlo. Sería un tema que excede el propósito de este trabajo, aunque vale la pena al menos reseñarlo.⁸

⁷ Leopoldo Borjas, Régimen Legal de los Intereses, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos*, 53, 54

⁸ Para una revisión del asunto, ver José Muci-Abraham, Aspectos del Régimen de los intereses financieros, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* No. 74 (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990) 77 y sig. Ver también Andrés Mezgravis, Inexistencia de Límites Cuantitativos Legales en los Intereses Mercantiles, en *Revista de Derecho Privado*, No. 7-2 (Vadell Hermanos, Caracas, 1990) 209-211. Mezgravis disiente de esta sentencia y se manifiesta de acuerdo con el voto salvado del Magistrado Pedro Alid Zopi.

Otra célebre polémica que se suscitó a comienzos de los años 2.000 fue la de los llamados créditos indexados. Se trata de la demanda de derechos e intereses difusos o colectivos intentada por la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA), decidida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en controversial sentencia de fecha 24 de enero de 2002 y sus diversas aclaratorias, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.⁹

A los efectos de este trabajo, interesa destacar que esta sentencia ordenó al BCV que estableciera la tasa de interés máxima aplicable a los créditos indexados con modalidad de refinanciamiento de intereses y cuota balón del mercado hipotecario para la adquisición o remodelación de vivienda, tanto dentro como fuera del sistema de política habitacional, ordenando el reajuste de los créditos y desaplicando la normativa que permitía a la banca prestamista la determinación de la tasa de interés. La sentencia extendió la orden al BCV para que fijara también la tasa de interés que podían cobrar los bancos por los créditos destinados a la adquisición de vehículos mediante contratos de venta con reserva de dominio bajo la modalidad de cuota balón.

Esta sentencia también aclara que el BCV regula las tasas de interés aplicables por la banca pero los prestamistas fuera del sistema financiero se rigen en principio por el artículo 1.746 del Código Civil, pues el artículo 108 del Código de Comercio se refiere al interés legal no convencional.

También asienta la sentencia que con el ajuste y capitalización de intereses en los préstamos previstos en la legislación de política habitacional y subsistema de vivienda no se incurre en el anatocismo prohibido en el artículo 530 del Código de Comercio, debido al fin social perseguido, que es el aumento de los recursos para programas de vivienda, que pueda atender al mayor número de afiliados posible, aunque a juicio de la Sala, fuera del sistema de política habitacional y subsistema de vivienda, la citada norma no permite que antes de la liquidación de los intereses, es decir, antes de su existencia real, puedan surgir compromisos entre acreedor y deudor con el fin de capitalizarlos.¹⁰

⁹ Para un estudio de esta sentencia, ver Oswaldo Páez Pumar, *Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados* (Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía, Caracas, 2003, <https://www.menpa.com/publicaciones>)

¹⁰ En el Derecho Internacional, y particularmente el Derecho Internacional de Inversiones, el interés simple no se considera una verdadera y justa indemnización sino que debe contemplar intereses compuestos capitalizables en períodos razonables de tiempo, trimestral, semestral o cuando menos anualmente. En los casos venezolanos de arbitraje de inversión, Venezuela ha sostenido que el interés compuesto, es decir, capitalizables cada cierto tiempo, constituye un anatocismo prohibido por nuestro Código de Comercio, pero la gran mayoría de los laudos han rechazado esta defensa con base en que lo relevante no es lo dispuesto en el derecho interno, sino en el derecho internacional. Ver: Pedro Rengel Núñez, *Arbitraje de Inversión y los Casos Venezolanos*, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2022) 61

Todo esto está en concordancia con los criterios de la sentencia SPA 1981 respecto al régimen de intereses del sector financiero, que consiste en que el BCV es el facultado para fijarlos y a ello está obligado.

Queremos aquí también referirnos a que, a partir de octubre 2019, la normativa del BCV en relación con los préstamos bancarios contempla su indexación al dólar bajo un sistema, inicialmente conocido como Unidad de Valor de Crédito Comercial (UVCC),¹¹ luego llamada Unidad de Valor de Crédito (UVC).¹² De acuerdo con la Resolución del BCV actualmente vigente,¹³ los créditos comerciales en moneda nacional deben expresarse en UVC en la fecha de otorgamiento del préstamo. La UVC es la resultante de dividir el monto en bolívares del crédito otorgado a ser liquidado entre el Índice de Inversión vigente para dicha fecha, determinado por el BCV, tomando en cuenta la variación del tipo de cambio de referencia de mercado publicado diariamente en su página web.

Bajo este sistema, el BCV también sigue fijando las tasas de interés anual que pueden cobrar las instituciones bancarias, de acuerdo con sus facultades legales.¹⁴

II.2 Sector comercial

Como dijimos más arriba, la sentencia SPA 1981 no se limitó a aclarar el tema de los intereses en el sector bancario, que fue el objeto de la demanda de nulidad, sino que se extendió para aclarar el tema de los intereses en el sector comercial no bancario, y a tales efectos sentó los criterios para la aplicación de los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio, que no han sido objeto de modificación o reforma hasta el presente, por lo que dichos criterios se mantienen hoy en día.

Entra la sentencia primeramente a analizar el artículo 108 del Código de Comercio, promulgado en 1904, sin que sus reformas parciales posteriores hayan modificado esa norma, que de hecho se mantiene vigente hasta hoy.¹⁵ Dice la sentencia que la norma no se refiere específicamente al contrato de préstamo a interés, sino que se trata de un precepto de carácter general que abarca todo género de obligaciones mercantiles

¹¹ Resolución No. 19-09-01, Gaceta Oficial No. 41.742 del 21-10-2019

¹² Resolución No. 21-01-02, Gaceta Oficial No. 42.050 del 19-1-2021

¹³ Resolución No. 22-03-01, Gaceta Oficial No. 42.341 del 21-3-2022

¹⁴ La Resolución No. 22-03-01 vigente establece una tasa de interés que no podrá exceder del 16% ni ser inferior al 8%. Las anteriores Resoluciones fijaban inicialmente una tasa máxima de 6% y una mínima del 4%, para luego pasar a 10% y 6% respectivamente.

¹⁵ Esta norma, como muchas otras de nuestro Código de Comercio de 1.904, parece inspirada en el Código de Comercio italiano de 1.882, cuyo artículo 41 disponía que las deudas comerciales líquidas y exigibles de sumas de dinero producen intereses de pleno derecho. Ver dicho Código en: Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 22 Volumen II (Ediar Editores, Buenos Aires, 1959) 308. Ver también, Gerson Rodríguez Durán, *Evolución del Registro Mercantil hasta el Código de Comercio de 1.904*, en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1.904*, Tomo I (Academia De Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005) 296, 298.

que puedan dar origen a una deuda líquida y exigible; así como la deuda puede tener su fundamento en un préstamo, también puede derivarse del precio de un contrato de compraventa, de los cánones de arrendamiento de un local comercial o del flete inso-luto de una nave.

La sentencia destaca que el citado artículo 108 contempla el interés legal, apli-cable a falta de convención de las partes, que es el que devengan de pleno derecho las obligaciones líquidas y exigibles, esto es, la tasa corriente en el mercado, sin exceder del 12% anual, a diferencia del interés legal en materia civil, que es el 3%, conforme lo establece el artículo 1.746 del Código Civil. Así reseña Muci-Abraham el análisis de esta norma, hecho por la sentencia.¹⁶

Con anterioridad a la sentencia SPA 1981 el autor Víctor Pulido Méndez había afirmado que el artículo 108 del Código de Comercio consagra intereses correspecti-vos, que constituyen la retribución que corresponde al acreedor de una suma de dinero líquida y exigible por el disfrute del capital que se le debe por parte del obligado, y que difieren de los intereses moratorios, que tienen una función resarcitoria del daño causado por el incumplimiento moroso de la obligación de pagar una suma de dinero. Pero esta calificación de interés correspectivo no le quita el carácter de interés legal, sobre todo, como lo expone el mismo autor, porque nace de pleno derecho por mandato legal si no hay pacto en contrario, y es precisamente en esto que puede diferenciarse del interés de origen convencional.¹⁷

Aclara la sentencia que la limitación del interés legal mercantil del 12% no se aplica a los intereses convencionales, es decir, aquellos convenidos por las partes, cuyo límite es el establecido en el artículo 1.746 del Código Civil, esto es, lo que exceda en una mitad al interés corriente del mercado, salvo los topes máximos que pueda fijar el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del BCV, conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) de 1974.

Esto coincide con lo alegado por los apoderados del BCV, quienes sostuvieron en su escrito ante la Sala que un ligero examen del artículo 108 lleva a la inmediata conclusión de que la consecuencia jurídica aplicable de pleno derecho, esto es, el pago de intereses corrientes en el mercado siempre que no excedan del 12% anual, sólo tiene vigencia para aquellos casos en los cuales las partes no hubiesen pactado un interés, o no fuere posible probarlo, pues si otra hubiera sido la intención del Legislador, éste hubiera establecido con precisión un límite máximo para los intereses convencionales,

¹⁶ José Muci-Abraham, *Límites Cuantitativos de los Intereses*, 209

¹⁷ Víctor Pulido Méndez, *Los Intereses Moratorios, Correspectivos y Compensatorios en el Derecho Venezolano Vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil*, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988) 266, 267, 280, 282

cosa que no hizo la disposición en comento como tampoco lo hace ninguna otra norma de la legislación mercantil.¹⁸

La sentencia asienta que, a falta de norma legal que limite el interés convencional en el campo mercantil, el vacío que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación abusiva o usuraria de intereses debe ser llenado por el límite establecido en el artículo 1.746 del Código Civil. El orden público y las buenas costumbres que repudian la usura imponen suplir esa laguna. En materia mercantil se puede recurrir subsidiariamente al Código Civil cuando el Código de Comercio y demás leyes especiales de carácter mercantil no resuelven en forma precisa el caso, por disponerlo así el artículo 8 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 14 del Código Civil.

En este mismo sentido, Muci-Abraham nos dice que, aunque el interés convencional en materia mercantil podría decirse que, en principio no está sujeto a limitaciones, sin embargo no sería lógico afirmar que carece de las limitaciones del interés civil, porque ello equivaldría a consagrar la posibilidad del cobro abusivo de intereses, lo que resulta inadmisibile.¹⁹

Al respecto apunta Luis Guillermo Govea no comprender por qué, como lo afirma la sentencia SPA 1981, se debe recurrir al artículo 1.746 del Código Civil en su tercer aparte para reparar el vicio que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación usuraria de intereses, cuando la LPC de 1974 tiene también por destinatarios a los comerciantes, y su artículo 6 contempla también como usura la ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado en relación con la contraprestación realizada.²⁰

En este punto sobre el límite al interés convencional en materia mercantil pareciera diferir Leopoldo Borjas, quien había sostenido en un trabajo previo que el artículo 529 del Código de Comercio regula la tasa de interés en el préstamo mercantil, estableciéndola en la tasa corriente en el mercado, a menos que las partes hayan convenido una tasa distinta, a la que no se le pone límites. Y así lo planteó en su escrito presentado en el caso.²¹ En este sentido, nos dice Melich Orsini que Borjas entiende que la regla del artículo 1.746 del Código Civil se aplica sólo al préstamo civil.²²

¹⁸ Documentos Relacionados con la Demanda de Nulidad de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en Materia de Tasas de Interés, 89

¹⁹ José Muci-Abraham, Límites Cuantitativos de los Intereses, 209, 210

²⁰ Luis Guillermo Govea, Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios, 81, 82

²¹ Leopoldo Borjas, Régimen Legal de los Intereses, en *Revista Venezolana de Derecho Público* No. 6 (Editorial Jurídica Venezolana, abril, junio 1981, Caracas) 17, y Régimen Legal de los Intereses, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos*, 66

²² José Melich Orsini, Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales, 190, 191

Por su parte Govea, al igual que Borjas, señala que en materia mercantil la tasa de interés convencional por los préstamos de dinero no se rige por el artículo 1.746 del Código Civil sino por la muy precisa norma del artículo 529 del Código de Comercio, con lo cual difiere de lo asentado en la sentencia SPA 1981.²³

Otro autor, Andrés Mezgravis, sostiene que el artículo 108 no establece el interés legal general en materia mercantil, pues dicha norma se refiere solamente a deudas mercantiles líquidas y exigibles, de manera que en todo caso establecería solamente el interés legal moratorio, y que el interés legal para el préstamo mercantil está previsto en el artículo 529 del Código de Comercio, que se refiere al préstamo mercantil sin limitarlo a aquellos líquidos y exigibles o en mora. Sostiene también que hay otras normas como el artículo 414 del Código de Comercio que establece un interés legal del 5% a falta de convención, aplicable a la letra de cambio.²⁴

Esta vieja discusión no parece haber trascendido ni prevalecido, a nuestro modo de ver porque la sentencia SPA 1981 es clara respecto a que el artículo 108 del Código de Comercio contempla el interés legal en materia mercantil, a falta de convención de las partes, con un límite del 12% anual, lo cual deja poco espacio para sostener que el interés legal mercantil es el corriente en el mercado, sin importar que exceda del 12%.²⁵ Obviamente el interés legal mercantil establecido en el artículo 108 no aplica en caso de que otra norma mercantil establezca uno para un supuesto específico, como es el caso del interés legal para la letra de cambio del 5%, establecido en el artículo 414 del Código de Comercio.

Más relevante nos resulta el criterio de la sentencia sobre el interés convencional en materia mercantil, que tiene como límite el previsto en el artículo 1.746 del Código Civil, esto es, salvo otra limitación legal aplicable, el exceso del interés corriente en 50% de éste. Este criterio no ha sido modificado, y tampoco ha prevalecido la idea de que dicha norma no resulta aplicable al campo mercantil, ya que las limitaciones en ella contenidas son aplicables en el campo comercial, en ausencia de limitaciones en norma mercantil expresa.

Inmersa en el análisis del artículo 1.746 del Código Civil, la sentencia SPA 1981 hace notar que en caso de que los intereses excedan el límite establecido en la norma, no se reducirá simplemente el exceso sino que podrán ser reducidos al interés corriente.

²³ Luis Guillermo Govea, *Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios*, 99

²⁴ Andrés Mezgravis, *Inexistencia de Límites Cuantitativos Legales en los Intereses Mercantiles*, 205, 206, 225

²⁵ Estos aspectos controversiales esbozados por Borjas y Mezgravis se reseñan en: Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, actualizado por María Auxiliadora Pizani Ricci (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012) 204, 205

Además la sentencia aclara que el artículo 1.746 como norma excepcional aplicable subsidiariamente al campo de los intereses convencionales mercantiles, es de estricta aplicación a la hipótesis por ella contemplada, y en tal sentido, lo dispuesto en su último aparte sobre la limitación del interés al 1% mensual (12% anual) sólo es aplicable al préstamo de dinero con garantía hipotecaria, siendo abusiva su aplicación a cualquier otro contrato mercantil productor de intereses, aunque esté garantizado con hipoteca. La sentencia cita el caso del contrato de cuenta corriente garantizado con hipoteca. Tampoco conocemos que este criterio haya sido contradicho o modificado.

Dice también la sentencia que mucho menos sería aplicable la limitación del artículo 1.746 cuando se hayan dictado leyes especiales concernientes a determinados sectores de la economía nacional, que tendrían aplicación preferente no sólo frente al Código Civil sino aun frente al Código de Comercio, y en tal sentido también analiza el efecto y alcance que tiene al respecto la Ley de Protección al Consumidor, lo cual veremos más adelante.

II.3 Sector civil

La sentencia SPA 1981 también analiza el Decreto-Ley 247 sobre Represión de la Usura, dictado en abril de 1946 y establece que sus considerandos definen con precisión a qué sector estaban dirigidas sus normas protectoras: clases desposeídas y débiles económicos, que no son normalmente los sujetos de una relación entre profesionales del comercio general y menos de sus sectores especializados en el tráfico bancario. Es decir, el referido Decreto-Ley circunscribía sus efectos exclusivamente al sector de la contratación civil y estaba destinado a regir negocios o contratos de índole no mercantil.

Este Decreto-Ley 247 en su artículo 1 contenía la definición de usura y su respectiva pena de prisión hasta de 2 años o multa hasta de Bs. 10.000, pero además establecía que, sin perjuicio de la limitación del artículo 1.746 del Código Civil, el préstamo de dinero no podía exceder el 1% mensual.

La sentencia asienta que el Decreto-Ley 247 había quedado parcial y tácitamente derogado por la LPC de 1974, que establecía la configuración del delito de usura en forma tal que impedía la supervivencia de su antigua tipificación.²⁶ Según la sentencia, de dicho Decreto-Ley sólo quedaba vigente la sanción de prisión del delito de usura, por remisión expresa contemplada en el artículo 6 de la LPC de 1974, que pasó a definir la usura y estableció que su pena o sanción era la prevista en la legislación respectiva para el delito de usura, que para ese momento no era otra que el Decreto-Ley 247.

²⁶ Sobre los elementos del Decreto-Ley 247 que quedaron derogados tácitamente por la LPC de 1974 ya se había pronunciado Borjas en su trabajo previo a la sentencia. Leopoldo Borjas, Régimen Legal de los Intereses, 45

Esto quiere decir que la limitación establecida en el Decreto-Ley 247, de intereses al 1% mensual en los préstamos de dinero dejó de existir, con lo cual la limitación en el sector civil se circunscribía a la prevista en el artículo 1.746 del Código Civil, o a cualquier otra que pudiera establecer el Ejecutivo Nacional conforme a la legislación de protección al consumidor.²⁷

Menciona Govea los 3 grandes períodos o momentos en el tratamiento legislativo y jurisprudencial de la usura en Venezuela. El primero, el antes citado Decreto-Ley 247, bajo el cual incurría en usura aquel que intencionalmente se valiera de las necesidades apremiantes de otro para obtener ventajas o beneficios desproporcionados; el segundo, la promulgación de la LPC de 1974, en cuya definición de usura bastaba que una de las partes obtenga una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación dada, prescindiendo de las necesidades apremiantes de la otra parte; y el tercero, la sentencia SPA 1981, según la cual el concepto de usura de la LPC de 1974 implica la derogatoria parcial del Decreto-Ley 247.²⁸

Nosotros agregaríamos un cuarto momento, a partir de la LPC de 1992, que derogó la LPC de 1974, donde se produjo un cambio, ya que se comenzó a contemplar la sanción del delito de usura eliminando la remisión al Decreto-Ley 247. De manera que a partir de allí puede decirse que el Decreto-Ley 247 quedó totalmente derogado.

Esto hace inoficioso atender hoy al debate que se dio en su momento sobre dicho Decreto-Ley, su aplicabilidad o no a las obligaciones mercantiles y su abrogación parcial tácita, del que da cuenta Melich Orsini, glosando las posiciones al respecto de ilustres juristas como Leopoldo Borjas, José Luis Aguilar y Gonzalo Pérez Luciani.²⁹

La usura en Venezuela está regulada en la normativa de protección al consumidor, hoy en día la legislación sobre precios justos, como veremos más adelante.

²⁷ Bernad Mainar, *Derecho Civil Patrimonial, Obligaciones*, Tomo I (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012) 187, 188. Mainar reconoce que el Decreto-Ley 247 ha sido derogado parcialmente, y se lo atribuye a varias leyes que afectan su contenido; suponemos que se refiere a las leyes de protección al consumidor. Ver también, Bernad Mainar, *Contratación Civil en el Derecho Venezolano* Tomo II (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012) 51. Aquí Mainar sostiene que en lo atinente al interés convencional, la voluntad de las partes cuenta con las limitaciones de orden público establecidas en el artículo 1.746, donde incluye el 12% anual para el préstamo civil, como límite fijado por Ley especial, el Decreto-Ley 247, pero quedando al margen de dicha restricción los mutuos mercantiles, lo cual nos parece una lectura incorrecta de la sentencia SPA 1981.

²⁸ Luis Guillermo Govea, *Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios*, 77-87

²⁹ José Melich Orsini, *Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales*, 193-201

III. La legislación de protección al consumidor

La sentencia SPA 1981 combina el análisis del artículo 1.746 del Código Civil con el de la LPC de 1974, que según la sentencia tiene, aunque en un campo más amplio, la misma finalidad que el comentado Decreto-Ley 247, esto es, la defensa de la parte supuestamente más débil en toda relación económica.

La sentencia destaca lo contemplado en el artículo 6 de la LPC de 1974, que contiene la definición del delito de usura: todo acuerdo o convenio, cualquiera sea su naturaleza, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte verifica, en atención a las circunstancias en que se realice la operación.

De manera que a partir de la promulgación de la LPC de 1974, la legislación de protección al consumidor pasó a contemplar la definición de la usura, incluso en términos un poco más amplios que el Decreto-Ley 247 del año 1946. Se observa que esa definición de usura se ha mantenido casi inalterada en las sucesivas leyes de protección al consumidor³⁰ y también en las más recientemente llamadas leyes de precios justos, que han venido a sustituir las anteriores leyes de protección al consumidor.³¹

Aunque pudiera pensarse que la normativa de protección al consumidor abarca la protección de éste, que típicamente se considera como parte débil en la relación económica, ello en nuestra opinión no quiere decir que dicha normativa no aplica en materia mercantil, como lo dijo la sentencia SPA 1981 respecto al Decreto sobre Represión de la Usura. No cabe duda que el campo más amplio que tiene la normativa de protección al consumidor abarca tanto la contratación civil como la mercantil, ya que la protección del consumidor es frente a los eventuales actos abusivos de los comerciantes.³²

La sentencia además destaca lo previsto en el segundo aparte del citado artículo 6 de la LPC de 1974, esto es, la facultad del Ejecutivo Nacional para fijar tipos máximos de interés para operaciones de crédito o financiamiento de bienes y servicios, oída la opinión del BCV, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional. La sentencia asienta que el delito de usura podrá imputarse a quien excediera los topes máximos que hubiere fijado el Ejecutivo Nacional conforme a esta facultad legal.

³⁰ Gaceta Oficial No. 4.403 Ext. del 24-3-1992, Gaceta Oficial No. 4.898 Ext del 17-5-1995, Gaceta Oficial No. 37.930 del 4-5-2004, Gaceta Oficial No.39.358 del 1-2-2010.

³¹ Gaceta Oficial No. 4 0.340 del 23-1-2014, Gaceta Oficial No. 6.156 Ext. del 19-11-2014, Gaceta Oficial No. 6.202 del 8-11-2015

³² Luis Guillermo Govea, Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios, 104

Considerando entonces el artículo 1.746 del Código Civil en concordancia con el artículo 6 de la LPC de 1974, tenemos que el límite previsto en el artículo 1.746 al interés convencional, es aquel que no exceda en una mitad al que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención, siempre que no lo hubiere limitado la Ley, esto es, el Ejecutivo Nacional en ejercicio de su facultad legal consagrada en el referido segundo aparte del artículo 6 de la LPC de 1974.

Cabe destacar aquí que la facultad conferida en la LPC de 1974 al Ejecutivo Nacional para fijar tasas máximas de interés conferida para las operaciones de venta a crédito de bienes y servicios o de financiamiento para dichas operaciones, se mantuvo inalterada en la siguiente LPC de 1992. Luego en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de 2004 esa facultad le fue atribuida al BCV. Posteriormente la ley de febrero 2010 pasó a llamarse Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, manteniendo la facultad del BCV de fijar límites máximos de tasas de interés, aunque agregando que los intereses de financiamiento no se podían capitalizar, debiendo acumularse en una cuenta separada del capital adeudado, lo cual no era sino la ratificación de la prohibición del anatocismo contenida en el artículo 530 del Código de Comercio.

Posteriormente la Ley Orgánica de Precios Justos de enero 2014 derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010, aunque reprodujo la norma de usura en operaciones de financiamiento, manteniendo la potestad del BCV de fijación de límite a la tasa de interés máxima, quedando inalterada en las sucesivas Leyes Orgánicas de Precios Justos, la de noviembre 2014 y la vigente actualmente, de noviembre 2015.

El Ejecutivo Nacional ejerció su facultad de fijación de intereses máximos en el Decreto No. 58 de abril 1974³³, que establecía que en las operaciones de venta a crédito de bienes y servicios no se podía cobrar intereses que excedieran del 12% anual sobre saldos deudores, más una comisión máxima del 6% anual por concepto de servicios u operaciones accesorias, incluidos gastos de cobranza, relacionados directa o indirectamente con el otorgamiento del crédito.

Posteriormente el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1.498 de mayo 1982,³⁴ que derogó el anterior Decreto No. 58 y estableció que en las operaciones de venta a crédito de bienes y servicios no se podía cobrar una tasa de interés sobre saldos deudores, en exceso de la tasa activa prevaleciente en el mercado, más una comisión máxima del 6% anual.

³³ Gaceta Oficial No. 30.385 del 29-4-1974

³⁴ Gaceta Oficial No. 32.482 del 26-5-1982

Este decreto excluía el financiamiento de la venta de vehículos automotores, que fue posteriormente regulado en el Decreto No. 292 de junio 1989³⁵, y que establecía para la venta a crédito de vehículos automotores, una tasa máxima de interés que no excediera de la tasa de interés activa anual que fije el BCV para las operaciones de crédito que realicen las instituciones bancarias, más una comisión máxima del 2 1/2% anual adicional calculada sobre el monto inicial a financiar, y una tasa de intereses moratorios máxima del 3% adicional a la tasa de interés pactada en la respectiva operación.

Es de resaltar aquí que la más arriba citada sentencia de la Sala Constitucional del 24 de enero de 2002 sobre los créditos hipotecarios indexados para adquisición de vivienda, en aclaratoria del 24 de mayo de 2002 referente a los créditos para adquisición de vehículos, estableció que cuando se trate de créditos otorgados por entidades no bancarias, no aplican las tasas de interés fijadas por el BCV, que son aplicables a la banca, sino que se rigen por lo dispuesto en el artículo 1.746 del Código Civil, lo cual confirma lo establecido en la sentencia SPA 1981 respecto a que esta norma es la que fija los límites cuantitativos de los intereses convencionales aplicables al sector comercial, en este caso, sociedades mercantiles que otorguen financiamiento para la adquisición de vehículos. Nótese que la Sala no declaró aplicable el límite establecido en el Decreto No. 292 antes citado, sino el contemplado en el artículo 1.746 del Código Civil, lo cual sugiere que dicho Decreto se puede considerar derogado.

No conocemos que el Ejecutivo Nacional o el BCV, en ejercicio de sus facultades legales previstas en la normativa de protección al consumidor, y más recientemente en la normativa de precios justos, hayan derogado el antes citado Decreto No. 1.498 sobre tasas de interés en venta a crédito de bienes y servicios³⁶ ni que hayan fijado tasas de interés máximas para operaciones de venta a crédito o de financiamiento para la adquisición de bienes y servicios realizadas por entidades no bancarias, es decir, fuera del sector financiero o bancario.

En conclusión, el régimen de fijación de tasas de interés y sus límites en los sectores financiero o bancario, comercial y civil, que fue explicado en la sentencia SPA 1981, es esencialmente el mismo a la presente fecha. En efecto, en el sector financiero las tasas de interés son aquellas fijadas por el BCV para la banca, sin estar sometidas a los límites establecidos en la legislación para el sector comercial y civil. En el sector comercial el interés legal es el establecido en el artículo 108 del Código de Comercio y el interés convencional tiene como límite lo establecido en el artículo 1.746 del Código Civil, al igual que en el sector civil no comercial, rigiendo para ambos sectores,

³⁵ Gaceta Oficial No. 34.242 del 15-6-1989

³⁶ Tampoco se conocen casos en que se haya pretendido hacer valer dicho Decreto y su limitación a la tasa activa prevalente en el mercado más 6% anual.

comercial y civil, los límites que pueda haber establecido el Ejecutivo Nacional y posteriormente el BCV conforme a la potestad conferida en la legislación de protección al consumidor y luego en la legislación de precios justos, constituyendo delito de usura la fijación de intereses en exceso de dichos límites.

IV. El interés corriente

No se adentra la sentencia SPA 1981 en tratar cual es el interés corriente o como se determina. En cuanto a nuestra doctrina sobre el artículo 108 del Código de Comercio, Roberto Goldschmidt se limita a señalar lo que dispone la norma y a indicar que para la determinación del interés corriente en el mercado se debe eventualmente recurrir a expertos.³⁷ En este punto cita a Gert Kummerow, quien asienta que la “legalidad” de los intereses corrientes proviene de la circunstancia de que corren de pleno derecho por ministerio de la ley y porque no excederán del 12% anual, y que el tipo corriente de interés refleja las situaciones del mercado de capitales en un momento determinado y se halla en relación a la oferta y la demanda dominantes. Kummerow hace referencia a una vieja sentencia de la Corte de Casación de 1959, según la cual, ante la carencia de un índice cierto para la fijación del “*quantum*” del interés corriente en el mercado, uno de los recursos generalmente manejados por el juzgador con ese fin es la delimitación a través de una experticia complementaria del fallo.³⁸

Es para nosotros importante destacar que ambas normas, tanto el artículo 108 del Código de Comercio como el artículo 1.746 del Código Civil, hablan respectivamente del interés corriente en el mercado y del interés corriente al tiempo de la convención, de manera que la referencia al interés corriente es común en ambas normas. Por si fuera poco, también el artículo 529 del Código de Comercio al que se ha hecho referencia más arriba, habla del interés corriente en la plaza.

Para el profesor James Otis Rodner, existe una ligera diferencia entre interés corriente en el mercado y el interés corriente en la plaza, pues el primero es un concepto genérico y amplio, referido a una tasa promedio de interés que se genera en la moneda correspondiente, mientras que el segundo es referido a una ciudad o localidad específica, a intereses en el sitio o lugar del pago³⁹.

³⁷ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, corregido y ampliado por el autor y actualizado por el profesor Víctor Pulido Méndez (Ediar Venezolana SRL, Caracas, 1979) 148

³⁸ Gert Kummerow, *Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano* (Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1964) 83

³⁹ James Otis Rodner, *El Dinero, Obligaciones de Dinero y de Valor, la Inflación y la Deuda en Moneda Extranjera*, 2da edición (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005) 543

Por otra parte, como vimos más arriba, cuando el Ejecutivo Nacional ha ejercido su facultad conferida en la legislación de protección al consumidor para fijar tasas máximas de interés para las operaciones de venta a crédito de bienes y servicios o de financiamiento para dichas operaciones, inicialmente estableció el límite en el 12% anual más 6% anual de comisión máxima, pero posteriormente fijó el límite en la tasa activa prevaleciente en el mercado más 6% anual de comisión máxima. Para la venta a crédito de vehículos automotores, estableció como límite la tasa de interés activa anual que fije el BCV para las operaciones de crédito que realicen las instituciones bancarias, más 2 ½% anual de comisión máxima.

De manera que para establecer el límite en la tasa de interés, los respectivos Decretos del Ejecutivo no hablaban de la tasa corriente del mercado sino de la tasa activa del mercado, o la tasa activa fijada por el BCV, lo cual sugiere la idea de que la tasa activa bancaria podía considerarse una tasa corriente del mercado. Ello en nuestra opinión luce razonable, pues sin duda las tasas de interés de la banca son tasas del mercado del dinero.

Es sabido que en ciertas épocas pasadas, en sectores comerciales específicos como el de la venta a crédito de artefactos eléctricos, línea blanca, línea marrón, que eran comercializados por famosas tiendas especializadas en esos rubros, era usual el financiamiento o venta a plazos al comprador, con tasas de interés propias de esos respectivos mercados, que no necesariamente eran las fijadas por el BCV para el sector bancario, pero al fin y al cabo eran tasas corrientes de interés en esos mercados concretos. La dificultad radicaba en que esas tasas de mercado no se publicaban ni había un registro de ellas, de manera que para probarlas tenían que ser objeto de determinación mediante expertos.

Lo mismo podía ocurrir en el mercado de venta a crédito de vehículos, aunque allí lo más frecuente era el financiamiento a través del llamado plan menor, que no era otra cosa que la venta de automóviles a plazos con reserva de dominio, créditos estos que eran cedidos por los concesionarios automotrices vendedores de vehículos a la banca comercial, que por su parte aplicaba a los compradores finales las tasas de interés del sector bancario fijadas por el BCV.

No parece pues desproporcionado ni poco razonable pensar que las tasas bancarias de interés fijadas por el BCV son tasas de interés del mercado del dinero, que aunque son aplicables a los bancos e instituciones financieras, bien podría resultar conveniente tomarlas en la contratación mercantil como tasas corrientes de mercado, a falta de otras tasas de interés corriente que puedan determinarse en otros mercados específicos y que resulten más apropiadas. Pensamos que al menos no cabría sostener que el uso de las tasas bancarias de interés en el sector comercial constituya usura en los términos legalmente definidos, pues no habría una prestación que implique una ventaja

o beneficio notoriamente desproporcionado, en atención a las circunstancias en que se realiza la operación, ni sobrepasaría el límite marcado por el artículo 1.746 del Código Civil, esto es, el exceso en una mitad del interés corriente.

Cabe aquí citar una sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 5-2-2002 que declaró sin lugar un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto en mayo de 2000 contra los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio. Los recurrentes alegaban que por un lado las entidades financieras estaban autorizadas para cobrar tasas de interés fijadas por el BCV mientras que para el resto de las personas se aplicaban los límites establecidos en las normas impugnadas para el cobro de intereses, creándose así una odiosa discriminación e impidiéndosele al común de las personas la posibilidad de lucrarse con los mismos intereses que las entidades financieras.

La Sala en su decisión cita en su apoyo y ratifica el criterio de la sentencia SPA 1981, de que los intereses fijados por el BCV al sector financiero o bancario no están sujetos a las limitaciones de los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio, pero asienta que ello no constituye discriminación ni desigualdad inconstitucional alguna puesto que no se está en presencia de soluciones distintas para casos iguales, simplemente porque no se trata de casos o supuestos iguales.

Esta sentencia señala, sobre el interés corriente, que se refiere a una tasa promedio de interés que se genera en la moneda correspondiente, esto es, la tasa que usualmente se cobra en el sitio donde deba realizarse el pago de la obligación, y que se fija de acuerdo a los niveles de variación en las tasas de interés en el mercado, tomándose para ello, al menos en Venezuela, los efectos de los préstamos quirografarios a 90 días de la banca comercial (tasa activa), el nivel de oferta de dinero en el mercado, el nivel del producto, el nivel de tasas de cambio, la rentabilidad de la empresa y los controles directos o indirectos impuestos por el Estado, mediante la política bancaria del BCV.

Como puede verse, esta sentencia parece ser del criterio de que el interés corriente al que se refieren los antes mencionados artículos 1.746 y 108, puede ser la tasa activa para préstamos bancarios a 90 días.

V. Tasa de interés y moneda (currency) de la obligación pecuniaria

No ofrece dudas que en Venezuela la tasa de interés legal, tanto civil como mercantil, entendida como aquella aplicable por mandato legal en ausencia de tasa de interés convencional pactada, se aplica a cantidades de dinero en moneda de curso legal, es decir, cantidades en bolívares. De manera que la tasa legal en materia civil, el 3%, es aplicable a cantidades expresadas en bolívares. Igual ocurre con el 12% como tasa de interés legal máxima en materia mercantil, es aplicable a cantidades expresadas en bolívares.

Ahora bien, cuando se trata de sumas de dinero en moneda extranjera, no les resulta aplicable una tasa de interés estructurada para obligaciones en bolívares. Como nos explica Rodner, toda obligación de dinero está cifrada en una moneda determinada; hay obligaciones de dinero cifradas en bolívares, dólares, yenes, etc. Los intereses que se generan y pagan sobre una obligación pecuniaria están por definición relacionados con la moneda en la cual está denominada la obligación, básicamente por 2 principios, el de igualdad genérica, bajo el cual la obligación de pago de intereses se debe exactamente en la misma moneda de la obligación principal, y el de uso de la ley de la moneda en la cual está cifrada la operación.

Sostiene Rodner que si se va a aplicar una tasa de interés legal, debe ser aquella establecida en la ley donde la moneda correspondiente tiene curso legal, aunque los límites en materia de usura deben corresponder a los del lugar del pago, que normalmente coincide con la ley de la moneda.⁴⁰

En línea con lo anterior, la doctrina en materia de intereses en el arbitraje internacional señala que varios factores son relevantes en la determinación de la tasa de interés comercial: la oferta y demanda de fondos en el mercado, el nivel de inflación y la moneda o *currency* de que se trate. Un buen ejemplo es la famosa tasa LIBOR, de uso frecuente en el comercio internacional, que contempla distintas tasas dependiendo de la moneda de que se trate, lo que permite concluir que, al menos en sentido económico comercial, cada moneda tiene sus tasas de interés, que atienden a sus respectivas características, condiciones de mercado y demás variables relevantes.⁴¹

En Venezuela la situación no es distinta. Por un lado es notorio que se ha dado el fenómeno de la dolarización *de facto* de las operaciones y transacciones comerciales, donde el uso del dólar de los Estados Unidos de América es frecuente, no sólo como medio de pago sino también como moneda de referencia, de cuenta o de cálculo en la determinación de precios y valores.

Esta dolarización se viene dando también en los préstamos bancarios indexados con base en la variación de la tasa de cambio del dólar. En efecto, como vimos más arriba, desde el año 2019 los préstamos bancarios se vienen expresando en la antes referida Unidad de Valor de Crédito UVC, calculada dividiendo el monto en bolívares del crédito otorgado a ser liquidado, entre el Índice de Inversión vigente para dicha fecha, determinado por el BCV con base en la variación del tipo de cambio bolívar/dólar.

⁴⁰ James Otis Rodner, *El Dinero, Obligaciones de Dinero y de Valor, la Inflación y la Deuda en Moneda Extranjera*, 549, 550

⁴¹ Hay una tasa LIBOR distinta para el dólar americano, la libra británica, el euro, el yen japonés, el franco suizo. Lo mismo ocurre con las monedas de los países BRIC, el real brasileño, el rublo ruso, la rupia india y el renminbi chino. Ver, Matthew Secomb, *Interest in International Arbitration* (Oxford University Press, Reino Unido, 2019) 21-23

Los préstamos bancarios al expresarse en UVC han sido en la práctica dolarizados, o al menos indexados al dólar, aunque se liquidan y se pagan en bolívares al tipo de cambio del día de la liquidación y del pago.

Siguiendo el principio de que los intereses están por definición relacionados con la moneda de que se trate, el BCV viene fijando tasas de interés para préstamos bancarios expresados en UVC, que son distintas a las tasas activas de interés para préstamos en bolívares. En la tabla de amortización del préstamo expresado en UVC los intereses se aplican a los saldos de capital expresados en UVC y no a saldos de su equivalente en bolívares.

En definitiva, la tasa de interés fijada por el BCV para préstamos expresados en UVC coexiste con las tasas de interés promedio ponderadas de los bancos para préstamos en bolívares no expresados en UVC, y que también publica el BCV.

La fijación de tasas de interés es un asunto esencialmente económico que escapa de nuestra especialidad y del objeto del presente trabajo. Sin embargo, lo que está a la vista es que la tasa de interés para préstamos expresados en UVC, es muy distinta a la aplicable a cantidades en bolívares, precisamente porque la tasa de interés se estructura atendiendo a las condiciones financieras y de mercado de cada moneda. Prueba de ello es que en Venezuela la tasa de interés máxima vigente desde marzo 2022 fijada por el BCV para préstamos bancarios expresados en UVC es de 16%, mientras que la tasa activa promedio ponderada de los bancos para préstamos en bolívares publicada por el BCV entre enero y julio 2023 era considerablemente más alta, de 55,86%, 50,81%, 50,48, 52,40%, 46,43%, 47,39 y 48,99% respectivamente. Otro ejemplo es la tasa de interés máxima fijada para agosto 2023 por el BCV para obligaciones derivadas de la relación de trabajo, que fue de 55,78% y para operaciones con tarjeta de crédito, de 60%. Esto evidencia la diferencia de tasas de interés dependiendo de la moneda de que se trate.

En todo caso, lo que aquí nos interesa destacar es que no vemos impedimento para que la tasa de interés máxima fijada por el BCV para préstamos bancarios expresados en UVC pueda servir como interés corriente de mercado aplicable a cantidades en dólares en Venezuela, sin que ello configure una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado, que pueda catalogarse de usura.

CONCLUSIONES

1) El régimen de fijación de tasas de interés y sus límites en los sectores financiero o bancario, comercial y civil, que fue explicado en la sentencia SPA 1981, es esencialmente el mismo a la presente fecha.

2) En el sector financiero las tasas de interés son aquellas fijadas por el BCV para la banca, sin estar sometidas a los límites establecidos en la legislación para el sector comercial y civil. Este criterio asentado en la sentencia SPA 1981 puso punto final a la discusión sobre el asunto y prevalece hoy en día.

3) En el sector comercial el interés legal a falta de convención entre las partes, es el establecido en el artículo 108 del Código de Comercio. Esto no impide que en casos específicos como el de la letra de cambio, el interés legal a falta de convención sea el establecido en el artículo 414 del Código de Comercio.

4) El interés convencional en materia mercantil, a falta de norma mercantil expresa, tiene como límites lo establecido en el artículo 1.746 del Código Civil, esto es, (i) el exceso en una mitad al que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención, (ii) siempre que no lo hubiere limitado la Ley, esto es, el Ejecutivo Nacional o el BCV en ejercicio de sus facultades legales consagradas en la legislación de protección al consumidor y en la legislación de precios justos, y (iii) el 12% anual sólo en caso de préstamos de dinero garantizados con hipoteca, siendo abusiva su aplicación a cualquier otro contrato mercantil productor de intereses, aunque esté garantizado con hipoteca. Constituye delito de usura la fijación de intereses en exceso de dichos límites.

5) En el sector civil no comercial, el interés legal y el interés convencional son los contemplados en el artículo 1.746 del Código Civil. El interés convencional civil también tiene como límites lo establecido en el artículo 1.746, y la fijación de intereses en exceso de dichos límites constituye delito de usura.

6) El Decreto-Ley 247 sobre Represión de la Usura fue parcial y tácitamente derogado por la LPC de 1974, que todavía remitía la sanción del delito de usura al Decreto-Ley 247. Posteriormente quedó totalmente derogado con la LPC de 1992 a partir de la cual comenzó a contemplarse la sanción del delito de usura. La usura viene siendo definida y sancionada en la legislación de protección al consumidor y de precios justos y actualmente en la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

7) El artículo 108 del Código de Comercio, el artículo 1.746 del Código Civil, hablan respectivamente del interés corriente en el mercado y del interés corriente al tiempo de la convención; el artículo 529 del Código de Comercio habla del interés corriente en la plaza de manera que la referencia al interés corriente es común en toda estas normas. Además cuando el Ejecutivo Nacional ha establecido tasas máximas de interés para las operaciones de venta a crédito de bienes y servicios o de financiamiento para dichas operaciones, ha fijado el límite en la tasa activa prevaleciente en el mercado más 6% anual de comisión máxima, o la tasa de interés activa anual que fije el BCV para las operaciones de crédito que realicen las instituciones bancarias, más 2 ½% anual de comisión máxima. Esto sugiere la idea de que la tasa activa bancaria podría

considerarse una tasa corriente del mercado, lo cual luce razonable, pues las tasas de interés de la banca son sin duda tasas del mercado del dinero.

8) Las tasas de interés se estructuran y aplican atendiendo a la moneda (*currency*) de que se trate, dependiendo de sus respectivas características, condiciones de mercado y demás variables relevantes. Este aspecto esencialmente económico, es considerado también en Venezuela, donde el BCV determina tasas de interés diferenciales aplicables a préstamos bancarios en bolívares y aplicables a préstamos bancarios expresados en UVC, es decir, indexados al dólar.

BIBLIOGRAFÍA

- Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 22 Volumen II (Ediar Editores, Buenos Aires, 1959)
- Borjas, Leopoldo, Régimen Legal de los Intereses, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988)
- Documentos Relacionados con la Demanda de Nulidad de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en Materia de Tasas de Interés, Banco Central de Venezuela, Colección histórico-económica venezolana, Volumen XXII, Caracas, 1986
- Goldschmidt, Roberto *Curso de Derecho Mercantil*, corregido y ampliado por el autor y actualizado por el profesor Víctor Pulido Méndez (Ediar Venezolana SRL, Caracas, 1979)
- Goldschmidt, Roberto *Curso de Derecho Mercantil*, actualizado por María Auxiliadora Pizani Ricci (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012)
- Govea, Luis Guillermo Mitos y Realidades de los Intereses Convencionales Usurarios, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988)
- Kummerow, Gert *Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano* (Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1964)
- Mainar, Bernad *Derecho Civil Patrimonial, Obligaciones*, Tomo I (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012)
- Mainar, Bernad *Contratación Civil en el Derecho Venezolano* Tomo II (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012)
- Melich Orsini, José Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales, en *Revista de Derecho Público No. 9*, enero-marzo 1982 (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982)
- Mezgravis, Andrés Inexistencia de Límites Cuantitativos Legales en los Intereses Mercantiles, en *Revista de Derecho Privado*, No. 7-2 (Vadell Hermanos, Caracas, 1990)
- Muci-Abraham, José Límites Cuantitativos de los Intereses, Apostillas a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa el 19 de febrero de 1981, en *Revista de Derecho Público No. 9*, enero marzo 1982 (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982)

-
- Muci-Abraham, José Aspectos del Régimen de los intereses financieros, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* No. 74 (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990)
- Páez Pumar, Oswaldo, *Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados* (Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía, Caracas, 2003, <https://www.menpa.com/publicaciones>)
- Pulido Méndez, Víctor Los Intereses Moratorios, Correspectivos y Compensatorios en el Derecho Venezolano Vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, en *Los Intereses y la Usura, Estudios Jurídicos* (Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1988)
- Rengel Núñez, Pedro, Arbitraje de Inversión y los Casos Venezolanos, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2022)
- Rodner, James Otis *El Dinero, Obligaciones de Dinero y de Valor, la Inflación y la Deuda en Moneda Extranjera*, 2da edición (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005)
- Rodríguez Durán, Gerson Evolución del Registro Mercantil hasta el Código de Comercio de 1.904, en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1.904*, Tomo I (Academia De Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005)
- Secomb, Matthew *Interest in International Arbitration* (Oxford University Press, Reino Unido, 2019)

Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 217-245

Resumen: La corrupción es un problema intemporal, que no conoce fronteras, y que, si bien no existe una acción única que sea lo suficientemente contundente como para acabar con este flagelo, resulta indispensable entender que la lucha contra la corrupción es una labor que debe emprenderse de manera conjunta desde el Estado, sector privado, escuelas, universidades y el hogar, y que cada acción contribuye positivamente para mitigar el riesgo. En el presente trabajo se proponen mecanismos para la prevención de la corrupción en la contratación mercantil, desde la óptica del Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo.

Palabras claves: Corrupción, Compliance, Buen Gobierno Corporativo.

Proposals for mitigating the risk of corruption in commercial contracting from Compliance

Abstract: Corruption is a timeless problem that knows no borders, and although there is no single action that is forceful enough to put an end to this scourge, it is essential to understand that the fight against corruption is a task that must be undertaken jointly from the State, private sector, schools, universities, and the home and that each action contributes positively to mitigate the risk. In this work, mechanisms are proposed for the prevention of corruption in commercial contracting, from the perspective of Corporate Compliance and Good Corporate Governance.

Keywords: Corruption, Compliance, Good Corporate Governance.

Recibido: 20/10/2023

Aprobado: 16/11/2023

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

Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 217-245

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Importancia de combatir la corrupción. 2. La relación entre corrupción y contratación mercantil. 3. Recomendaciones desde el Corporate Compliance y Buen Gobierno Corporativo. 3.1. Código de Conducta. 3.2. Implementación de un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción. 3.3. Política anticorrupción. 3.4. Adecuado manejo de los conflictos de interés. 3.5. Procedimientos de debida diligencia. 3.6. Cláusulas que se recomiendan incluir en el contrato. 3.7. Línea para denuncias interna. 3.8. Tono de la alta dirección. 3.9. Entrenamientos. 3.10. Supervisión y control. 3.11. Otras políticas.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la corrupción ha sido definida como “*el fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa*”¹. Así, en sentido amplio, los actos de corrupción se definen como “*aquellos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber posicional o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, y con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio extra-posicional*”². Sin embargo,

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

¹ Pasquino, Gianfranco. “Corrupción”, en Norberto BOBBIO (coord.), *Diccionario de Ciencia Política*. México, Siglo XXI editores, 1988, pp. 438-440

² Demetrio, C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003, p. 49.

para autores como el profesor Carlos Simón Bello Rengifo, no es nada fácil en el mundo contemporáneo alcanzar una definición universal de la corrupción como un “macro concepto”³.

Si bien la definición de corrupción se aplica generalmente al ámbito público, es posible afirmar que la corrupción es también una realidad en el medio privado⁴. No obstante, hay sectores que consideran que la corrupción privada tiene una menor connotación social que la corrupción pública, debido a que es menos atractiva para los medios de comunicación y para la industria política; y, desde una perspectiva científica, se postula que para fines de análisis no debe mezclarse con la corrupción pública⁵.

Independientemente de que sea pública o privada, la corrupción es un acto reprochable, no ético, que, entre otras cosas, socava la confianza, obstaculiza el crecimiento económico, fomenta desigualdad, y puede afectar en todos los aspectos de la vida a las personas, razón por la cual es necesario rechazarla en todas sus formas y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad tanto en el sector público como en el privado.

Las convenciones internacionales utilizan el soborno como el acto principal de corrupción⁶, pero hay muchas formas para su realización. El Consejo de Europa⁷ y la Convención de las Naciones Unidas⁸ exigen a sus signatarios que tipifiquen como delito el “ofrecer”, “prometer” y “dar” un soborno. Son tres conductas que representan comportamientos corrosivos que deben prohibirse y castigarse en cualquiera de sus modalidades⁹.

En todo caso, los antecedentes de la corrupción se pierden en el tiempo. La historia ha demostrado que la corrupción existe prácticamente desde el mismo momento en que el hombre comenzó a poblar la Tierra. Por ejemplo, la Biblia señala como los filisteos corrompieron con dinero a Dalila, la concubina de Sansón, a fin de que lo traicionara y les hiciera saber la explicación de su extraordinaria fuerza; los grandes

³ Bello Rengifo, Carlos Simón. *Corrupción administrativa*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, 2022. p. 43-44.

⁴ Pacheco Gómez, M., “Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública”. *Revista de Ciencia Política* 18. P. U. Católica de Chile, 1996, pp. 37-38.

⁵ Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994, p. 21.

⁶ Henning, Peter, “Public corruption: comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001, p. 825.

⁷ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

⁸ Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

⁹ Villegas Ruíz, Jesús A. “Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa”. *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas. 2022. p. 297.

filósofos Platón, Sócrates y Aristóteles manifestaron su preocupación por los conceptos de justicia y moral; y no cabe dudas de que la corrupción fue un hecho relevante en la Roma de los Césares y en la Revolución Francesa¹⁰.

El Libertador Simón Bolívar el 12 de enero de 1824, decretó la pena de muerte para todos los funcionarios públicos que malversaran o tomaran para sí parte de los fondos de la nación, medida que justificó al considerar que la corrupción era “*una de las principales causas de los desastres en que se ha visto envuelta la República*” y que “*el único medio de extirpar radicalmente este desorden es dictar medidas fuertes y extraordinarias*”.

Lamentablemente en la historia reciente el problema persiste y la mayoría de los países de Latinoamérica se caracterizan por ser percibidos como altamente corruptos. Venezuela no escapa de esta terrible realidad. Así lo demuestra el índice que mide la percepción de corrupción que Transparencia Internacional publica anualmente. De acuerdo con el índice correspondiente al año 2022, Venezuela¹¹ ocupa el puesto 177 de 180 con un puntaje de 14/100.

Por otro lado, siguen siendo frecuentes los graves escándalos corporativos por corrupción, como Siemens¹², Walmart¹³, Volkswagen¹⁴, FIFA¹⁵, o, el caso Odebrecht¹⁶, este último ha generado situaciones verdaderamente devastadoras en muchos de los países en donde la empresa llegó a tener un contrato, vale decir que dicha empresa se declaró culpable en diciembre 2016, y acordó pagar una multa total de al menos US\$ 3.500 millones, para resolver cargos con autoridades en Estados Unidos, Brasil y Suiza, por haber pagado cientos de millones de dólares en sobornos a funcionarios gubernamentales de todo el mundo, se trata de la multa más alta hasta ahora conocida en toda la historia de la lucha contra la corrupción.

¹⁰ Orlando, Freddy J. “Contribución al estudio de la legislación venezolana dirigida a sancionar los hechos de corrupción”. Universidad Central de Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2011, p. 34.

¹¹ <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/ven>

¹² La empresa alemana realizó, entre 2001 y 2007, 4.283 pagos ilegales a funcionarios de Bangladesh, China, Venezuela, México, Rusia, Vietnam, Nigeria y Argentina, para obtener contratos públicos. Siemens pagó una multa de US\$450 millones. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>

¹³ En diciembre de 2012, el diario The New York Times publicó que se habrían identificado alrededor de 19 sitios en México donde presuntamente Walmart habría realizado sobornos para su expansión.

¹⁴ La empresa admitió haber instalado un artefacto capaz de evadir los controles de emisiones de dióxido de carbono y óxidos de nitrógeno en 11 millones de vehículos en todo el mundo. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104_internacional_estados_unidos_demanda_volkswagen_ppb

¹⁵ Entre 1991 y 2015, altos ejecutivos de la FIFA abusaron de sus cargos de confianza para el beneficio personal mediante el pago sistemático de sobornos. En conjunto, a los directivos imputados se les acusó de conspiración para solicitar y recibir más de US\$150 millones en sobornos a cambio de su respaldo oficial a los ejecutivos de marketing deportivo que acordaron hacer los pagos ilegales. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150527_deportes_acusaciones_corrupcion_directivos_fifa_bd

¹⁶ <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>

Venezuela por supuesto no ha sido una excepción en lo que a escándalos por corrupción se refiere, siendo los casos más emblemáticos de los últimos años: Fondo Chino y reventa de bonos argentinos, CADIVI (Comisión de Administración de Divisas), PDVAL alimentos vencidos y desviados, Fondos comunales, Guido Antonini Wilson e importaciones argentinas, Plan Bolívar 2000, Central Azucarero Ezequiel Zamora, Makled y narcotráfico, Notas Estructuradas¹⁷, y más recientemente el caso de corrupción en PDVSA¹⁸.

La corrupción puede presentarse en distintos ámbitos, y la contratación mercantil internacional no escapa de ello, especialmente se presenta debido a problemas relacionados con la contratación irregular de proveedores (usualmente por parte de empleados poco éticos) para favorecer intereses particulares, como consecuencia de la ausencia (o incumplimiento) de los mecanismos de debida diligencia para la selección de contratistas y proveedores.

En lo que respecta a la contratación pública, en la mayoría de los países, el acto corrupto usualmente constituye incumplimientos de la legislación sobre contratos públicos, especialmente por tratarse de contrataciones innecesarias, o que implican un despilfarro de los recursos públicos.

En este sentido, es posible afirmar que la corrupción es un problema intemporal, que no conoce fronteras, y que, si bien no existe una acción única que sea lo suficientemente contundente como para acabar con este flagelo, resulta indispensable entender que la lucha contra la corrupción es una labor que debe emprenderse de manera conjunta desde el Estado, sector privado, escuelas, universidades y el hogar, y que cada acción contribuye positivamente para mitigar el riesgo.

En el presente trabajo se propondrán mecanismos para la prevención de la corrupción en la contratación mercantil, desde la óptica del Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo.

1. Importancia de combatir la corrupción

Son múltiples los motivos que justifican la inversión de tiempo y recursos para combatir el terrible flagelo de la corrupción, desde motivaciones de índole económica, social hasta moral, y que dependiendo de las características propias del país del que se trate, y de la forma que adopte la corrupción, unas tendrán más peso que otras, pero al final, no habrá dudas sobre la imperiosa necesidad de erradicar este terrible mal que azota a nuestras sociedades desde que el hombre empezó a poblar estas tierras.

¹⁷ Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela”. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 5/2015

¹⁸ <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/29/fiscalia-venezuela-imputa-23-personas-tramas-corrupcion-pdvsa-orix/>

Jim Yong Kim, Presidente del Banco Mundial, señaló:

*“Cada dólar que un funcionario corrupto o un empresario corrupto le pone en su bolsillo, es un dólar robado a una mujer embarazada que necesita atención médica; o a una niña o niño que merece educación; o a las comunidades que necesitan agua, carreteras y escuelas.”*¹⁹

En efecto, entre las varias formas que puede adoptar la corrupción quizás la más dañina es aquella que se presenta cuando los funcionarios públicos que tienen bajo su responsabilidad la administración de fondos públicos, desvían tales recursos para favorecer intereses particulares a cambio de sobornos.

Al luchar contra la corrupción se genera una cadena de efectos positivos, tales como:

- **Se fomenta la transparencia.** Cuando las instituciones son transparentes en sus operaciones, los ciudadanos y los inversores pueden confiar en ellas. La transparencia también hace que sea más difícil para los funcionarios corruptos desviar los recursos para su beneficio personal.
- **Promueve la rendición de cuentas.** La lucha contra la corrupción fomenta la rendición de cuentas por parte de los funcionarios y las instituciones que manejan los recursos públicos. La rendición de cuentas puede prevenir el mal uso de los recursos al obligar a los individuos a justificar sus decisiones y acciones.
- **Mejora la eficiencia.** La corrupción conduce a una utilización ineficiente de los recursos, ya que los funcionarios corruptos priorizan sus intereses personales en lugar de los intereses del colectivo. La lucha contra la corrupción puede ayudar a garantizar que los recursos se utilicen de manera eficiente y efectiva.
- **Incrementa la confianza.** Cuando los ciudadanos y los inversores confían en las instituciones públicas, es más probable que estén dispuestos a invertir y contribuir a la economía. La lucha contra la corrupción puede ayudar a construir la confianza y aumentar la inversión local y extranjera en el país.

Todo esto contribuye al adecuado uso de los recursos, ya que ayuda a garantizar que estos se utilicen para beneficio del colectivo y no para el beneficio personal de individuos corruptos, y esto repercute positivamente con el objetivo de alcanzar la paz social, ya que los ciudadanos verían satisfechas sus necesidades por parte de las instituciones públicas. A título de ejemplo se mencionarán a continuación otros motivos que justifican la lucha contra la corrupción:

¹⁹ <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>

- **Disminuye la impunidad.** Cuando hay corrupción en un país o en una organización, se crea un ambiente de impunidad, donde los individuos corruptos no son castigados por sus acciones. Esto puede llevar a una mayor corrupción, ya que los individuos ven que pueden obtener ganancias sin consecuencias.

La corrupción también se presenta cuando fiscales, cuerpos policiales, jueces y magistrados impulsados por favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa deciden no cumplir con sus labores, permitiendo que delitos como la corrupción sigan ocurriendo, generándose un entorno de impunidad.

La impunidad es un flagelo que debilita la confianza en las instituciones públicas, viola los derechos humanos y atenta contra la democracia. Claudio Nash señala que cuando no se toman medidas para combatir la corrupción se va configurando un contexto de impunidad que fomenta la repetición de los actos ilícitos²⁰.

Empíricamente, se puede demostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) también tienen un registro pobre de protección de los derechos humanos²¹, por lo cual, es posible afirmar que existe una estrecha relación entre corrupción, impunidad y violación de los derechos humanos²².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la falta de investigación y sanción de las vulneraciones de derechos humanos genera impunidad y esta, a su vez, perpetúa los actos de corrupción²³, impactando directamente el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Cuando la corrupción logra avanzar y se infiltra profundamente en las estructuras del Poder Judicial, Ministerio Público y organismos policiales, es un síntoma de que en ese país el Estado de Derecho está gravemente comprometido. Es por ello que es necesario emprender acciones inmediatas para evitar que luego sea más complejo revertir la situación.

La disminución de la impunidad puede lograrse a través de medidas como el fortalecimiento de las instituciones judiciales, la creación de leyes y regulaciones que castiguen la corrupción, la implementación de mecanismos de control y monitoreo de los recursos públicos y privados, entre otras.

²⁰ Nash, Claudio. "Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias" en "Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos." Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 33

²¹ Peters, Anne. "Corrupción y derechos humanos" en "Impacto de la corrupción en los derechos humanos", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 24

²² Tablante, Carlos. "Impacto de la corrupción en Venezuela" en "Impacto de la corrupción en los derechos humanos", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 176

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción. 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>

- **Rompe las barreras que la corrupción crea al comercio internacional.** La corrupción, entre otras cosas, impone barreras al comercio internacional, incrementa los costos y los precios de los bienes y servicios; pudiendo inclusive, provocar crisis políticas internacionales²⁴. Además, las empresas corruptas pueden obtener ventajas indebidas en los procesos de licitación y adjudicación de contratos, lo que también reduce la competencia.

En un mundo globalizado las empresas están continuamente interactuando con la administración pública, y resulta una verdadera barrera el hecho de que en determinados lugares se consigan con funcionarios públicos corruptos.

Supongamos que en un puerto se sabe que los funcionarios están exigiendo soborno a las empresas para poder nacionalizar sus productos, la consecuencia será que las empresas redireccionen sus cargas a otro puerto, provocando para el país o localidad: menos ingresos por impuestos, disminución de oferta de bienes y servicios, menos puestos de trabajo, etc., y a su vez para la empresa se genera: incremento de costos operativos, ya que tendrá que pagar más flete porque ahora debe ir a un puerto más lejano, menos ingresos, porque ya no vende en esa localidad, pérdida de *share* de mercado, ahora el producto debe venderlo a un precio más costoso, etc.

Es decir, todos pierden por culpa de un grupo de funcionarios públicos que, por su egoísmo, ahuyentan a los empresarios, se genera pobreza y atraso, en vez de contribuir con la producción de riqueza y prosperidad.

La corrupción en general trae graves consecuencias en los mercados, especialmente en los mercados financieros y de capitales, al generar desconfianza y falta de credibilidad²⁵. Es por ello que combatir la corrupción puede mejorar la percepción del país en el extranjero, lo que puede aumentar la confianza de los inversores y mejorar la reputación del país como un lugar seguro y transparente para hacer negocios.

- **Fortalece la estabilidad política y la calidad democrática.** Según el abogado español Antonio Garrigues Walker, la corrupción no es únicamente “*un tema moral, sino que afecta a la estabilidad política, a la calidad democrática e, incluso, a la eficacia económica*”²⁶.

²⁴ Demetrio C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003, p. 49.

Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994, p. 46.

²⁵ Reos, Orlando. “Efectos económicos de la corrupción”. Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, pp. 4-5.

²⁶ La corrupción afecta “a la estabilidad política, la calidad democrática y la economía”. (2013, Diciembre 17). Europapress. Recuperado de <https://www.europapress.es/aragon/noticia-antonio-garrigues-advierde-corrupcion-afecta-estabilidad-politica-calidad-democratica-economia-20131203123418.html>

La corrupción socava la estabilidad política y la calidad democrática al erosionar la confianza del público en las instituciones gubernamentales y en los líderes políticos. Cuando los ciudadanos perciben que los políticos y los funcionarios públicos están más interesados en enriquecerse a sí mismos que en servir a los intereses públicos, pueden sentirse desanimados y desconectados del proceso político.

La corrupción también puede aumentar la polarización política y debilitar la confianza en las instituciones democráticas. Cuando algunos grupos tienen un acceso desproporcionado al poder político o económico debido a su capacidad para sobornar o influir en los funcionarios públicos, otros grupos pueden sentirse excluidos y marginados. Esto puede llevar a la polarización política, la desigualdad y la inestabilidad social.

Tal y como lo ha señalado María Fernanda Boudi, la corrupción transfiere recursos públicos a manos privadas, lo cual usualmente ocasiona que los ciudadanos tengan servicios públicos menos eficientes y de baja calidad. Además, indica la citada autora, que se ha demostrado que la corrupción tiene un efecto negativo en la democracia, a través de la erosión de la confianza de los ciudadanos en la legitimidad del sector público, y que existe una creciente apreciación de los efectos corrosivos de la corrupción en el desarrollo económico y de cómo la corrupción impide la consolidación de una gobernabilidad democrática²⁷.

Combatir la corrupción puede aumentar la confianza del público en las instituciones democráticas y en los líderes políticos, contribuye a mejorar la estabilidad política y reducir la polarización. La lucha contra la corrupción también puede aumentar la participación ciudadana, lo que puede ayudar a fortalecer la calidad democrática al involucrar a más personas en el proceso político y en la toma de decisiones.

En resumen, combatir la corrupción es esencial para fortalecer la estabilidad política y la calidad democrática. Al mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, se puede aumentar la confianza del público en las instituciones democráticas y en los líderes políticos, lo que puede reducir la polarización política y mejorar la estabilidad política y social.

Tal y como señala Román J. Duque Corredor, *“una verdadera democracia no existe si “la corrupción de los pueblos nace de la indulgencia de los Tribunales y de la impunidad de los delitos”, y porque “la destrucción de la moral pública causa bien pronto la disolución del Estado”, según el certero pensamiento del libertador simón Bolívar”*²⁸.

²⁷ Boudi, María Fernanda. “Gobernabilidad y Corrupción en Venezuela” (Cultura política, gobernabilidad y democracia en Venezuela, 2008). Vanderbilt University. EEUU. Barómetro de las Américas. 2008. p. 48

²⁸ Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina... p. 248.

2. La relación entre corrupción y contratación mercantil

Los contratos son considerados como la más importante fuente de las obligaciones mercantiles, ya que son fundamentales para generar seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Sin embargo, en ocasiones son utilizados para simular negocios jurídicos cuando, en realidad, las partes tienen una intención corrupta. No importa si se trata de un contrato privado o público, si las partes cotizan en bolsa o si desarrollan una actividad altamente regulada, tampoco es relevante el tamaño de la empresa, porque, a mayor o menor medida el riesgo de corrupción siempre estará latente.

La profesora Claudia Madrid Martínez²⁹ ha señalado que es importante distinguir entre los contratos de corrupción y los contratos por corrupción. Esta distinción facilitará la identificación de acciones necesarias para prevenir el riesgo de corrupción. Dicha distinción nos lleva a la conclusión de que el contrato es el medio utilizado para ejecutar los actos corruptos.

Primero, debemos recordar que no existe una teoría general de las obligaciones y de los contratos mercantiles distinta a la contenida en el Código Civil y formulada con carácter general no sólo para el derecho privado, sino también para el derecho público, y que, no existe un concepto de obligación y de contrato distinto al único formulado por el derecho civil, por lo que, tendrá plena aplicación en el derecho mercantil la definición de contrato recogido por el artículo 1.133 del Código Civil, según el cual, el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

Sin embargo, el Código Civil también señala los requisitos para la existencia y para la validez de los contratos, los primeros, regulados en el artículo 1.141 y circunscritos al consentimiento, objeto y la causa, y los segundos, están establecidos en el artículo 1.142 *ejusdem* y son: la capacidad para contratar y la ausencia de vicios del consentimiento de los contratantes. De tal manera que, debemos preguntarnos, ¿son los contratos de corrupción y los contratos por corrupción, verdaderamente contratos?

Los contratos de corrupción, son los acuerdos que tienen por objeto el pago de una cantidad para obtener una ventaja indebida, es decir, viene a ser el contrato de soborno propiamente dicho, que por sus propias características y de conformidad con la legislación venezolana, deben ser tratados como un contrato nulo debido a la ilicitud en su objeto y causa, y por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres.

²⁹ Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la contratación internacional”. Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 18, número 36, enero-junio de 2023.

Señala la profesora Madrid Martínez³⁰ que para evitar la imposibilidad de hacer valer tales acuerdos ante los tribunales, se suele recurrir a la práctica de disfrazar u ocultar la ilegalidad que los caracteriza, ejemplo de ello es el uso del contrato de consultoría con intermediarios como fachada al contrato de corrupción, el pago de comisiones, el incremento del precio originalmente pactado, etc.

En cambio, los contratos por corrupción son aquellos cuya celebración ha sido precedida por actos de corrupción que, se han llevado a cabo, precisamente para que este contrato pueda perfeccionarse. Para Madrid Martínez³¹, se trata de un contrato que, en principio no adolece de vicio alguno, pero, se pregunta si los actos de corrupción que lo han precedido alcanzan a contaminarlo, concluyendo que, de acuerdo con la doctrina venezolana en este tipo de contratos la ilicitud del acto de corrupción contamina la causa y el objeto, y también se considera que es un contrato contrario a las buenas costumbres.

Si bien es posible que los accionistas y/o la alta gerencia de una empresa pueden ser cómplices del delito de corrupción, también existe la posibilidad de que sean los mandos medios los únicos responsables, o solo parte de los accionistas o de los miembros de la junta directiva quienes estén involucrados en el acto corrupto.

En este sentido, desde el Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo, se han formulado algunas recomendaciones para prevenir la comisión del delito en todos los niveles de la organización, sea en la fase de selección del contratista o proveedor, en la fase precontractual, en la fase de formación del contrato o en la ejecución contractual propiamente dicha.

3. Recomendaciones desde el Corporate Compliance y Buen Gobierno Corporativo

El término anglosajón “*Corporate Compliance*”, también conocido como “*Compliance Empresarial*”, o “*Cumplimiento Empresarial*”, es utilizado para identificar al conjunto de acciones preventivas ejercidas por la empresa, que procuran garantizar que esta, sus accionistas, directivos, gerentes, empleados y agentes vinculados, cumplan con la normativa aplicable y ejecuten sus actividades con ética³².

³⁰ Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la...”

³¹ Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la... *op cit*”

³² Castagnino, Diego Thomás. “Una aproximación al concepto de Corporate Compliance”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 3. Caracas. 2019.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en 2005 en su documento “*Compliance and the Compliance Function in Banks*”³³, definió el riesgo del Compliance como el riesgo de que: “(...) una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdidas en su reputación como resultado del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad”.

El Corporate Compliance se presenta como un sistema, dentro del cual se encuentran instituciones que se interrelacionan entre sí, todas con propósitos similares, pero con perspectivas puntuales en sus campos de acción. Así, en el sistema podemos encontrar al Buen Gobierno Corporativo, a la Responsabilidad Social Empresarial, al Cumplimiento Normativo y a la Ética.

El Gobierno Corporativo tiene especial importancia en el ámbito societario. La definición tradicional de Gobierno Corporativo es la que propuso la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos³⁴ (OCDE) en abril de 1999: “*El gobierno corporativo es el sistema por el cual las corporaciones comerciales son dirigidas y controladas*”.

En la actualidad podemos distinguir entre el Gobierno Corporativo externo o institucional, que es aquel impuesto desde fuera por el sistema jurídico y por la red de instituciones de un determinado país, del Gobierno Corporativo interno o contractual, entendido como el que es asumido voluntariamente desde dentro por cada empresa.

El Buen Gobierno Corporativo clásicamente se ha implementado mediante dos modelos, uno, centrado en los accionistas, en el que se pretende encontrar los medios adecuados para garantizar el retorno de la inversión a quienes suministran capital, y el segundo, a través de un modelo centrado en los grupos de interés, en el que se aboga por un mecanismo que garantice una conducta correcta de la administración, tanto hacia los accionistas como hacia los demás grupos de interés.

El Buen Gobierno Corporativo implica una supervisión y gestión efectiva de los riesgos empresariales. Esto es especialmente importante en un entorno empresarial en constante cambio, donde los riesgos pueden ser complejos y variados. Una gestión de riesgos sólida ayuda a prevenir crisis y problemas financieros graves.

³³ Disponible en www.bis.org/publ/bcbs113.pdf

³⁴ Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Si bien hay varias teorías que explican al Buen Gobierno Corporativo, es sin dudas la teoría de la agencia la que mayor impacto ha tenido y la que en la actualidad tiene vigencia. Esta teoría explica los problemas que surgen debido a la separación existente entre la propiedad y el control de la sociedad y sus consecuencias.

La relación de agencia implica un contrato por medio del cual una o más personas (llamado “principal”) contratan a otra (“agente”) para realizar algún servicio en beneficio del principal, con lo cual, la autoridad en la toma de decisiones queda delegada a favor del agente. El planteamiento que sustenta esta teoría lleva asociados los llamados “costes de agencia”, según los cuales los “agentes” (directivos o gestores de la empresa) pueden estar tentados a actuar en su propio beneficio y tomar decisiones de gestión movidos por sus propios intereses³⁵.

El Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo cobran fuerza en la medida en que siguen ocurriendo escándalos corporativos, y se presenta como un medio que, principalmente, a través del *soft law*, ofrece guías, principios y códigos no vinculantes que proporcionan recomendaciones y mejores prácticas para las empresas. Estos instrumentos son voluntarios y no tienen fuerza legal, pero a menudo son adoptados y seguidos por las empresas como una forma de promover una verdadera cultura ética empresarial.

Ante los actuales retos que enfrentan las organizaciones en la contratación internacional, y la complejidad del entorno legal en donde llevan a cabo sus operaciones, las empresas han optado por la autorregulación, especialmente con la finalidad de indicar de manera específica las conductas que deben seguir los sujetos que hacen vida en la relación intrasocietaria, así como aquellos terceros con los cuales se vincula, especialmente a través de los contratos.

Tal y como se ha señalado, no existe una única acción que nos permita acabar con el flagelo de la corrupción. Es por ello que, a los fines de mitigar dicho riesgo en la contratación mercantil internacional, recomendamos a las empresas aplicar una serie de acciones y buenas prácticas que se han venido formulando desde el Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo. Tales acciones también servirán para establecer las responsabilidades en caso de incumplimientos. A continuación, se explicarán las más importantes.

³⁵ Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. “El concepto de gobierno corporativo”. Revista Científica “Visión de Futuro” - Facultad de Ciencias Económicas – UnaM. 2021.

3.1. Código de Conducta

El Código de Conducta debe reflejar adecuadamente la cultura de la empresa y enunciar, con toda claridad, los principios en los que se basa. Además de ofrecer vías para denuncias o solución de dilemas éticos, debe cubrir, principalmente, los asuntos relacionados con conflicto de intereses³⁶.

Se trata de un documento escrito que contiene la manera en la que organización hace sus negocios, se comporta con las comunidades en donde opera, y la conducta esperada por parte de las personas que hacen vida en la relación intrasocietaria, así como de los terceros con los cuales se vincularán. Es un fenómeno que inició en los años 80 y 90 en Estados Unidos³⁷ y que en la actualidad se ha vuelto una buena práctica aplicada por las empresas.

De tal manera que la organización deberá tener un Código de Conducta para sus trabajadores, socios y directores, y otro para proveedores; aunque también es posible que tengan uno solo pero que comprenda ambos temas.

El rechazo a la corrupción debe estar indicado expresamente en el Código de Conducta, al ser el instrumento de autorregulación más importante de la organización, independientemente de que, de manera separada, se regule con más detalles, por ejemplo, por medio de una Política anticorrupción.

Al momento de contratar con terceros es una buena práctica pedirles que suscriban el Código de Conducta para proveedores. Esta suscripción ocurre en la fase pre-contractual, así que en caso de que el tercero se resista, dicho comportamiento debe ser entendido como un riesgo, y puede ser una bandera roja muy importante que impulse a la empresa a decidir no querer celebrar el contrato.

3.2. Implementación de un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción

En el marco de los controles internos se recomienda que las empresas cuenten con un Programa de Cumplimiento que incluya un módulo especial de cumplimiento contra la corrupción. Los instrumentos fundamentales en esta materia que sirven de lineamiento para este tema son:

³⁶ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo (ver 6.2); Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión (ver 6.1.1), Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú (Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés).

³⁷ Stevens, B. “Corporate ethical codes: Effective instruments for influencing behavior”. *Journal of Business Ethics*, 78(4), (2008). p. 601-609.

1. La Guía Práctica sobre Anticorrupción, Ética y Programas de Cumplimiento para Negocios publicado por las Naciones Unidas de 2013.
2. El Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento de la OECD de 2013.
3. La Norma ISO 37001 Sistemas de Gestión Antisoborno (en lo sucesivo “ISO 37001”) publicada en 2016, con su versión española, UNE-ISO 37001:2017. Esta normativa constituye el primer estándar global que ofrece buenas prácticas respecto a la prevención, detección y respuesta ante el soborno.

El programa suele ser el pilar de muchas de las iniciativas que se explicarán más adelante, y es clave desde el punto de vista de mitigación de riesgos de corrupción en la contratación mercantil, ya que ofrece controles que permitirán la detección oportuna de situaciones.

En Estados Unidos, contar con un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción es considerado como un requisito para contratar con la Administración pública³⁸. Si bien cada vez son más los países que cuentan con leyes en las que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exigencia de este tipo de programas como medida para atenuar o eximir dicha responsabilidad, suele ocurrir que, en países en donde no es una exigencia de carácter legal, ha sido criticado pedirlo como requisito para participar en licitaciones con el Estado³⁹.

Sin embargo, no vemos impedimentos para hacerlo, especialmente, porque la labor de los funcionarios públicos debe estar basada en la probidad administrativa, eficiencia, economía, lealtad, transparencia y buena fe, principios que estarían totalmente alineados con el comportamiento que debe exigir un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción.

³⁸ Schechter, Turner. “New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment”, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 7 y ss.

³⁹ En España no es obligatorio por ley contar con Programas de compliance como requisito para participar en una licitación, pero nada obsta para que en la práctica ocurra. Debido a que se cuenta con disposiciones en el Código Penal (con sus reformas de 2010 y 2015) en las que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de atenuar o eximirlas de dicha responsabilidad cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal (establecimiento de medidas de vigilancia y control adecuadas para reducir y prevenir la comisión de delitos por parte de miembros de la organización), en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que obligan a los órganos de contratación a cumplir con una serie de requisitos indispensables a la hora de conceder las licitaciones a las empresas del sector privado. Así mismo, se cuenta con las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública del Parlamento Europeo y del Consejo.

Estos programas se fundan sobre los siguientes elementos⁴⁰:

1. Integridad al tratar con funcionarios públicos, partiendo de la prohibición expresa de cualquier tipo de promesa, dádiva o recompensa a estos individuos. Toda relación y/o reunión entre el licitador o contratista y los funcionarios públicos deben constar por escrito.
2. Honestidad en el intercambio de información. Se prohíben los documentos falsos, así como el suministro (o no) de información confidencial para que una de las partes esté en una situación de ventaja (o desventaja) frente a terceros.
3. Prohibición de comisiones ilícitas y/o tratos no éticos en las relaciones de subcontratación.
4. Promoción de prácticas que refuercen la competencia leal, rechazando las conductas que procuren la subjetividad o el favoritismo.

3.3. Política anticorrupción

La política anticorrupción tiene por objetivo identificar los potenciales focos de corrupción dentro de la organización, así como, para imponer controles y medidas que dificulten estas actividades. En este sentido, la política fijará los castigos para determinadas conductas preestablecidas como no éticas, los cuales deben ser medidas disciplinarias proporcionales a las conductas detectadas.

La política debe influir con la creación de un clima de “justicia organizacional”, en el que es aplicada de manera objetiva, transparente y partiendo del trato equitativo.

Si bien el contenido de esta política dependerá de las características propias de la organización, hay departamentos dentro de la empresa que siempre serán más susceptibles de incurrir en prácticas indebidas como lo puede ser el área de compras, y todo aquel que tenga que interactuar con funcionario público. En todo caso, la política debe abarcar a todos los que hacen vida en la relación intrasocietaria y en todos los países en donde la organización opera.

La política anticorrupción, puede formar parte de un Modelo de Gestión Anticorrupción, bajo los términos contenidos en el estándar ISO 37001. Así mismo, la política debe designar a un representante de la organización para que se encargue de velar por su correcta aplicación.

⁴⁰ Gómez-Jara Díez. Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?” en, La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1249.

La norma ISO 3701 señala que la política debe establecer lineamientos claros respecto al rechazo absoluto de sobornos, por eso, se recomienda ser sumamente claros sobre cómo será el tratamiento de regalos, donaciones, hospitalidades, viajes, gastos de promoción, entre otras acciones que podrían servir de fachada para un pago corrupto.

Esta acción permite la mitigación de riesgos de corrupción no solo en la fase precontractual sino también en la ejecución propiamente del contrato, debido a que se procura controlar y vigilar la actividad de los trabajadores, quienes, si bien son personas facultadas para la toma de decisiones, no se tolerará el incumplimiento de sus deberes en el ejercicio de sus funciones.

3.4. Adecuado manejo de los conflictos de interés

En el ámbito societario el conflicto de interés se define como una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personal del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización⁴¹.

Los conflictos de intereses pueden generar un riesgo de corrupción mediante la contratación mercantil, allí radica la necesidad de identificar el riesgo y gestionar adecuadamente los conflictos de interés que se puedan presentar.

Una adecuada gestión de los conflictos de interés no solo mitigará el riesgo de corrupción, sino que también procurará proteger el interés social de la organización, y a la vez, contribuirá con la protección de la reputación organizacional.

Así mismo, es recomendable solicitar al contratista o proveedor que suscriba una declaración en la que manifieste no estar inmerso en conflictos de intereses antes de empezar con la ejecución del contrato. Partiendo de que el principio de la buena fe es rector en toda relación contractual, el hecho de que se suscriba dicha declaración simulando una situación ficticia, puede ser considerado como una actuación de mala fe en la etapa precontractual, se trata de un comportamiento doloso que traerá consecuencias respecto a la indemnización por los daños y perjuicios que haya podido causar.

En el conflicto de interés estamos en presencia de una situación en donde los intereses personales de un individuo dentro de la organización (podría ser accionistas, directores o trabajadores) que tenga relacionamiento con algún proveedor o contratista son incompatibles con sus deberes profesionales.

⁴¹ Castagnino, Diego Thomás. “La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Caracas. 2023.

Para mitigar este riesgo, también se recomienda que en el Código de Conducta de la organización se incluya, que: i) todos los integrantes de la organización que tengan algún tipo de responsabilidad sobre la contratación con terceros, deben evitar interferencias que puedan afectar su imparcialidad u objetividad al momento de contratar suministros y/o servicios, o establecer condiciones económicas, ii) siempre que sea posible, evitarse relaciones de exclusividad, y iii) prohibir relaciones basadas en lazos personales o familiares⁴².

La gestión de los conflictos de interés permite mitigar el riesgo de corrupción en la contratación mercantil, ya que la organización estará alerta ante comportamientos inapropiados.

3.5. Procedimientos de debida diligencia

Una acción preventiva para controlar los riesgos de corrupción que se ha vuelto altamente efectiva es la debida diligencia que se puede llevar a cabo para investigar a los terceros antes de iniciar una relación contractual, a un candidato antes de contratarlo o a un trabajador antes de promoverlo.

Se trata de un procedimiento que refuerza los controles en los procesos de selección sea de un contratista, proveedor, o un trabajador, para garantizar que sus valores y principios estén alineados con los de la organización.

3.5.1. Selección y promoción de personal

Es fundamental saber a quién la organización está contratando como trabajador, no solo para saber si cumple con el perfil que amerita el rol para el que se pretende contratar, sino también para poder detectar si se trata de una persona que se alineará a los principios y valores de la organización.

Recordemos que, dependiendo de la estructura organizativa de la empresa, determinados roles estarán facultados para tomar decisiones y celebrar contratos mercantiles, y como consecuencia, comprometer a la organización. De allí que resulta muy importante garantizar que la empresa cuente con un robusto proceso de selección y promoción de personal.

De esta manera, se investigará al sujeto para verificar, entre otras cosas, si ha sido objeto de sanciones internacionales, penas por corrupción, narcotráfico o violación de derechos humanos, etc. Esta investigación se basa en registros públicos y privados (permitidos en algunas jurisdicciones, en otras no, por lo que no se podrá acceder).

⁴² Castagnino, Diego Tomás. "La gestión de los conflictos de..."

Vale mencionar que ha existido la creencia de que el hecho de garantizar buenos salarios mitiga el riesgo de que la persona se vea tentada a incurrir en un hecho de corrupción. Sin embargo, creemos que, una persona inmoral no cambia su conducta a pesar de tener un buen salario, tampoco creemos que la empresa tenga que educar al individuo que presenta ese tipo de comportamientos, es por ello por lo que, el proceso de selección debe ser lo suficientemente robusto como para mitigar el riesgo de contratación de este tipo de personas.

Una vez seleccionado el nuevo trabajador, en el *on boarding* o paquete de bienvenida, se debe incluir un entrenamiento sobre Compliance, en el que se le explique el alcance del Código de Conducta, así como de las políticas y procedimientos. Además, es el momento ideal para obtener la firma del nuevo ingreso respecto a su compromiso ético con los instrumentos mencionados.

El proceso de selección no es el único al que la organización debe ponerle atención, sino que, una vez ingresado el nuevo trabajador, debe hacerle un seguimiento para verificar si su comportamiento está alineado con los objetivos de la empresa, con especial atención en los roles con mayor grado de riesgo por el perfil y responsabilidad.

Así mismo, se recomienda recabar anualmente su compromiso de cumplir con el Código de Conducta, el cual puede obtenerse a la par de un reentrenamiento anual sobre dicho Código. Es importante contar con un régimen disciplinario que podría documentarse en el Código de Conducta o en la Política Anticorrupción, pero siempre en cumplimiento con la legislación laboral vigente.

3.5.2. Debida diligencia con los terceros

Igual como ocurre en el caso de contratación de trabajadores, a la organización también le debe importar con cuales terceros interactúa, especialmente, con quienes suscribe contratos mercantiles, sean domésticos o internacionales. Los terceros se pueden clasificar en: clientes, proveedores o socios de negocio.

En cualquiera de los casos, es recomendable realizar un proceso de *Third Party Due Diligence*, que consiste en investigar al tercero para verificar que cumpla con los parámetros exigidos por la empresa. En ese proceso no solo se busca determinar si el tercero está o estuvo inmerso en investigaciones y/o juicios por corrupción, narcotráfico y/o violación de derechos humanos, sino también en escándalos por conductas impropias.

Usualmente este proceso es llevado por una empresa independiente y con amplia experiencia en este tipo de investigaciones, cuyo entregable para la organización será un informe con los elementos investigados, los hallazgos y recomendaciones.

En la mayoría de los casos de corrupción intervienen terceros interpuestos bajo el antifaz de servicios profesionales, para recibir los pagos de soborno. Así lo señala el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) “Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”⁴³, según el cual, “tres de cada cuatro casos de cohecho internacional se realizaron pagos a través de intermediarios”. En la normativa de carácter extraterritorial esta figura recibe el nombre de *business partners*⁴⁴, *associated parties*⁴⁵, *business associates*⁴⁶ o partes asociadas⁴⁷.

Existen señales que vienen a ser indicios que ameritan prestar atención, son consideradas “banderas rojas”, tales como:

- Cuando una de las partes contratantes solicita que el pago se efectúe en la cuenta de un tercero.
- Cuando hay resistencias en la fase del *Third Party Due Diligence* de suministrar los documentos y/o completar los cuestionarios exigidos.
- Cuando el tercero es una sociedad de reciente constitución.
- Cuando el tercero es una sociedad cuyos accionistas están formados por un complejo sistema de personas jurídicas.

3.6. Cláusulas que se recomienda incluir en el contrato

Una vez concluido el proceso de debida diligencia, corresponde iniciar las labores de negociación y celebración del contrato (sea para un vínculo laboral o mercantil). A continuación, algunas cláusulas que recomendamos incluir en el contrato mercantil:

- **Realización de auditorías.** Contemplar el derecho a realizar auditorías constituye una buena manera para verificar que la empresa esté operando su negocio de la manera apropiada, y se suele indicar que, en caso de negativa, se entenderá como una conducta riesgosa.

⁴³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. “Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264226654-es>.

⁴⁴ Así lo denomina la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), promulgada en los Estados Unidos en marzo del 2010 y sus obligaciones están vigentes desde julio de 2014.

⁴⁵ Según la *UK Bribery Act* 2010, la cual es la Ley anti-soborno del Reino Unido que entró en vigor el 1° de julio de 2011, y regula los delitos de soborno. Al igual que la FCPA, tiene una vocación extraterritorial. Ha sido calificada como una de las más rigurosas en la lucha contra la anticorrupción del mundo.

⁴⁶ ISO 37001, ya identificada anteriormente.

⁴⁷ De acuerdo con la Norma Española 19601 sobre Sistemas de gestión de compliance penal, inicialmente numerado PNE 307101.

- **Aceptación del Código de Conducta para terceros.** Es recomendable que las organizaciones tengan no solo un Código de Conducta para los individuos que hacen vida en la relación intrasocietaria, sino también para regir el comportamiento de los terceros con los que tendrá algún tipo de relación. Así que, el contrato que se suscriba con terceros es una buena ocasión para obtener la manifestación de voluntad de someterse a dichos términos y condiciones.
- **Compromiso de no pagar sobornos.** A pesar de que el tercero suscriba y se someta al Código de Conducta para terceros, y a la Política anticorrupción, siempre genera valor el hecho de que en el contrato este asuma expresamente la obligación de no realizar actos de soborno.
- **Exigir que el tercero tenga un Sistema de Gestión de Compliance.** En este caso será muy importante dejar claro las expectativas respecto al contenido del Sistema de Gestión de Compliance, usualmente lo básico es que el tercero cuente con un Código de Conducta, una línea para recibir denuncias y una Política Antisoborno.
- **Terminación por incumplimiento.** Se recomienda incluir una cláusula para que, en caso de incumplimiento de alguna de las cláusulas antes indicadas, la organización pueda ejercer el derecho de resolución de la relación contractual y sin derecho a compensación alguna para la parte terminada

Cualquier resistencia en admitir la inclusión de dichas cláusulas en el contrato debe ser valorada como una bandera roja, es decir, como un indicador de riesgo, ya que en un escenario normal no existiría una justificación lógica que sustente tal resistencia.

Organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés), también se han mostrado preocupados por los efectos devastadores que tienen las prácticas corruptas en el mundo empresarial. Es por ello por lo que, en 1977 publicó las Reglas ICC para combatir la corrupción (las “Reglas ICC”)⁴⁸, convirtiéndose en el primer organismo internacional en publicar normas que condenan todo tipo de corrupción y que exhortan a las empresas a instaurar medidas preventivas para erradicar la corrupción de sus operaciones.

Dichas Reglas han sido revisadas periódicamente para reproducir las mejores prácticas corporativas y para reflejar las disposiciones de los instrumentos internacionales clave contra el soborno. La última actualización de las Reglas ICC ocurrió en el 2011.

⁴⁸ Disponibles en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2011/11/Reglas-de-la-ICC-para-Combatir-la-Corrupci3B3n.pdf>

Las Reglas ICC son de carácter voluntario, y han sido creadas para que las empresas las incorporen en sus acuerdos, sea por completo o por remisión. La ICC ofrece un modelo de Cláusula a incluir en los contratos en los que las partes se comprometen a cumplir con las Reglas ICC o a instaurar y mantener un programa corporativo de cumplimiento contra la corrupción.

Este tipo de cláusulas contribuye a mantener la confianza entre las partes, y su fin es proporcionar una disposición contractual que les garantice la integridad empresarial durante la etapa precontractual, mientras dure el contrato e incluso posteriormente.

Las Reglas ICC establecen:

- i. Prohibición de realizar las siguientes prácticas a funcionarios públicos (a nivel internacional, nacional o local), partidos políticos, funcionarios de un partido, o candidatos para un cargo político, y, directores, funcionarios o empleados de una Empresa: soborno, extorsión o instigación al delito, tráfico de influencias, lavado del producto de las prácticas antes mencionadas.
- ii. Se exige que, con los terceros bajo su control, las empresas deben: instruirles para que no se involucren ni toleren ningún acto de corrupción, no utilizarlos como conducto para cometer algún acto de corrupción, contratarlos solo en la medida necesaria para el desarrollo normal del negocio de la empresa, y a no pagarles una remuneración mayor a la apropiada por los servicios que legítimamente le presten.
- iii. La empresa deberá, respecto a un tercero, dejar claro que espera que todas las actividades llevadas a cabo en nombre de la empresa cumplan con las políticas establecidas por la misma, y ejecutar un acuerdo con el tercero en el que: se le informe sobre las políticas anticorrupción y que se comprometan a cumplirlo, se le permita a la empresa a solicitar una auditoria de los registros y contabilidad del tercero, y a establecer que la remuneración del tercero no se pagará en efectivo y solo se pagará en el país de incorporación del tercero, el país donde esté localizado su corporativo u oficina principal, el país de residencia o en el país en donde ejecute su misión.
- iv. La empresa debe asegurar que sus corporativos o casas matrices controlen adecuadamente las relaciones con terceros y especialmente, que mantengan un registro de los nombres, términos y condiciones de los acuerdos, y pagos realizados a todos los terceros contratados por la empresa relacionados a transacciones con organismos públicos o empresas estatales o privadas.
- v. La empresa debe de incluir en sus contratos con Socios Comerciales una cláusula que le permita terminar o suspender la relación de negocios, en caso de que sur-

jan preocupaciones unilaterales que sean de buena fe, en el sentido de que dicho Socio haya violado alguna ley anticorrupción que le sea aplicable, o las Reglas ICC.

- vi. La empresa debe de llevar a cabo “*due diligence*” o investigaciones apropiadas sobre la reputación y la capacidad de aquellos Socios que estén expuestos a riesgos de corrupción y que les impidan cumplir con la legislación anticorrupción correspondiente en sus transacciones con, o a nombre de la empresa.
- vii. En el ámbito de los recursos humanos, se señala que la empresa debe asegurarse de que las prácticas de reclutamiento, promoción, entrenamiento, evaluación del desempeño, remuneración y ética comercial en general, reflejen las Reglas ICC. Así mismo, se prohíbe cualquier acto de represalias o discriminación en contra de empleados por reportar de buena fe, violaciones o sospechas fundamentadas de violaciones a las políticas anticorrupción de la empresa, o por negarse a participar en actos de corrupción. También se exige que el personal clave en áreas expuestas a un alto riesgo de corrupción debe capacitarse y ser evaluados de manera regular.
- viii. En lo que respecta a las finanzas y contabilidad, las Reglas ICC señalan que todas las transacciones financieras de tienen que identificar y registrar de manera adecuada.
- ix. Se emplaza a las empresas a contar e implementar con un programa corporativo de cumplimiento que refleje el contenido de las Reglas ICC, que esté basado en los resultados de una valoración periódica de los riesgos que se enfrentan en el ámbito de la actividad de la empresa, se adapte a las circunstancias particulares del negocio, y que esté enfocado a prevenir y detectar la corrupción y de promover una cultura de integridad en la empresa.

3.7. Línea para denuncias interna

Se recomienda que toda organización cuente con una línea telefónica por medio de la cual los trabajadores y/o terceros (proveedores, extrabajadores, exsocios, etc.), puedan hacer denuncias de buena fe (inclusive bajo la modalidad anónima) respecto a incumplimientos o sospechas de incumplimiento, al Código de Conductas y demás políticas de la organización.

Lo ideal sería que la línea sea atendida por un tercero, externo e independiente de la organización, con experiencia en la materia, que cuente con un software que le permita llevar un control eficiente sobre las denuncias recibidas. El hecho de que sea atendida por un externo es entendido como una medida para reforzar la protección del denunciante.

Esta herramienta no solo permite obtener información relevante para iniciar investigaciones sobre supuestas situaciones irregulares y de acuerdo con un procedimiento previamente establecido, sino que también contribuye con el ambiente de control, y con la concientización respecto al actuar correctamente.

Una organización que cuente con controles eficaces logra mitigar los riesgos. La ISO 30072 señala que: *“los estudios y la experiencia demuestran que una gran proporción de irregularidades llega al conocimiento de la organización afectada a través de la información que proporcionan personas de dentro de la organización o cercanas a la misma”*.

Resulta fundamental que la organización garantice la protección del denunciante, ya sea al permitir la formulación de denuncias anónimas, o mediante la no divulgación de los datos cuando la denuncia no es presentada de manera anónima. El motivo de esto es evitar que el denunciante luego sea víctima de represalias por parte de los responsables del acto corrupto.

3.8. Tono de la alta dirección

La alta dirección de la organización debe estar verdaderamente comprometida con las acciones que se han venido indicando, y deben dar el ejemplo diariamente a través de su comportamiento. Esto también significa que el Programa de Cumplimiento contra la Corrupción debe aplicarse a todos por igual, sin tratos especiales a grupos y siendo cero tolerantes con conductas inapropiadas.

Esto contribuirá con el ambiente de cumplimiento y con la concientización sobre la necesidad de comportarse adecuadamente, cumplir con el Código de Conductas y demás políticas. Si la alta dirección no está comprometida realmente y utiliza al Corporate Compliance como un simple antifaz, el daño que se genera en la cultura organizacional será inmenso, porque esos comportamientos falsos son de fácil detección.

3.9. Entrenamientos

Es recomendable que las organizaciones cuenten con un robusto plan de entrenamiento para sus trabajadores, que tenga por objeto dar a conocer el Programa de Cumplimiento, especialmente aquellos que por su rol tienen interacción con funcionarios de gobierno, por ser los más vulnerables a cometer un acto corrupto.

Resulta indispensable que todos los sujetos en la organización no solo conozcan el Código de Conducta y las Políticas, sino que también sepan cuales son las consecuencias en caso de su incumplimiento. Los entrenamientos contribuirán con la cultura de ética de la organización, y resulta tan importante que la ISO 37001, le dedica un

apartado a la formación y concienciación. También la publicidad interna es clave para promocionar el Programa de Cumplimiento, la Línea para denuncias, y que todos tengan a su alcance los instrumentos normativos para su consulta.

3.10. Supervisión y control

La supervisión y el control son indispensables en la actividad diaria dentro de la organización, ya que permitirán detectar conductas inapropiadas, ejercer las acciones necesarias para detener y/o corregir, y evitar daños para la empresa.

3.11. Otras políticas

También es una buena práctica que las empresas cuenten con una política interna de donaciones y de regalos con reglas claras y en línea con las legislaciones aplicables al negocio de que se trate para evitar cometer delitos.

CONCLUSIONES

La corrupción es un problema intemporal y que no conoce fronteras, por lo que son múltiples los motivos que justifican la inversión de tiempo y recurso para combatir a este terrible flagelo.

Al luchar contra la corrupción se fomenta la transparencia, se promueve la rendición de cuentas, se mejora la eficiencia, y, se incrementa la confianza, a la vez que, contribuye con la disminución de la impunidad, rompe las barreras que la corrupción crea al comercio internacional, fortalece la estabilidad política y la calidad democrática del país.

Las acciones emprendidas mundialmente para combatir a la corrupción están asociadas a la ocurrencia de hechos que van desde ataques terroristas hasta escándalos corporativos, razón por la cual es posible afirmar que, en la mayoría de los casos, las respuestas de los Estados en cuanto a la regulación para prevenir, investigar y castigar los actos de corrupción, han surgido de manera más reactiva que preventiva.

La experiencia indica que las organizaciones deben ser más conscientes sobre el riesgo de corrupción y los daños que este puede causarles.

No existe una única acción que permita acabar con el flagelo de la corrupción, es por ello que será necesario aplicar una batería de acciones bajo la óptica del Corporate Compliance y de Buen Gobierno Corporativo, tales como la implementación de programas de cumplimiento contra la corrupción, contar con un Código de Conducta

y una Línea para denuncias, incluir cláusula en los contratos siguiendo las Reglas ICC para combatir la corrupción, e investigar detenidamente a los terceros con los que la empresa tendrá algún tipo de relación contractual.

Si bien algunas empresas estarán obligadas por ley a cumplir con muchas de las prácticas mencionadas por tratarse de organizaciones que cotizan en bolsa o por llevar a cabo actividades altamente reguladas, las que no entren en dichas categorías podrán aplicar tales prácticas mediante procesos de autorregulación.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Bello Rengifo, Carlos Simón. Corrupción administrativa. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, 2022.
- Bouidi, María Fernanda. “Gobernabilidad y Corrupción en Venezuela” (Cultura política, gobernabilidad y democracia en Venezuela, 2008). Vanderbilt University. EEUU. Barómetro de las Américas. 2008
- Castagnino, Diego Tomás. “La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Caracas. 2023.
- Castagnino, Diego Tomás. “Una aproximación al concepto de Corporate Compliance”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 3. Caracas. 2019.
- Demetrio C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003.
- Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela”. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 5/2015
- Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. “El concepto de gobierno corporativo”. Revista Científica “Visión de Futuro” - Facultad de Ciencias Económicas – UnaM. 2021.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?” en, La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1249.
- Henning, Peter, “Public corruption: a comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001.
- Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la contratación internacional”. Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 18, número 36, enero-junio de 2023.

- Nash, Claudio. “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias” en “Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos.” Konrad Adenauer Stiftung. Colombia, 2019.
- Orlando, Freddy J. “Contribución al estudio de la legislación venezolana dirigida a sancionar los hechos de corrupción”. Universidad Central de Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2011.
- Pacheco Gómez, M., “Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública”. Revista de Ciencia Política 18. P. U. Católica de Chile, 1996.
- Pasquino, Gianfranco. “Corrupción”, en Norberto BOBBIO (coord.), Diccionario de Ciencia Política. México, Siglo XXI editores, 1988.
- Peters, Anne. “Corrupción y derechos humanos” en “Impacto de la corrupción en los derechos humanos”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Reos, Orlando. “Efectos económicos de la corrupción”. Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo, 2002.
- Schechter, Turner. “New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment”, en Government Contractors Compliance, 2012.
- Stevens, B. “Corporate ethical codes: Effective instruments for influencing behavior”. Journal of Business Ethics, 78(4), 2008.
- Tablante, Carlos. “Impacto de la corrupción en Venezuela” en “Impacto de la corrupción en los derechos humanos”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Villegas Ruíz, Jesús A. “Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2022.
- Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994.

Normativa:

- Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión
- Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú
- Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción. 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. “Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264226654-es>.

Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. Disponible en: 2016<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Reglas ICC para combatir la corrupción. Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés). Disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2011/11/Reglas-de-la-ICC-para-Combatir-la-CorrupciC3B3n.pdf>

Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»

Andrea I. Rondón García*

Nasly Ustáriz Forero**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 247-265

Resumen: El *Compliance*, entendido como las reglas que debe seguir la empresa para evitar riesgos legales, regulatorios, financieros, penales, etc, debe ser imposición de la ley o de una decisión judicial o más bien producto de la autorregulación de la empresa, que entiende que actuar éticamente es obrar en su propio interés.

Palabras claves: Autorregulación, filosofía liberal, autonomía de la voluntad de las partes.

Critical notes on Compliance: Comments to the article «Introduction to the study of Regulatory Compliance Law and Regulatory Analysis of the company of Jesús A. Villegas Ruiz»

Abstract: *Compliance*, understood as the rules that the company must follow to avoid legal, regulatory, financial, criminal risks, etc., must be the imposition of the law or a judicial decision or rather a product of the company's self-regulation, which understands that to act ethically is to act in your self interest.

Keywords: *Self-regulation, liberal philosophy, principle of autonomy of the will of the parties.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 26/11/2023

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, UCV. Doctora en Ciencias mención Derecho, UCV. Profesora en Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Doctorado en Derecho. Miembro del Comité Académico, Coordinadora del Programa Cultura en Libertad y Directora del Comité de Derechos de Propiedad, del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad. Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

** Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), UCV. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»

Andrea I. Rondón García*

Nasly Ustáriz Forero**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 247-265

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Advertencias.* 2. *¿Qué es Compliance?* 3. *¿Qué está detrás de esta noción de Compliance?* 4. *¿Stakeholders es en el Derecho Privado sinónimo de interés general empleado en el Derecho Público?* 5. *¿Qué define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado?* 6. *¿La regulación como barrera de mercado?*
CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

Palabras al Dr. José Muci-Abraham

Siempre hemos reconocido la labor de la revista al homenajear a ilustres juristas sin los cuales no estaríamos discutiendo los temas que abordamos hoy en día. En esta edición el homenajeadado es el Dr. José Muci-Abraham.

Para las autoras nos es grato participar en este homenaje con el artículo intitulado «Notas críticas sobre *Compliance*. –Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»– que supone el análisis de figuras de Derecho Mercantil en el contexto del *Compliance*.

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, UCV. Doctora en Ciencias mención Derecho, UCV. Profesora en Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Doctorado en Derecho. Miembro del Comité Académico, Coordinadora del Programa Cultura en Libertad y Directora del Comité de Derechos de Propiedad, del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad. Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

** Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), UCV. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Por su parte, el Dr. Muci-Abraham no sólo ha tenido una extraordinaria vida académica en las más variadas áreas de Derecho Privado, y en concreto de Derecho Mercantil a través de ensayos y libros jurídicos, entre los cuales se encuentran obras reconocidas como el *Aval de la Letra de Cambio*, *Anotaciones sobre el Endoso por Procuración*, *Cuenta Corriente Bancaria* y *Asociaciones en Participación*, además de sus copiosas contribuciones con el espinoso tema de los intereses bancarios; sino que además de su carrera profesional y judicial, ha sido miembro de juntas directivas de bancos y compañías de seguros, sujetos estos que constituyen en la actualidad los principales objetivos del *Compliance* más riguroso, tanto en los ámbitos nacional como internacional.

Las instituciones propias del Derecho Mercantil hoy enfrentan nuevos retos, que resultan de una sociedad cada vez más dinámica y globalizada. Las autoras consideran que la mejor forma de afrontar estos retos es mirando el trabajo de juristas de la talla del Dr. José Muci-Abraham para no olvidar los fundamentos y las bases de nuestro Derecho Mercantil y, al mismo tiempo, propender a una permanente actualización de dicho trabajo, contando para ello, en nuestro caso, con las herramientas que nos brindan tanto el Análisis Económico del Derecho como la filosofía liberal.

Merecido homenaje al Dr. José Muci-Abraham al cual nos sumamos de manera entusiasta.

INTRODUCCIÓN

Este artículo surge de nuestras constantes conversaciones desde nuestro rol como consultoras jurídicas de compañías altamente reguladas y en las que el *Compliance* es vital. En esas deliberaciones así como en las líneas de pensamiento e investigación emprendidas por nosotras, siempre hemos tenido por norte mirar los temas actuales de Derecho Mercantil desde la perspectiva liberal.

Revisando lo que se ha escrito en el país sobre *Compliance*, nos topamos con el artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa» de Jesús A. Villegas Ruiz publicado en la edición No. 7 de 2021 de esta misma Revista.

Las presentes notas críticas recogen nuestras principales impresiones sobre la lectura del artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa» y decidimos publicarlas porque creemos en el debate serio y respetuoso entre profesores universitarios. Creemos que es algo que, lamentablemente, se ha perdido.

Esta forma de iniciar el debate es algo que hace muchos años vimos por parte del profesor Alfredo Morles Hernández. Tenía una avidez por leer todo cuanto se publicaba sobre las materias de su interés y si no estaba de acuerdo con un punto de vista

o planteamiento (aunque estuviera metodológicamente fundamentado), sin importar quien fuera el autor, escribía una réplica del artículo e incluso, si no lo conocía, buscaba el contacto con el autor para conocerlo. Esto lo hace alguien que defiende su línea de investigación, pero que, en igual medida, respeta el trabajo académico del otro.

El artículo que es objeto de nuestras observaciones o «réplica» podría dividirse en dos partes, a saber: la primera, que se enfoca en una introducción respecto de las nociones de *Compliance* y manejo del riesgo, y analiza el rol del abogado de empresa; y la segunda, que explora los elementos de todo programa de cumplimiento y su implementación corporativa; así como los problemas que surgen cuando fallan los controles.

Nuestra réplica está orientada a la primera parte del trabajo revisado, que es en donde podemos rescatar las premisas filosóficas de las que parte el autor, que aunque no están expuestas de forma explícita, siempre se encuentran presentes en todo trabajo de investigación.

1. Advertencias

Hemos decidido organizar estas notas como una suerte de preguntas que «contesta» el autor –a través de sus propias afirmaciones y dichos en el trabajo revisado– y que posteriormente replicamos. Pero antes de desarrollar estas notas, queremos hacer tres advertencias que nos parecen fundamentales, a saber:

En primer lugar, existen distintos niveles de análisis desde los que se puede abordar un determinado tema y uno de ellos es a partir de la típica distinción entre el ser y el deber ser, cuya distancia entre sí, en la Venezuela de hoy, se hace cada vez mayor.

Nuestra intención no es desconocer el entorno regulatorio actual, de hecho, suscribimos las palabras del autor cuando afirma que: «En este ambiente regulatorio, si las empresas no se adaptan a las regulaciones, su destino es el fracaso inminente. Ser disruptivo en contra de la ley, puede significar inmensurables pérdidas financieras»¹.

No podemos obviar la realidad (el ser). Sin embargo, que sea la realidad que debamos afrontar no significa que no podamos ser críticos respecto de las distorsiones del entorno regulatorio y que no podamos aspirar a que dicha regulación tenga por fin primordial eliminar los obstáculos de la actividad económica, es decir, dejar hacer (*laissez faire*). Pensamos que no debemos ser sólo meros ejecutores, sino que debemos ser propositivos (el deber ser).

¹ Jesús A. Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 7 (2021): 160-161.

En segundo lugar, en nuestra experiencia de muchos años, ya sea como abogado *in house* de una compañía regulada o como miembro de una firma de abogados que asesora a clientes altamente regulados, reconocemos el valor de gran parte del trabajo objeto de esta réplica. Resulta una buena guía (con amplia bibliografía y experiencia) incluso de innegable utilidad práctica para aquellos que se inician en los temas de *Compliance* y administración de riesgos.

Nuestra replica está enfocada fundamentalmente hacia las premisas filosóficas de las que se parte. Nos hemos encontrado en varias de las situaciones que se describen en el trabajo y hemos tomado cursos de acción similares a los allí indicados.

En tercer lugar, esta réplica la hacemos partiendo de las premisas filosóficas que nos brinda el liberalismo, entendido como una filosofía que tiene por norte la reafirmación del individuo; la libertad como valor absoluto; el rechazo a la democracia ilimitada y el rechazo al Estado ilimitado².

Los modos en los que hacemos esta réplica no deben ser entendidos como otra suerte de sumisión acrítica al entorno regulatorio actual. Tan sólo que las formas en que los asiduos del foro liberal hacen sus críticas no nos parecen que sean las más adecuadas. Nuestra réplica tiene como fundamento nuestros más de diez años de estudio de la filosofía liberal y nuestros muchos años de experiencia asesorando a empresas.

2. ¿Qué es Compliance?

En un primer momento, el autor define *Compliance* del siguiente modo:

...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 comercial. Por ello, si el cumplimiento normativo supone control, en paralelo, también supone entendimiento del riesgo en su contexto³.

De la manera en la que hemos delimitado los objetivos de este trabajo previamente –es ante todo un ejercicio de réplica académica al trabajo de un colega, pero no un examen exhaustivo sobre la figura revisada– hablar sobre *Corporate Compliance*, o

² Martin Krause, Prólogo a *Política y filosofía política a La filosofía política de Jorge Luis Borges*, de Adramis Ruíz (Madrid: Unión Editorial, 2015), 18.

³ Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 156-157.

simplemente *Compliance*, usando el término en idioma inglés con el que es más conocida la figura que hoy examinamos, puede parecer una tarea ambiciosa. Y más aun a la luz de la amplia definición precedente.

No obstante lo anterior, igual estimamos que resulta relevante entender y aportar alguna noción general sobre *Compliance*, para lo cual un punto de partida habitual⁴ suele encontrarse en la definición de riesgo de *Compliance* propuesta por el *Basel Committee on Banking Supervision*, o sencillamente el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁵, que pese a su adscripción bancaria puede aportarnos esa noción general con la que iniciar el análisis, así:

El riesgo de sanciones legales o regulatorias, pérdida financiera importante o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de su incumplimiento de leyes, reglamentos, normas, estándares de autorregulación y códigos de conducta aplicables a las actividades bancarias⁶.

Así pues, y pese al entorno exclusivamente financiero de la noción que aporta el Comité de Basilea, vista la relevancia que han cobrado los aportes de este órgano internacional (usualmente emitidos bajo la forma de *guidelines* o directrices), ellos nos pueden servir de ayuda para poner en contexto la noción que estamos trabajando y que apunta al riesgo que genera el incumplimiento de leyes, normas y códigos de variada fuente y aplicación.

Sobre la base de esos elementos muy generales aportados por el Comité de Basilea, encontramos que la definición elaborada por Villegas Ruiz, pese a su amplitud, no ofrece mayor problema y seguramente es compartida o cuando menos aceptable para la mayoría de los teóricos sobre el tema. Al respecto, por mencionar algunos ejemplos encontramos definiciones como las que ofrece el Informe Cadbury⁷, citado por Aldo Olcese Santonja,⁸ todos mencionados por el profesor Julio Rodríguez Berrizbeitia.

⁴ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Diego Castagnino. Diego Tomás Castagnino, en «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 97-130.

⁵ Órgano que fuera constituido en el año 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los países miembros del Grupo de los Diez (G-10).

⁶ Definición publicada por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en el documento titulado: «Compliance and the compliance function in Banks» en el mes de abril de 2005, Bank for International Settlements, acceso el 26 de noviembre de 2023, <https://www.bis.org/publ/bcbs113.htm>.

⁷ El **Informe Cadbury** de Gran Bretaña se ha considerado probablemente como el paradigma de los distintos informes que sobre este tópico fueron elaborados en el siglo XX especialmente durante los años noventa; también se cita como otro ejemplo modélico, el **Informe Olivencia**, emitido en 1998 y luego en 2002, como el primer intento de encauzar las prácticas de gobierno corporativo en España, que posteriormente se vio enriquecido por la experiencia derivada del **Informe Aldama** en el mismo país.

⁸ El autor Olcese citado por Rodríguez Berrizbeitia define al gobierno corporativo como: “aquel sistema por el cual los negocios (de las empresas) son dirigidos y controlados y donde se establecen deberes y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa: propietarios, consejeros, administradores, accionistas y simples empleados, así como también las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre esos negocios”, en Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», en *Bicentenario del Código*

En el mismo trabajo mencionado, el profesor Rodríguez Berrizbeitia proponía adelantar una *idea global* acerca del gobierno corporativo con el fin de enlazar todos los elementos relacionados con la noción que estamos analizando⁹. Conviene revisar esa “*idea global*” que propone Rodríguez Berrizbeitia, a los efectos que nos proponemos y que el describe así:

Para nosotros el gobierno corporativo se refiere a las mejores prácticas que las empresas preferiblemente cotizadas han implementado con miras a: lograr una participación activa de los accionistas en el control y dirección de la empresa con el objeto de cumplir cabalmente con sus responsabilidades como propietarios (riesgo de la propiedad); formular mecanismos de control interno y externo de la sociedad con especial hincapié en prácticas contables de aceptación general: institucionalizar (especialmente hoy en día a través de los medios tecnológicos) la información transparente como el medio más eficiente para prevenir conductas sociales inconvenientes; lograr el correcto equilibrio de los órganos sociales y la implementación de **prácticas tendentes a evitar conflictos de intereses y recurrir a la utilización adecuada de regulaciones legales con el objeto de evitar aquellas situaciones de sobre regulación que puedan afectar la igualdad y eficiencia que requieren las empresas**¹⁰. (Destacado agregado).

Como podemos apreciar de la transcripción precedente, la *idea global* que propone Rodríguez Berrizbeitia es a su vez bastante amplia, salvo quizá, por su propuesta de que se aplique *preferiblemente* a las empresas cotizadas¹¹. No obstante, no duda en incorporar en dicha noción una alerta respecto del riesgo de incurrir en lo que él denomina *situaciones de sobre regulación*, so pena de afectar el desempeño eficiente de las empresas.

En cuanto a la definición ofrecida por Villegas Ruiz y transcrita al inicio de este punto, sólo quisiéramos destacar por el momento una palabra, que será muy importante a lo largo de nuestra réplica, «autorregulación», que podríamos decir que es la manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del Derecho Privado, pero el que, además, como sostenemos, se aplica incluso a las empresas altamente reguladas.

de Comercio francés, coordinadores Alfredo Morles Hernández-Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008), 345.

⁹ Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 347.

¹⁰ Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 347-348.

¹¹ Consideremos, no obstante que las reglas de *Compliance*, en especial las relacionadas con la noción de buen gobierno corporativo, surgieron en el ámbito de las grandes corporaciones, pero sí creemos que hoy pueden extenderse más allá de las empresas cotizadas.

Consideramos importante enfatizar en que la idea de autorregulación –también incluida en la definición del Comité de Basilea antes transcrita– como una noción que aplicaría inclusive a las empresas altamente reguladas, no surge exclusivamente de nuestra afiliación a los principios de filosofía liberal que hemos establecido como postulados; por el contrario es la base de la que partieron muchas de las iniciativas de gobierno corporativo conforme a estándares internacionales, por cuanto enfatizaban ese punto como uno de sus *aspectos básicos*, como ha sostenido la profesora Lucía Savattiere, cuando afirma: «Se defiende la autorregulación con una marcada tendencia a regulaciones que impulsen a las empresas a **informar exhaustivamente al mercado** acerca de su estructura de gobierno, deberes y responsabilidades de los directivos»¹². (Destacado agregado).

La autorregulación podemos describirla como la potestad de toda persona jurídica de Derecho Privado de proveerse de sus propias reglas que se crean tomando en cuenta la responsabilidad social, *Compliance* y ética empresarial. Todo ello con énfasis en la transparencia y con base en los principios de buen gobierno que deben desarrollar las empresas en general¹³.

Pero la autorregulación no sólo es importante porque es una potestad propia de la empresa de hacer sus reglas sino que ello es vital en toda sociedad civilizada, con base en ciertos estándares éticos. Las sociedades no se construyen con imposiciones sino a partir de acuerdos de sus diferentes integrantes, por esto es importante que los principios éticos de cualquier organización no surjan de un decreto de la autoridad, sino que provengan desde el seno mismo de dicha organización.

El Código de Comercio y el Código Civil reflejan este principio a lo largo de sus artículos. Por ejemplo:

Artículo 200 del Código de Comercio:

Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio. Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria. Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.

¹² Comentando los citados Informes Olivencia y Aldama de España, Savattiere es de la opinión que las indicaciones contenidas en ambos se hayan alineadas con los estándares internacionales, enfatizando en diversos aspectos básicos, entre ellos la autorregulación. Cfr. Lucía Savattiere Fiandaca, «Gobierno Corporativo», en *Ensayos de Derecho Mercantil, Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez*, ed. Por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004), 945.

¹³ Se alude a la **conveniencia** de que los principios relacionados con el gobierno corporativo «se desarrollen con base en la facultad de autorregulación materializada en la expedición de códigos de buen gobierno». Lucía Savattiere Fiandaca, «Gobierno Corporativo», 940.

En el último apartado de este artículo 200, parece claro que el legislador ha optado por establecer la legislación con carácter subsidiario al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Lamentablemente las regulaciones de los órganos de intervención estatal han venido a socavar este principio y a desnaturalizar la dinámica de las empresas de Derecho Privado. En este punto queremos insistir en el hecho de que el que las compañías formen parte de un sector altamente regulado no significa que deban renunciar a su potestad de autorregularse. Al contrario, debería propenderse cada vez más a que la regulación sea menos invasiva en la esfera privada de las compañías. Consideremos también que la tendencia en el ámbito internacional ha sido la de reforzar la autorregulación, así como propender a la adopción de reglas de buen gobierno en las empresas en general¹⁴, a través de recomendaciones de distintos entes.

La autorregulación no significa ausencia de regulación, sólo cambia el sujeto del que emana la regulación. Ciertamente, se trata de la adopción de medidas a lo interno de las empresas que propendan a minimizar o mitigar los riesgos propios de la iniciativa privada, entre ellos y de manera primordial, los de conflictos de interés presentes en dicha gestión.

Dichas medidas –que muchos identifican con ciertas expresiones de *soft law*¹⁵– no son y no pueden ser arbitrarias, pues en buena medida surgen de informes –como los ya mencionados Cadbury, Olivencia o Aldama– y de la formulación de regulaciones de carácter técnico en forma de recomendaciones y de principios emitidos por organismos internacionales de reconocido prestigio como el ya mencionado Comité de Basilea, pero también la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros o la Organización Internacional de Comisiones de Valores, para abarcar así los tres subsectores de banca, seguros y mercado de valores que conforman el sector financiero en su conjunto¹⁶.

¹⁴ Como ha sostenido la doctrina (Rodríguez Berrizbeitia, por ejemplo), eso que llamamos gobierno corporativo o buen gobierno se soporta o fundamenta en un aspecto clave que consiste en un sistema legal, regulatorio e institucional, según lo reconocen las recomendaciones de Basilea, que entendemos ha de ser suficientemente robusto. Cfr. Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines. Corporate Governance Principles for Banks, julio 2015, Bank for International Settlements, <http://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>.

¹⁵ El profesor Morles las describe como estándares y normas de conducta profesionales en forma de recomendaciones que forman parte de la nueva *lex mercatoria* de las finanzas internacionales. Alfredo Morles Hernández, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela* (Caracas: UCAB- UMA, 2016), 61.

¹⁶ Morles Hernández refiere que en el concierto internacional existen estos organismos internacionales de amplio reconocimiento e integrados por representantes de las instituciones nacionales de supervisión en sus respectivas áreas, que trabajan coordinadamente con las asociaciones nacionales de la industria financiera y vigilan el comportamiento de las entidades financieras de los tres subsectores mencionados. Actúan, a su vez, al amparo de otros organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la UNCITRAL la OCDE, o la Cámara de Comercio Internacional, entre otros. Alfredo Morles Hernández, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, 55-56.

La autorregulación tampoco significa libertinaje, porque la libertad conlleva responsabilidad. La autorregulación supone mayor responsabilidad por parte del sujeto en el momento de tomar decisiones. Así que de lo que se trata es de un cambio en el punto de atención. Ya no sería sólo la regulación y el regulador para garantizar el respeto de los derechos y libertades sino el propio sujeto que se limitaría para no accionar en contra de los derechos y libertades de los demás.

Por supuesto que esto generaría en más de uno altas dosis de suspicacia e incredulidad, por cuanto la idea de establecer los equilibrios necesarios entre los distintos órganos sociales pudiera parecer de complicada realización, como ha afirmado el profesor Rodríguez Berrizbeitia¹⁷. ¿Cómo garantizas que la empresa se limitará en un determinado escenario que le supondría mayor lucro? ¿no es la autorregulación una idea utópica por partir de la perfecta racionalidad de la empresa?

Una primera respuesta pudiera ser afirmativa. Y es que no podemos desconocer los desafíos y dificultades de la noción de autorregulación, que han sido expuestos por la doctrina, aludiendo para ello, entre otros argumentos, a la proclamada disfuncionalidad del modelo de la sociedad anónima (especialmente la cotizada). Exponemos brevemente estas dificultades, continuando con el apoyo del profesor Rodríguez Berrizbeitia, así:

[A]l principio de la autorregulación existen, al menos, dos objeciones graves: por un lado la dudosa efectividad de sus normas, desprovistas por definición de todo aparato jurídico sancionador; por otro, el procedimiento adoptado para su elaboración. En cuanto al segundo de los elementos señalados se le critica la intervención negociada de los propios actores empresariales que van a ser regulados¹⁸.

Para responder a esas dos dificultades justamente proponemos acudir a los fundamentos del liberalismo. Y es que cuando hablamos de que la filosofía liberal tiene por norte la reafirmación del individuo, entendemos también que ese individuo vive en sociedad y necesita de los demás (principio de división del trabajo propio de las sociedades complejas como las nuestras). El ser humano es gregario y para interactuar con los demás, debe hacerlo de forma cooperativa (sin coacción) porque entiende que al actuar así, también está obrando en su propio interés.

¹⁷ Al hablar del tema de autorregulación Rodríguez Berrizbeitia ha sostenido que esa idea de lograr los equilibrios indispensables entre órganos sociales «pareciera cimentarse sobre dos ideas de complicada realización: por una parte la revitalización del rol que los accionistas juegan en la sociedad, y por la otra los controles adecuados para lograr que las juntas directivas o sus equivalentes respondan a los legítimos intereses sociales». Julio Rodríguez Berrizbeitia, «Las buenas prácticas corporativas en el ámbito bancario», en *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, 352.

¹⁸ Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 353.

No pretendemos resolver este tema filosófico y hasta ético que llevó a enfrentar posturas de filósofos como Hobbes y su Leviatán, por un lado, y a Locke y su tesis sobre la libertad en estado de naturaleza, por el otro¹⁹; pero se trata de exponer una postura que permita un *Compliance* más cónsono con la naturaleza propia de la empresa.

3. ¿Qué está detrás de esta noción de Compliance?

El autor continúa señalando sobre *Compliance* lo siguiente:

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 a 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 privados²⁰.

Entender el entorno regulatorio para asesorar del mejor modo a nuestros clientes es un objetivo que todos los abogados en esta área buscamos. Pero una cosa es esto y otra muy distinta es pensar en una «íntima relación entre la empresa privada con la Administración en todos sus roles», porque aquí parecería que estamos hablando prácticamente de cogestión y co-responsabilidad con la Administración Pública. Y lo cierto es que, aun cuando ello hace referencia a uno de los principios constitucionales (artículo 299) de la Constitución de 1999, también constituye uno de los elementos que ha contribuido a profundizar en la destrucción de nuestra economía.

¹⁹ Ahondando un poco más en este tema de naturaleza más filosófica, el autor Gael Sánchez nos ofrece una interesante reflexión en esta materia acudiendo a la noción de *cooperador neutral*. Así parte de analizar la naturaleza humana describiendo la tesis de **David Hume**, para quien no somos ni completamente altruistas (**Rousseau**), ni completamente egoístas y antisociales (**Hobbes**), sino que nos guiamos por la reciprocidad. Estudios más recientes (2003) como los que emprendió el profesor de Yale, **Dan M. Kahan**, parecen avalar la tesis de Hume, en el sentido de que los seres humanos seríamos más propensos a la cooperación siempre que los demás muestren este mismo patrón, lo que se conoce bajo la denominación de “cooperador neutral”. Entonces, el factor crucial para crear un clima favorable a la cooperación sería, según Kahan, la confianza en que los demás contribuirán al bien común, y así responderíamos de la misma manera. Gael Sánchez Smith, *Bitcoin lo cambia todo* (Madrid: Ediciones Pirámide, 2021), 19-24.

²⁰ Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 159.

La dinámica del sector privado y del sector público son completamente distintas porque se mueven por incentivos también diferentes. Mises nos advierte que «La gestión burocrática se limita a cumplir unas reglas detalladas establecidas por la autoridad superior. La tarea del burócrata consiste en ejecutar lo que esas reglas le ordenan hacer (...) La gestión empresarial, por el contrario, se basa en la motivación del beneficio. Su objetivo consiste en obtener ganancias»²¹.

La forma de entender la relación entre la empresa y la Administración según el autor, inevitablemente lleva a pensar en su siguiente afirmación «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», lo cual también amerita reflexión por parte de quienes pensamos que otro escenario es posible e incluso deseable.

Definir así el derecho regulatorio (derecho público contemporáneo desde la perspectiva del interés privado) deja el protagonismo a la Administración y de forma secundaria a la empresa, cuando debería ser al revés, por cuanto lo que es innegable es que la empresa es el actor principal y el motor de desarrollo de iniciativas privadas.

Es decir, aun en las áreas más reguladas, dentro del sector privado, el protagonista es la empresa, y más que la misma empresa el consumidor, porque «El hombre de la calle, en régimen de mercado, es el soberano consumidor, quien comprando o absteniéndose de comprar, decide, en última instancia, lo que debe producirse, en qué cantidad y de qué calidad»²². La Administración está al servicio del ciudadano y para evitar abusos en el ejercicio de los derechos de unos en detrimento de los derechos de otros. No está para dirigir la actividad empresarial, consecuencia que pensamos inevitable si se mira la relación entre la empresa y la Administración Pública del modo en que se ha planteado en el trabajo que replicamos.

4. ¿Stakeholders es en el Derecho Privado sinónimo de interés general empleado en el Derecho Público?

El autor define al *stakeholder* como el “actor relevante”, el tercero con el que se relaciona la empresa, «y muchas veces, su estrategia corporativa se diseña de acuerdo con la relevancia de los actores en el negocio»²³.

²¹ Ludwig von Mises. *Burocracia* [Dalmacio Negro Pavón] (69-70), Madrid, Unión Editorial, 2013.

²² Ludwig von Mises, *La mentalidad anticapitalista* (Madrid: Unión Editorial, 2011), 15.

²³ Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

Posteriormente el autor nos habla sobre la Administración Económica en los siguientes términos: «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, entre ellos: la “todopoderosa” Administración Económica»²⁴.

Compartimos la idea de que el *compliance* es un sistema de contrapesos interno que efectivamente puede ser entendido como contraloría interna más allá de la que puedan ejercer órganos como el comisario o los auditores externos contratados por la empresa²⁵; también la noción de que se trata de acciones preventivas²⁶. Pero disentimos del rol tan protagónico que el autor parece otorgarle a la Administración.

Ciertamente es todopoderosa esa Administración Económica. Se trata de un signo de la destrucción de nuestro ordenamiento jurídico que debe ser señalado, criticado y denunciado.

Por esta razón, la actuación de la compañía no puede diseñarse pensando sólo en términos preventivos frente a esa «‘todopoderosa’ Administración Económica». Se trataría de una suerte de *autocensura*, noción que vemos en el ámbito de la libertad de expresión, pero que, en este caso, no cercenaría la libertad de expresión sino la libertad económica.

No olvidemos que uno de los mayores problemas actuales de nuestro entorno regulatorio es la fuerte e incluso asfixiante intervención estatal al punto, en el caso de las compañías anónimas, de sustituir la voluntad del accionista por la de la Administración. En otras oportunidades hemos señalado esta situación con relación al peso que tiene el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) en la determinación del capital social para constituir una compañía²⁷. También lo hemos hecho al aludir a las potestades que se arroga la Superintendencia de Bancos en materia de asambleas, juntas directivas de ese sector e incluso la inconstitucional exigencia de aprobación previa para cualquier reforma estatutaria, sin la cual no procede la inscripción de las actas respectivas en los registros mercantiles²⁸.

²⁴ Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

²⁵ A estas categorías la Ley de Instituciones del Sector Bancario ha sumado para la banca la figura del **auditor interno**, a medio camino entre las dos mencionadas. Ver artículo 80 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

²⁶ Así lo entiende la doctrina, por ejemplo, para el profesor Castagnino *Compliance* comprende un conjunto de **acciones preventivas** que se anticipan a la causa de un problema y pretenden eliminarla antes de su ocurrencia. Diego Tomás Castagnino, en «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», 97-130.

²⁷ Andrea Rondón García, «La expropiación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 5 (2020): 215-227.

²⁸ Nasly Ustáriz Forero, «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental», *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker Mc Kenzie, 2019): 2453-2500.

5. *¿Qué define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado?*

Si lo anterior es sostenido por el autor, es inevitable que su siguiente afirmación sea: «...en la actualidad, la regulación define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado»²⁹.

Si Mises con su famoso tratado *Socialismo, Análisis Económico y Sociológico*, de 1922, acuñó la frase de que en socialismo es imposible el cálculo económico, las afirmaciones de Villegas Ruíz parecen llevarnos a una actualización de la tesis de Mises y podríamos señalar que el cálculo económico estaría en manos del regulador.

En este sentido, recordemos que la imposibilidad del cálculo económico es la inviabilidad de tomar decisiones racionales para alcanzar fines y propósitos porque se eliminan las herramientas para hacerlo, por ejemplo, el precio, que debe ser visto como un mecanismo de transmisión de la información de forma sucinta.

Si consideramos que la actuación de la empresa «es preventiva frente a los *stakeholders* principales de la empresa, entre ellos: la «todopoderosa» Administración Económica» y que «la regulación define los modelos de negocios», pues la toma de decisiones racionales no estará a cargo de la compañía sino del regulador.

Nos parece que esta concepción de *Compliance* le resta mucho poder a la empresa para tomar sus propias decisiones.

6. *¿La regulación como barrera de mercado?*

Tal vez las afirmaciones anteriores podían estar sujetas a debate e interpretaciones y sería factible que tanto Villegas Ruíz como las autoras de este artículo encuentren más espacios de encuentro que de desencuentro. Sin embargo, llegamos a un punto de completo desacuerdo con lo siguiente:

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. 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 complementarios a los suyos. Así, el análisis regulatorio no implica,

²⁹ Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

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 negocios³⁰.

Esta idea de la Teoría Económica de la Regulación de Stigler, uno de los máximos exponentes de la llamada Escuela de Chicago junto con Milton Friedman, es contraria a los criterios de eficiencia que se manejan desde el Análisis Económico del Derecho, en los que se defiende que las mejores condiciones para lograr eficiencia económica se consiguen en un mercado competitivo que se caracteriza por una pluralidad de oferentes y demandantes sin barreras de entrada y salida del mercado³¹.

La Teoría Económica de la Regulación de Stigler de enfocarse en los incentivos para que la industria regulada busque influenciar en el regulador, sería la tesis que habría favorecido el surgimiento del llamado «mercado de la regulación».

Pero, dicha tesis no sólo no toma en cuenta posteriores contribuciones como la que debemos a Sam Peltzman en *Toward a more General Theory of Regulation* (1976) quien precisó que la regulación no sólo podría beneficiar a la industria, sino también puede favorecer a grupos de consumidores que se encuentren bien organizados. Tampoco acoge varias de las importantes opiniones adversas que en la ciencia económica se han formulado al respecto, como por ejemplo la relevante crítica de Wilson cuando señala que no es razonable afirmar que toda la legislación sea emitida a favor de la industria y por su propio interés, puesto que de ser así no existirían normativas como todas las regulaciones antimonopolio y sobre competencia. Para Wilson lo que realmente importa es analizar las motivaciones de las personas que laboran en la agencia reguladora.

Tampoco se alude a consideraciones posteriores a esa teoría expuesta por la Escuela de Chicago a la que pertenece Stigler, como las de Johan den Hertog para quien la tesis presentaría deficiencias puesto que asume, pero en ningún caso demuestra que los legisladores pueden controlar a los reguladores y que éstos responden también a incentivos y motivaciones no sólo económicos sino políticos (noción que en economía se conoce como "captura del regulador"). También nos recuerda la existencia de grupos de interés que podrían distorsionar los resultados de las elecciones.

³⁰ Villegas Ruiz, « Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 168-169.

³¹ Ricardo Manuel Rojas, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado* (Madrid: Unión Editorial, 2011), 14-15.

Por su parte, Shleifer también suma su voz crítica a la postura de Stigler, recordándonos que tanto los encargados de las cortes judiciales (a quien Stigler concede un rol fundamental en su trabajo) como los reguladores son funcionarios públicos, por lo que ambos estarían permanentemente sujetos a presiones políticas, incentivos y restricciones de índole diversa³².

CONSIDERACIONES FINALES

A manera de conclusión queremos referir algunas reflexiones del autor en torno a si el *Compliance* termina siendo imposición de la ley o de la jurisprudencia.

Así, el autor, con relación a esta parte del artículo revisado, finalmente señala lo siguiente:

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 la junta directiva de las empresas tienen la obligación de asegurarse que la organización tenga sistemas establecidos para monitorear el cumplimiento de la ley. Inclusive, la junta directiva empresarial tendría el “deber afirmativo en crear algún tipo de mecanismo de cumplimiento.” 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 corporativas³³. (SIC)

Ciertamente, como indica el autor, la conversación está cambiando de modo significativo. Pero las autoras de estas notas nos preguntamos, ¿hacia dónde está cambiando la conversación?

³² Eugenio Rivera Urrutia, «Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas» *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, núm. 2, II semestre, (2004): 309-372.

³³ Villegas Ruiz, « Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 173-174.

Esos estados azules o liberales que señala el autor no se adhieren precisamente al liberalismo continental que hemos expuesto en esta réplica. El liberalismo de los estados azules es uno que tiene por objetivo la preservación de los derechos civiles y sociales y representa una combinación de progresismo social que lo acerca al llamado ordoliberalismo. Si esto es así, la conversación a la que él alude estaría girando más hacia un *Compliance* impuesto, ya sea por leyes o decisiones judiciales, que a uno emanado del propio seno de la empresa, como hemos señalado, y que tiene su centro en la autorregulación.

El autor del artículo revisado y las autoras de estas notas parten de puntos de vista filosóficos distintos y consideramos que contribuye al debate exponerlos todos.

En este sentido, el tema del *Compliance* ha sido ampliamente tratado en nuestro país por autores como Alejandro Rodríguez Morales, Liliana Vaudo Godina y Diego Castanigno, ya sea desde el Derecho Penal o el Derecho Corporativo. Nosotras quisimos hacerlo desde la filosofía liberal y desde este punto de vista, el *Compliance* tiene como centro de atención la potestad de autorregulación de las empresas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Castagnino, Diego Tomás. «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance». Revista *Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 97-130.
- Krause, Martin. Prólogo a *Política y filosofía política a La filosofía política de Jorge Luis Borges*, de Adramis Ruíz, 17-20. Madrid: Unión Editorial, 2015.
- Ludwig von Mises. *Burocracia* [Dalmacio Negro Pavón], Madrid, Unión Editorial, 2013.
- Morles Hernández, Alfredo. *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*. Caracas: UCAB- UMA, 2016.
- Rivera Urrutia, Eugenio. «Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas», *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, núm. 2, II semestre (2004), 309-372.
- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. «Las buenas prácticas corporativas en el ámbito bancario». En *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Caracas: UCAB-UMA, 2016, 351-384.
- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?». En *Bicentenario del Código de Comercio francés*, coordinadores Alfredo Morles Hernández- Irene de Valera, 339-389. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- Rondón García, Andrea. «La expoliación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2020): 215-227.
- Sánchez Smith, Gael. *Bitcoin lo cambia todo*. Madrid, Ediciones Pirámide, 2021.

Savattiere Fiandaca, Lucía. «Gobierno Corporativo». En *Ensayos de Derecho Mercantil, Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez*, ed. por Fernando Parra Aranguren, 939-980. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

Ustáriz Forero, Nasly. «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental». En *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, coordinadora Claudia Madrid, 2453-2500. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker Mc Kenzie, Caracas, 2019.

Villegas Ruiz, Jesús A. «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2021): 153-196.

Sitios web consultados

Bank for International Settlements. «Compliance and the compliance function in Banks». Acceso el 26 de noviembre de 2023. <https://www.bis.org/publ/bcbs113.htm>.

Regulaciones de cumplimiento corporativo en el sector asegurador venezolano

Liliana Vaudo Godina*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 267-285

Resumen: El ámbito asegurador venezolano, pertenece al Sistema Financiero Nacional, por lo cual la gestión de riesgos exige contar con normas que además contengan procedimientos destinados a prevenir daños vinculados con la protección de la data, la confidencialidad, la fidelidad, la prevención de corrupción y legitimación de activos, así como la proliferación de armas de destrucción masiva, tráfico internacional y terrorismo. Se propone un análisis exploratorio normativo y sobre textos, estándares y la evaluación cualitativa respecto de la opinión de autores respecto del ámbito regulatorio nacional e internacional, a fin de integrar criterios que incorporen los ámbitos de protección social y buen gobierno corporativo al desempeño empresarial en esta área.

Palabras claves: Actividad aseguradora, Gestión de Riesgos, Contratos de seguros, Empresas de seguros.

Corporate compliance regulations in the Venezuelan insurance sector

Abstract: *The Venezuelan insurance sector belongs to the National Financial System, so risk management requires having rules that also contain procedures aimed at preventing damages related to data protection, confidentiality, fidelity, and corruption prevention and asset laundering, as well as the proliferation of weapons of mass destruction, international trafficking, and terrorism. An exploratory normative analysis is proposed, as well as an analysis of texts, standards and qualitative evaluation of the authors' opinion regarding the national regulatory environment and international, in order to integrate criteria that incorporate the areas of social protection and good corporate governance into business performance in this area.*

Keywords: *Insurance Activity, Risk Management, Insurance Contracts, Insurance Companies.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 26/11/2023

* Abogado (UCV) Doctora en Ciencias mención Derecho (UCV), Especialista en Derecho Procesal (UCV), Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV), Directora Ejecutiva (fundadora) del Observatorio de Derecho Corporativo y buenas prácticas empresariales de la Universidad Metropolitana, Venezuela, profesor tiempo completo titular de la Universidad Metropolitana, Venezuela en pregrado y en la especialización de Derecho Corporativo, profesora investigadora de la Universidad Metropolitana, Venezuela; autora de libros y numerosos artículos indexados en diversos índices académicos. Línea de Investigación: Responsabilidad, *compliance* y buen gobierno corporativo; con 2 proyectos de investigación vigentes en la Universidad Metropolitana, Venezuela. Orcid 0000-0002-6008-2066. Correo institucional lvaudo@unimet.edu.ve.

Regulaciones de cumplimiento corporativo en el sector asegurador venezolano

Liliana Vaudo Godina*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 267-285

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Regulación normativa en el sector asegurador por parte de los entes del Estado. 2. Riesgos en el ámbito de la seguridad de la información. 3. Riesgos en materia de delincuencia organizada. 4. Riesgos derivados de la contratación. 5. La disciplina del Compliance Corporativo con su nueva visión integradora.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hoy día el *compliance* es parte de los objetivos de desarrollo estratégicos de cualquier negocio, siendo una disciplina jurídica que cada día adquiere mayor autonomía y persigue el cumplimiento de la ley y de las normas de derecho blando que desarrollan las organizaciones para un verdadero desempeño sostenible, el crecimiento de la reputación empresarial, el retorno de la inversión, garantizando el aprovechamiento futuro de los recursos y la prevención de sanciones.

De este modo se integran la responsabilidad social empresarial a través de la autorregulación y el buen gobierno corporativo con el *compliance* corporativo, prestando mayor atención a los *stakeholders* y las observaciones de los entes reguladores, debiendo tanto los auditores como los órganos de cumplimiento ser autónomos y transparentes; por lo cual, éstos no deben ser designados de manera caprichosa sino por la voluntad mayoritaria de la asamblea de socios y la opinión de los directivos e incluso de los comisarios.

* Abogado (UCV) Doctora en Ciencias mención Derecho (UCV), Especialista en Derecho Procesal (UCV), Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV), Directora Ejecutiva (fundadora) del Observatorio de Derecho Corporativo y buenas prácticas empresariales de la Universidad Metropolitana, Venezuela, profesor tiempo completo titular de la Universidad Metropolitana, Venezuela en pregrado y en la especialización de Derecho Corporativo, profesora investigadora de la Universidad Metropolitana, Venezuela; autora de libros y numerosos artículos indexados en diversos índices académicos. Línea de Investigación: Responsabilidad, *compliance* y buen gobierno corporativo; con 2 proyectos de investigación vigentes en la Universidad Metropolitana, Venezuela. Orcid 0000-0002-6008-2066. Correo institucional lvaudo@unimet.edu.ve.

La actividad aseguradora venezolana, por ser parte de lo que se ha regulado legalmente por la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional¹ como parte integrante de ese sistema, es regulada, supervisada y controlada por el órgano rector del sistema financiero, además de reportar al Superintendente de la Actividad Aseguradora, a partir de la creación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG)². Este ente regulador, ha emitido normas de gestión de riesgos en el área de prevención de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y prevención de la proliferación de armas de destrucción masiva a través de la inversión del dinero de los usuarios en actividades de delincuencia organizada. Sin embargo, existe un ámbito complejo que amerita ser atendido a través de la autorregulación, más allá del ámbito del derecho positivo, con el fin de asegurar la protección de los intereses sociales y la prevención de conductas que traspasen el riesgo permitido y puedan generar sanciones.

Objetivos y Método

El método de investigación empleado es el documental, a nivel descriptivo y exploratorio, ya que los datos se obtuvieron de la revisión de las normas sobre estándares internacionales, disposiciones del derecho positivo venezolano, textos que contienen temas vinculados con la buena gobernanza organizacional y el *compliance*. En tal sentido, la autora Baena³ indica que este método de investigación consiste en la «búsqueda de una respuesta específica a partir de la técnica de selección y recopilación de información y materiales bibliográficos» y el autor Tancara, expresa que se trata de un análisis predominantemente cualitativo, sobre fuentes bibliográficas teóricas⁴

El objetivo general que se plantea es el de establecer algunas de las políticas de cumplimiento corporativo que debe implementar una empresa aseguradora venezolana, para la gestión de riesgos de cumplimiento. En tal sentido, serían objetivos específicos:

- Revisar las normas regulatorias venezolanas y los estándares internacionales aplicables en la gestión de riesgos en empresas de seguros.
- Analizar algunos aspectos relevantes para la buena gestión organizacional en empresas de seguros al ser consideradas como parte del sistema financiero nacional.

¹ Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. GO 39.578, 16/06/2010.

² Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora GO 6.211 Extraordinario, 30/12/2015

³ Baena, Guillermina (2014) *Metodología de la Investigación*. Grupo Editorial Patria. p. 12.

⁴ Tancara, Constantino (1988) *La investigación documental en la investigación científica*. la Paz, Centro Nacional de Documentación científica y Tecnológica..ps 6-9

- Determinar el rol de las normas de cumplimiento para integrar los criterios de protección social y su impacto en la prevención de sanciones y la buena reputación empresarial.

1. Regulación normativa en el sector asegurador por parte de los entes del Estado

En Venezuela se observa con cierta preocupación cómo el ámbito sancionatorio, el regulatorio, así como el ámbito contractual, reservados a la Asamblea Nacional como órgano legislativo, ha sido transgredido mediante la emisión de normas por parte de entes administrativos, como el caso del presidente de la República, quien, mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, estableció sanciones, incluso penales vinculados a actividades de este sector.

El autor habla de la excesiva fragmentación legislativa y la incidencia que ha tenido en el derecho mercantil; al vaciar de contenido al Código de Comercio, ya que como indica, su contenido ha sido disgregado a gran cantidad de leyes aprobadas a partir de 2001; indicando en tal sentido:

Esta fragmentación obliga a repensar sobre nuestro sistema de derecho mercantil y entender que la búsqueda de su fundamento no debe elaborarse sobre la base del análisis exclusivo del Código de Comercio sino en una función integradora de todo el ordenamiento mercantil venezolano.⁵

También se puede ver el caso de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), creada mediante el referido Decreto Ley, de la cual han emanado disposiciones de rango sub legal, tales como: La Providencia que contiene las Normas sobre la Administración de Riesgos sobre Legitimación de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva en la Actividad Aseguradora⁶, que conforme a las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, establece la obligación de elaborar manuales de gestión de riesgos para evitar la utilización de las empresas como brazo ejecutor de conductas propias de la delincuencia organizada, que afectan bienes jurídicos colectivos.

Igualmente, la Superintendencia ha dictado normas afectando el ámbito contractual, entre ellas las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad

⁵ Chang, Kimlen. (2019) *La irrupción del concepto de actividad económica en el sistema de derecho mercantil venezolano de nuestro tiempo*. Revista venezolana de Derecho Mercantil, Nro 2. P.29.

⁶ Providencia SAA-8-004-2021, 08/02/2021 que contiene las Normas sobre la Administración de Riesgos sobre Legitimación de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva en la Actividad Aseguradora

Aseguradora⁷, tal como se observa de la Providencia SAA-2-0026-2021, contentiva de las Normas que rigen la suscripción de contratos de seguros, reaseguros, medicina prepagada, administración de riesgos, fianzas o reafianzamientos en moneda extranjera, basados en el alegato de que el Estado puede intervenir en la economía,⁸ especialmente cuando puede afectar el orden público. En tal sentido, Morles, a propósito del otorgamiento y desempeño de facultades para crear regulaciones de rango sub legal que afectan el ámbito mercantil, otorgadas a órganos administrativos; ha manifestado:

En el caso de la materia mercantil, al respeto al principio constitucional de libertad de empresa y al principio de autonomía de la voluntad derivados ambos del principio general de libertad. Por ello, la materia mercantil integra lo que se llama la reserva de ley, esto es, la materia cuya regulación es competencia exclusiva del poder legislativo. En forma directa y expresa, el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución dispone que la legislación en materia de bancos y de seguros es de la competencia del poder público nacional, es decir, del parlamento. Así como no se pueden crear delitos y establecer sanciones por vía de legislación delegada, tampoco se pueden establecer restricciones o limitaciones a los derechos económicos (derechos constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos) por vía distinta a la legislativa.⁹

Es así como el Estado venezolano dictó la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional,¹⁰ mediante la cual crea el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN), como órgano encargado de regular, supervisar, coordinar y controlar el desempeño y funcionamiento de las instituciones que conforman el sistema financiero, teniendo como objetivo la estabilidad del sistema económico venezolano. En tal sentido, indica la ley, que pertenecen a esta estructura el sector bancario, el mercado de valores y el sector asegurador¹¹. A partir de esta Ley, le es aplicable a la actividad aseguradora lo relacionado con la regulación constitucional por parte del poder público nacional, como lo señala la Constitución¹².

⁷ Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, tal como se observa de la Providencia SAA-2-0026-2021, (23/04/2021)

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 30/12/1999, ANC, artículo 299.

⁹ Morles, Alfredo (2019). La deslegalización de la materia del contrato de seguro. Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro 3 [https:// www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e64c99d937d042e1a10a144a2ed7e591.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e64c99d937d042e1a10a144a2ed7e591.pdf).

¹⁰ Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. GO 39.578, 16/06/2010. Ibidem 2010, artículo 13.

¹¹ Ibid, 2010, artículo 5.

¹² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 30/12/1999, ANC, artículo 156, numeral 11.

Continuando con la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, la misma dispone que los sectores que conforman el sistema financiero están obligados a proteger los derechos de los usuarios¹³ buscando salvaguardar la estabilidad y sustentabilidad del sistema¹⁴ Por otra parte, la mencionada Ley, en su Título IV, destinado al sector asegurador, dispone que el objeto del este sector es promover el desarrollo de la actividad aseguradora con el fin de elevar el nivel de vida de la población y fortalecer el desarrollo económico del país, a través de la administración de riesgos, movilizandolos ahorros de largo plazo sobre una sana base financiera para fortalecer el desarrollo económico del país.¹⁵

- Respecto al ámbito asegurador, la Ley otorga al Órgano Superior del Sistema Financiero, las siguientes funciones:
- Regular, supervisar y controlar a las personas naturales y jurídicas que realicen cualquier operación con el sector a fin de crear un ambiente eficiente, seguro, justo y estable
- Garantizar que las compañías de seguros puedan cumplir en cualquier momento su obligación y que los intereses de los usuarios estén protegidos
- Promover la prestación de seguros para la cobertura de riesgos e sectores vinculados con áreas comunitarias, turismo, entre otras, creando fondos especiales para la asistencia en el pago de las primas
- Prohibir actividades que distorsionen el sector.¹⁶

Por otra parte, el Decreto 2.178 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora¹⁷ dispone que su objeto es establecer un marco normativo para el control y la regulación de la actividad aseguradora, para garantizar los procesos de desarrollo económico del estado y tutelar los derechos e intereses de los usuarios del sector de seguros, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sector Financiero Nacional. El hecho de ser tomador de seguros a través de un contrato en el cual el usuario se adhiere a la voluntad y condiciones del asegurador nunca debe implicar el menoscabo de sus derechos. Este Decreto deroga “toda norma que contravenga” al decreto-ley, por lo que queda derogada la Ley de la Actividad Aseguradora de 2010.

¹³ Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. GO 39.578, 16/06/2010, artículo 2.

¹⁴ Ibidem, 2010, artículo 3.

¹⁵ Ibid, 2010, artículo 22.

¹⁶ Op cit. 2010, artículo 23.

¹⁷ Decreto 2.178 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora GO 6.211 Extraordinario, 30/12/2016, artículo 1.

Este Decreto Ley dispone que se entiende por actividad aseguradora toda relación u operación conexas al contrato de seguro, al de reaseguro y al contrato de administración de riesgos, formando parte de esta actividad la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje de avalúo, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas, el financiamiento de primas, el fideicomiso en materia de seguros y los fondos administrados.¹⁸

En cuanto a los sujetos regulador, el Decreto indica que, para realizar actividades en este sector, es requisito que los entes posean la autorización expresa expedida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, siendo de uso exclusivo por estas personas autorizadas las palabras: seguros, reaseguros y medicina prepagada y sus derivados.¹⁹

Por su parte, se indica que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG)²⁰, ente adscrito al Ministerio de Banca y Finanzas sujeto a la dirección del Superintendente de la Actividad Aseguradora, será el ente regulador encargado de dictar las normas regulatorias de los contratos de seguros y todos los vinculados a la actividad aseguradora.

Es así como en el ámbito regulatorio, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora²¹ dicta las Normas que regulan la Relación Contractual de la Actividad Aseguradora, cuyo objeto es regular los contratos de seguro, reaseguro, medicina prepagada y demás relativos a los rubros del negocio de seguros.²² En ellas, se establece la obligación de los sujetos regulados, de someterse a los lineamientos previstos en la normativa sobre contratos, cuyos modelos deben ser revisados y aprobados por esa Superintendencia.²³ Por ello, un requisito fundamental de las normas de cumplimiento estaría vinculado con el deber de informar de manera clara y concisa a la colectividad como posibles tomadores de este contrato de adhesión, —definido en el Código de Comercio venezolano²⁴ con las modificaciones legales producidas en leyes posteriores— sobre las limitaciones, riesgos, beneficios y todo lo atinente a la toma del contrato, con el fin de no afectar el ámbito social y económico de los usuarios mediante la contratación. Todo ello se vincula con el derecho reconocido por la Constitución²⁵ según el cual, todos

¹⁸ *Ibidem*, artículo 2.

¹⁹ *Ibid*, artículo 3.

²⁰ Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG) (GO 40.793, 24/08/2016)

²¹ Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG) GO 40.793, 24/08/2016, 2015, Disposición Transitoria.

²² Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), Normas que regulan la Relación Contractual de la Actividad Aseguradora. 2016, artículo 1

²³ *Ibidem*, 2016, artículo 42.

²⁴ Congreso de Venezuela, Código de Comercio. (1955), GO Extraordinaria 475, 21/12/1955

²⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 30/12/1999, ANC, artículo 117.

tienen derecho a adquirir bienes y servicios de calidad y a obtener información clara y oportuna sobre el contenido y las características de los bienes adquiridos y los servicios, pudiendo elegir de manera libre aquellos que decida consumir.

Zunzunegui,²⁶ en España, señala que el contrato de seguros tiene una estructura propia, que lo diferencia de otros contratos de servicios financieros, siendo definido como un contrato de adhesión. Con base a la normativa constitucional y administrativa venezolana, a diferencia del autor español y del Código de Comercio venezolano ya mencionado, el cual dispone:

El seguro es un contrato por el cual una parte se obliga, mediante una prima, a indemnizar las pérdidas o los juicios que puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor; o bien pagar una suma determinada de dinero, según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona²⁷

Sobre este punto, la concepción actual es catalogarlo como un contrato dirigido en el cual se ve marcada la intervención del Estado en la regulación del ámbito contractual, haciendo uso de lo que ya se mencionó respecto de la interpretación, muchas veces distorsionada, de la potestad interventora en el ámbito económico, basado en la tutela de los intereses de los usuarios en interés de mantener un equilibrio en la relación contractual, ya que, están en juego bienes jurídicos como la vida y la salud, como también lo han señalado algunos autores venezolanos como Melich,²⁸ en tanto se trata de un contrato de adhesión en el cual, el asegurador establece unas condiciones que son aceptadas por el asegurado como lo indica Barbara²⁹ Sobre este punto, Morles indica la existencia de una distorsión sobre la libertad contractual en Venezuela, así como sobre el establecimiento de condiciones contractuales a través de normas de rango sub legal.³⁰

Este tipo de contratos supone que una de las partes se encuentra en una posición privilegiada y por esa razón, este cuerpo normativo dispone que, para el caso de contratos de seguros obligatorios y seguros de personas, la aseguradora no puede solicitar la terminación anticipada del contrato, aún para los casos de incumplimiento de pago, sino que procedería a deducir el monto faltante de la propia prima de seguro, sin limitaciones que coarten ese derecho.

²⁶ Zunzunegui, F. (2019) *Concepto y sistema del derecho del mercado financiero*. Regulación Financiera, Revista de Derecho del Mercado Financiero. Madrid, España, p. 3.

²⁷ Congreso de Venezuela, Código de Comercio. (1955, GO Extraordinaria 475, 21/12/1955 Artículo 548.

²⁸ Melich, J. (2017). *Doctrina General del Contrato*. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 5ta edición, 3ra reimpresión. Caracas, Venezuela. Ps. 22 y ss.

²⁹ Barbara Carrazoni, R. (1989). *El Seguro en General*. Derecho Mercantil – Parte Especial. 1era edición. Ediciones Magon, Caracas, Venezuela. P. 6.

³⁰ Morles, A. (2017). *El seguro dejó de ser un contrato. La distorsión del contrato de seguro en el proceso de transición de sistema económico*. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 156. Enero – diciembre 2017. Ps. 489 y ss..

2. Riesgos en el ámbito de la seguridad de la información

Respecto a la seguridad de la información o ciberseguridad, toda empresa debe establecer un marco normativo que incluya estándares internacionales aplicables a los procesos que generen riesgos en el ámbito de la tecnología de la información, ofreciendo soluciones a las organizaciones y a los usuarios; ya que, como lo indica Vaudo éstas contemplan mecanismos de gestión de riesgos en la seguridad de la información, no bastando las normas del documento constitutivo de la empresas, sino que deben elaborarse e implementarse manuales contentivos de políticas de cumplimiento basados en las características propias de la compañía, en este caso, empresas aseguradoras.³¹

Las políticas de cumplimiento que se sigan, en la protección y seguridad de la información, deben contener lineamiento fundados en estándares nacionales e internacionales, incluyendo almacenamiento de datos y su comunicación y transmisión, uso de plataformas mediadas por TIC,s, pagos de pólizas, pagos a proveedores y trabajadores, que deben ser seguidas por todos quienes hacen vida en la organización. También sirven de orientación los parámetros que recomiende la gerencia de Sistemas de Gestión y certificaciones de calidad FONDONORMA A.C., basados en las normas ISO, pudiendo revisar cuáles de esas normas y de las disposiciones del ordenamiento jurídico venezolano contienen estándares que aporten a la gestión de riesgos empresariales, que permitirán tener una mejor reputación como empresa y lograr establecer un buen gobierno corporativo. Igualmente, se deben revisar las recomendaciones de los entes reguladores y fiscalizadores del sector asegurador, destinadas al logro de un debido funcionamiento de los sistemas de protección de la información, teniendo como meta evitar daños al sistema económico y a los intereses de los usuarios que deriven de fallas operativas.

Por esta razón, el Reglamento de la Unión Europea 2016/679,³² ha considerado que se debe garantizar el derecho a la privacidad y acceso a la información, estableciendo que es un derecho que debe valorarse en equilibrio con otros derechos fundamentales tales como el respeto a la vida privada y familiar, en los siguientes términos:

El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.

³¹ Vaudo, L (2023) Criterios de buen gobierno corporativo en empresas Fintech venezolanas. Especial referencia al sistema financiero. Revista de Ciencias Sociales Interdisciplinarias <https://doi.org/10.18848/2474-6029/CGP/1-22>. Julio 2023

³² Unión Europea (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/679 del 27 de abril de 2016. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> numeral (4).

En este orden de ideas, los programas de *compliance*, deben garantizar la protección de datos y la seguridad de la información, tomando en cuenta las normas ISO, serie 27000, emanadas de la Organización Internacional de Normalización. Con ello se persigue proteger toda la información de la empresa, así como el control y la implementación de mecanismos y procedimientos relacionados con la adquisición de productos tecnológicos y la información de los clientes.

La norma ISO 27001, establece lo que se conoce como Sistema de Gestión de Seguridad de la Información, destinado a enfrentar cualquier amenaza que afecte o pueda afectar el desempeño y desarrollo de actividades dentro de la empresa, para el caso que nos ocupa, todo lo atinente a la actividad aseguradora, datos de los clientes y condiciones de contratación, siniestros e incluso la situación financiera. En consecuencia, se busca mantener la integridad, disponibilidad y garantía de confidencialidad mediante la implementación de políticas de prevención y seguimiento, para precaver posibles ataques y daños a los sistemas de información. Lo anteriormente señalado, requiere una constante inducción y adiestramiento dentro de la empresa y la divulgación de mecanismos de prevención dirigidos a los usuarios frente a posibles ataques cibernéticos y fraudes, que puedan afectar a cualquiera de los *stakeholders* y cómo proceder en caso de que ocurra alguna situación adversa.

En este sentido, la norma ISO 27002, contempla mecanismos para la seguridad de la información destinadas a controlar los riesgos relacionados con uso de dispositivos celulares, tablets, teletrabajo, inventarios e incluso la contratación de los recursos humanos, el control del acceso digital a la información, nube, gestión de contraseñas, protección de la información de los clientes, información sobre salud física o mental de trabajadores y clientes (Capítulo 9). También contempla el establecimiento de límites en el acceso a la información de la empresa por parte de colaboradores y proveedores (Capítulo 15) y la manera de gestionar y resolver los incidentes (Capítulo 17).

3. Riesgos en materia de delincuencia organizada

La Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), en 2021, durante la pandemia por COVID 19, la Providencia SAA-8-004-2021, la cual contiene las Normas sobre la Administración de Riesgos sobre Legitimación de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva en la Actividad Aseguradora, basada en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional; dando ingreso a la aplicación de estándares internacionales, además de establecer la obligación, por parte de las empresas aseguradoras, de elaborar manuales de gestión de riesgos.

La finalidad de estas normas es evitar el indebido empleo de la fachada de las empresas para cometer actos tales como el lavado de dinero o el financiamiento de actividades terroristas, el tráfico de armas, conductas establecidas en nuestra legislación como delitos de delincuencia organizada, ya que, a tenor del artículo 31 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, las empresas, salvo que fuese del Estado, responden penalmente por la comisión de los delitos contemplados en dicha ley³³ siguiendo el criterio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no es contemplado por nuestro ordenamiento jurídico de manera general, sino en supuestos puntuales como el mencionado.

La normativa utiliza un enfoque basado en riesgos, manteniendo las regulaciones en relación a las auditorías internas, lo cual es cónsono con los estándares contenidos en la Norma ISO 19011, de la Organización Internacional de Normalización, todo lo cual, estaría apoyado por la Providencia emanada del órgano rector, contentiva de las Normas de contabilidad y Códigos de Cuentas para Empresas de Seguros, Empresas de Reaseguros, Medicina prepagada, Empresas Administradoras de Riesgo, Financiadoras de Primas y Sociedades de Corretaje de Seguros³⁴.

Las sanciones penales propias de la actividad aseguradora las contempla el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, en sus artículos que van del 183 al 187. Destacan los supuestos aplicables a los inspectores de riesgos, ajustadores de pérdidas, peritos, profesionales, intermediarios de seguros, o quienes forjen u ofrezcan servicios sobre empresas extranjeras cuyo funcionamiento no esté autorizado en el país, pueden ser castigados con prisión de dos a seis años, incluyendo la autorización para operar en el sector.³⁵

4. Riesgos derivados de la contratación

En esta materia, se presentan dificultades sobre el riesgo contractual, ya que, debería estar limitado a los riesgos asumidos por la empresa, con base los límites contenidos en la póliza contratada con el tomador; por lo cual debería quedar excluido cualquier riesgo que no haya sido expresamente pactado, no pudiendo ser responsable por condiciones no pactadas. Este contrato debe ser cumplido de buena fe, debiendo existir buena fe del tomador tanto en la verdad sobre la declaración del alcance de los riesgos como en la veracidad del siniestro.

³³ *Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y el financiamiento de terrorismo*. Gaceta Oficial 39.912 del 30/04/2012.

³⁴ Códigos de Cuentas para Empresas de Seguros, Empresas de Reaseguros, Medicina prepagada, Empresas Administradoras de Riesgo, Financiadoras de Primas y Sociedades de Corretaje de Seguros. Gaceta Oficial 42.150 del 16/07/2021.

³⁵ Decreto 2.178 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora GO 6.211 Extraordinario, 30/12/2016, artículo 185.

Sin embargo, como se mencionada en el texto de este trabajo, el Estado venezolano ha pretendido imponer regulaciones administrativas regulatorias de rango sub legal, para establecer condiciones contractuales distintas a las previstas en el marco de la libertad contractual, bajo el enfoque de pertenecer al sistema financiero que impacta en el sistema económico, a través de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora.

Como lo indica Peña, el Estado debe 'hacer uso de sus potestades interventoras en la economía sólo de manera razonable y justificada cuando le sea requerido para no menoscabar la esencia del derecho fundamental a la libertad económica';³⁶ ello significa que debe intervenir de la menor manera posible en el ejercicio de la libertad económica y por ende en la de contratar.

Ramírez³⁷, por otra parte, señala que las empresas deban velar por conocer la integridad corporativa de las personas con las cuales van a contratar, independientemente de su rol, sean usuarios, clientes, proveedores, empresas, inversionistas, consultores, asesores, entre otros; que se puede afirmar, permite el fortalecer la gestión de riesgos operativos en los negocios empresa.

La mayor parte del traspaso del riesgo permitido en el ámbito contractual suele derivar en delitos de corrupción, en casos de competencia desleal o en supuestos de delincuencia organizada. Cuando se contrata, es fundamental realizar una indagación respecto de la persona o empresas con las cuales se va a realizar cualquier actividad negocial; siendo así, ello aplica de manera amplia respecto de los tomadores de seguros y de las propias empresas, cuando no se cuenta con órganos de cumplimiento o no se invierte en esta materia, aumenta la posibilidad de la ocurrencia de algún hecho que pueda generar responsabilidad empresarial. En tal sentido u como lo indica Villegas³⁸ la autorregulación se produce "en la medida que sus órganos corporativos establezcan reglas, protocolos y modos de proceder en un negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo".

Es así como las empresas deben dirigir sus esfuerzos hacia la resiliencia y el respeto de las garantías de los usuarios contratantes, sin aplicar cláusulas abusivas, pero desarrollando políticas para conocer a los clientes. Se debe ofrecer servicios a la medida de sus posibilidades, sin que el pago de las pólizas pueda representar menoscabo al

³⁶ Peña Angello. (2019) *Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil* Revista venezolana de Derecho Mercantil. Nro 3. www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_4bba9300e6fb41a288e6fcd06e8f89b7.pdf

³⁷ Ramírez, A. (2023) *La debida diligencia en la contratación mercantil*. Revista venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Ps. 375-391. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e4c419db61184eca9b1c71265d6ec8f7.pdf

³⁸ Villegas, J (2022) *Derechos del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. P.11.

poder adquisitivo mediante cláusulas confiscatorias y siendo transparentes con los tomadores o adquirentes respecto de los servicios ofrecidos y los límites y prohibiciones. Esto genera confianza en la empresa y representa valor hacia su imagen corporativa.

5. La disciplina del Compliance Corporativo con su nueva visión integradora

Tratando de llegar a una definición de lo que se entiende por *Compliance* Corporativo o Cumplimiento normativo, Castagnino, de manera clara nos dice que se trata de programas de gestión empresarial del riesgo, expresando:

Por medio de programas de control interno, las empresas han encontrado la manera de gestionar los riesgos de *compliance*, evitando sanciones y generando importantes beneficios. Es por ello que, el término anglosajón “*Corporate Compliance*”, también conocido como “*Compliance* Empresarial”, o “Cumplimiento Empresarial”, es utilizado para identificar al conjunto de acciones preventivas ejercidas por la empresa, que procuran garantizar que esta, sus accionistas, directivos, gerentes, empleados y agentes vinculados, cumplan con la normativa aplicable y ejecuten sus actividades con ética³⁹.

El mismo autor, hace referencia⁴⁰—criterio que comparte la autora— a que los programas de control interno tienen un alcance superior al de prevención y control de delitos, Eso se debe al impacto positivo que genera una cultura de cumplimiento dentro de la empresa, lo cual no se limita a la sanción penal contra las empresas, cuyas consecuencias parecen no ser suficientes frente a las derivadas de graves conductas, ejecutadas durante décadas por grandes corporativos como ocurrió con Odebrech, Enron o Volkswagen, muchos de los cuales no parecieran verse afectados por la imposición de penas económicas como la multa.

En este orden de ideas, Villegas Ruiz, señala que:

En nuestro caso puntual, 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 comercial.⁴¹

³⁹ Castagnino, Diego (2019) Una aproximación al concepto de *corporate compliance* Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 3. P. 100. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_aa2124bbd8a549b89f313f76cb6acf14.pdf

⁴⁰ Ibidem, 2019. P. 124.

⁴¹ Villegas Ruiz, Jesús. (2021) *Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social*. P. 232. Revista Venezolana de Derecho Mercantil Nro. 6. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_12cecf795f646af98dd60f13cd68ce7.pdf Ps. 220-254

Una verdadera cultura de cumplimiento atiende toda la estructura organizacional, incorporando criterios de orden social, ambiental, de gobernanza y económico, que facilita alcanzar un desempeño ético de todos dentro de la empresa, así como el cumplimiento legal y de autorregulación, a través de la incorporación e implementación de políticas de gestión de riesgos, debida diligencia, principios, valores, normas de estandarización y de buenas prácticas. Es así como el *compliance* no va referido a un tema netamente penal, sino como una disciplina con sus particularidades, que atiende a aspectos de regulación marcados por la debida vigilancia y el desempeño con base a criterios de riesgo, que lleven a garantizar el desarrollo de las actividades económicas con criterios de sostenibilidad al garantizar el aprovechamiento futuro de los recursos; y, de sostenibilidad, al permitir a la empresa con una buena reputación, permanecer en el mercado con proyección futura.

Por supuesto, no puede obviarse la relevancia que tiene el respeto de los derechos humanos en toda organización, como garantía fundamental del respeto de los demás derechos y del cumplimiento organizacional. Al respecto, indica Villegas Ruiz:

...la responsabilidad social es un aspecto que se debe tomar en cuenta y normativizar en los *Compliance Programs* de toda empresa. Como hemos visto, ambos pueden entenderse como una necesidad y estrategia de negocio. En las líneas que preceden, hemos expuesto los factores que respaldan y explican las oportunidades que tiene el abogado corporativo para incluir estos temas en las normas internas corporativas. La noción de empresa cambia constantemente y con ella, el comportamiento y la visión que todos sus integrantes deben tener. La globalización y la relación empresa-sociedad cada vez más van mostrando las nuevas consideraciones y oportunidades de participación que deben tener las compañías contemporáneas ⁴²

Es de mencionar que el respeto de los derechos humanos y la ética empresarial, están vinculados con los valores y principios organizacionales y los que rigen la vida democrática. Su importancia radica en que las actividades comerciales no infrinjan garantías fundamentales como la protección de la infancia y prohibición del trabajo infantil, el no empleo de ilegales, mujeres, personas con limitaciones físicas en condiciones esclavistas, la prohibición del acoso sexual y del acoso laboral en las empresas, aspectos que van relacionados con los criterios sociales, ambientales y de gobernanza. La ética en las relaciones contractuales puede ir acompañadas de cláusulas resolutivas, que generen responsabilidad por la parte que incumpla estas exigencias.

⁴² Villegas Ruiz, J. Op cit. P. 253.

De este modo, a fin de poder determinar la existencia de programas que respondan a estos criterios, se debe revisar las políticas de cumplimiento y contar con órganos como el oficial de cumplimiento que vigile e implemente los correctivos ante cualquier situación que pueda representar la violación de las propias normas de gestión. Para ello se debe tener en consideración lo atinente a la serie de Normas ISO 26000 sobre responsabilidad social empresarial, de la mano con los estándares de calidad de servicio y tutela de derechos laborales de las Normas ISO 45000, siguiendo sus recomendaciones y procedimientos y convirtiéndolas en disposiciones de derecho blando.

CONCLUSIONES

Las empresas del mercado asegurados, al igual que la mayoría de las empresas del mercado actual, emplean tecnología en sus procesos operativos, contratos, pagos, auditorías, requiriendo seguridad en el manejo de datos e información. Por tal motivo, es importante que cuenten con sistemas de gestión de riesgos informáticos, con el objeto de prevenir ataques cibernéticos y mal uso de datos de los clientes y de la propia empresa.

Del mismo modo, es fundamental la incorporación de programas de cumplimiento que aseguren el respeto y la protección social; pues si bien el contrato de seguro se caracteriza por tratarse de un convenio de adhesión que acepta el usuario, la norma le da carácter social y, aun cuando excede la competencia normativa a través de regulaciones de rango sub legal, no es menos cierto que dentro del ámbito contractual se debe garantizar la posibilidad de ser tomador de una póliza y evitar las cláusulas abusivas.

Es fundamental, en todo caso, la sostenibilidad de las empresas y la responsabilidad social empresarial, una mejor contraloría social y una cultura de cumplimiento, que permita el retorno de la inversión social en buen gobierno corporativo y una mejor reputación organizacional.

En todo caso, para los supuestos de contratación, ya sea con usuarios u otras empresas, deberá tenerse en consideración la debida diligencia y la evaluación con criterio basado en riesgos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Sucre, C. (2000) *Protección del Asegurado y Cláusulas Abusivas*. Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. Caracas, Venezuela. <http://www.menpa.com/archivos/63e313e50df278bdb65fLa%20Proteccion%20del%20Asegurado%20y%20Cláusulas%20Abusivas.pdf>
- Barbara Carrazoni, R. (1989). *El Seguro en General*. Derecho Mercantil – Parte Especial. 1era edición. Ediciones Magon, Caracas, Venezuela. Págs. 19 – 27.

- Castagnino, Diego (2019) Una aproximación al concepto de *corporate compliance* Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 3. P. 100. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_aa2124bbd8a549b89f313f76cb6acf14.pdf
- Chang, Kimlen. (2019) *La irrupción del concepto de actividad económica en el sistema de derecho mercantil venezolano de nuestro tiempo*. Revista venezolana de Derecho Mercantil, Nro 2. Ps. 13-56. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_f826a51094864528a6e-4b01eddeea8b1.pdf
- Código Civil de Venezuela*. 1982. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 2.290 del 26 de junio de 1982.
- Código de Comercio* 1955. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 475 del 21 de diciembre de 1955.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* 1999. Gaceta Oficial Nro. 5.453 del 24 de marzo del 2000.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora*. 2016. Gaceta Oficial Nro. 6.220 del 15 de marzo de 2016.
- De Freitas De Gouveia, E. (2012). *La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la Persona Natural*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, Venezuela. Págs. 37 – 183. *Ley Especial contra los delitos informáticos*. Gaceta Oficial N° 37.313, del 30/10/2001.
- Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y el financiamiento de terrorismo*. Gaceta Oficial 39.912 del 30/04/2012.
- Lozano, J M. (2009). *La Empresa Ciudadana como Empresa Responsable y Sostenible*. España: Editorial Trotta.
- Madrid Martínez, C. (2021) *Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos. Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión, en: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 157, 2018*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Edición 1, pg. 237-263. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/ESPECIAL/RVDM_2021_E_237-263.pdf
- Martínez, Luis y Andrés, Pedro. (2018) *Manual Práctico de Compliance*. Civitas, Madrid.
- Martínez, Yesenia 2014. *La Responsabilidad social empresarial (RSE)* En: <https://www.eoi.es/blogs/mintecon/2014/04/07/la-responsabilidad-social-empresarial-rse>.
- Melich Orsini, J. (2017). *Doctrina General del Contrato*. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 5ta edición, 3ra reimpresión. Caracas, Venezuela.
- Méndez, Charo. (2004) *Responsabilidad Social de Empresarios y Empresas en Venezuela durante el Siglo XX*. Caracas: Strategos Consultores.
- Morandi, J. (1974) *El riesgo en el contrato de seguro: régimen de las modificaciones que lo agravan*. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Morles Hernández, A. (2017). *El seguro dejó de ser un contrato. La distorsión del contrato de seguro en el proceso de transición de sistema económico*. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 156. Enero – diciembre 2017. Págs. 489 – 529.

- Morles, Alfredo (2019). La deslegalización de la materia del contrato de seguro. Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro 3 [https:// www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e64c99d937d042e1a10a144a2ed7e591.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e64c99d937d042e1a10a144a2ed7e591.pdf).
- Normas de contabilidad y Códigos de Cuentas para Empresas de Seguros, Empresas de Reaseguros, Medicina prepagada, Empresas Administradoras de Riesgo, Financiadoras de Primas y Sociedades de Corretaje de Seguros.* Gaceta Oficial 42150, 16/07/2021 Providencia
- Normas que rigen la suscripción de contratos de seguros, reaseguros, medicina prepagada, administración de riesgos, fianzas o reafianzamientos en moneda extranjera.* Providencia SAA-2-0026-2021, 23/04/2021.
- Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora.* 2016. Gaceta Oficial Nro. 40.973 del 24 de agosto de 2016.
- Normas sobre la Administración de Riesgos sobre Legitimación de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva en la Actividad Aseguradora.* Providencia SAA-8-004-2021, 08/02/2021.
- OCDE. (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20.* París, Francia: Éditions OCDE.
- Organización Internacional de Normalización. (2018.) ISO 19011. *Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión.* <http://cmdcertification.com>
- Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 37002 Sistemas de Gestión de canales de denuncia. <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización Norma ISO 27001 sobre la Seguridad de la Información.. “On Information Security”. <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,
- Organización Internacional de Normalización. 2010. ISO 26000. Comisión Electrotécnica Internacional. <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización Norma ISO 14004 *Sistemas de gestión ambiental – Directrices generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo* <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización 2016. Norma ISO 37001 Sistema de Gestión Antisoborno .www.gob.pe/uploads/document/file/404018/ICS-ISO_37001.pdf
- Organización Internacional de Normalización Norma ISO 31010-20019 *Gestión de Riesgos. IEC 31010: 2019. Gestión de Riesgos: Técnicas de Evaluación de Riesgos - Software ISO (isotools.org)*
- Peña Angello. (2019) *Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil* Revista venezolana de Derecho Mercantil. Nro 3. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_4bba9300e6fb41a288e6fcd06e8f89b7.pdf
- Proyecto de Ley de Reforma del Decreto con Fuerza, Rango y Valor de Ley de la Actividad Aseguradora.* 25 de enero de 2022. <https://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/proyecto/proyecto-de-ley-de-reforma-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-la-actividad-aseguradora>
- Ramírez, A. (2023) *La debida diligencia en la contratación mercantil.* Revista venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Ps. 375-391. [https:// www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e4c419db61184eca9b1c71265d6ec8f7.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e4c419db61184eca9b1c71265d6ec8f7.pdf)

- Unión Europea (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/679 del 27 de abril de 2016. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> numeral (4).
- Vaudo, L (2023) Criterios de buen gobierno corporativo en empresas Fintech venezolanas. Especial referencia al sistema financiero. Revista de Ciencias Sociales Interdisciplinarias <https://doi.org/10.18848/2474-6029/CGP/1-22>. Julio 2023
- Vaudo, L (2022) *Good Corporate Governance Standards Prevention through compliance and self-regulation 'Normas de Buen gobierno corporativo. Prevenir con Compliance y Auto-regulación'*.
- Revista Internacional Visual Culture Review. Nro 9. <https://doi.org/10.37467/revvisual.v9.3770>
- Vaudo, L (2022). *Empresas y gestión de riesgos. Agregando valor al negocio*. Revista N° 9 de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Sovedem, ps: 62-79. [http:// www.sovedem.com/_ files/ugd/de1016_016e21d2864346e8bf566af07ce6533f.pdf](http://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_016e21d2864346e8bf566af07ce6533f.pdf)
- Veitía Guzmán, M. (2004) *El perfeccionamiento del contrato de seguros en Venezuela, a partir de la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro del 12 de noviembre de 2001*. Vadell Hermanos.
- Villegas Ruiz, J (2022) *Derechos del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.
- Villegas Ruiz, Jesús. (2021) *Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social*. P. 232.
- Revista Venezolana de Derecho Mercantil Nro. 6. [https://: www.sovedem.com/_ files/ugd/de1016_12cefc795f646af98dd60f13cd68ce7.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_12cefc795f646af98dd60f13cd68ce7.pdf) Ps. 220-254
- Zunzunegui, F. (2019) *Concepto y sistema del derecho del mercado financiero*. Regulación Financiera, Revista de Derecho del Mercado Financiero. Madrid, España.

Las operaciones económicas de las empresas de seguros

(y la no sujeción de sus arrendamientos inmobiliarios en el IVA)

Serviliano Abache Carvajal*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 287-324

Resumen: en este estudio se abordará, por un lado, la naturaleza de las operaciones económicas que realizan las empresas de seguros, en tanto prestadoras de un «servicio privado de interés público», en lo general; así como la calificación teleológica de una actividad u operación económica que realizan las empresas del sector asegurador, cual es la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos en condición de arrendadoras, en lo particular; para evidenciar que dicha operación económica califica –cuando la ejecuta una empresa de seguros y con la finalidad que la misma persigue como parte de una operación más amplia–, como una actividad de seguros y, por esta razón, es subsumible dentro del ámbito de aplicación del artículo 16, numeral 5 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, encontrándose no sujeta a este impuesto.

Palabras clave: Calificación teleológica, operaciones económicas, actividad aseguradora, arrendamientos inmobiliarios, no sujeción, IVA.

Economic operations of insurance companies (and their VAT non taxation in real estate leases)

Abstract: *This paper addresses, on the one hand, the legal nature of the economic operations carried out by insurance companies, as providers of a «private service of public interest», in general; as well as the teleological characterization of a specific economic activity or operation carried out by companies in the insurance sector, which is the execution of real estate lease contracts as lessors, in particular; to demonstrate that said economic operation qualifies –when carried out by an insurance company and with the purpose that it pursues as part of a broader economic operation–, as an insurance activity and, thus, falls under Article 16.5 of the Value Added Tax Law, not being subject to this tax.*

Keywords: *Teleological characterization, economic operations, insurance activity, real estate leases, non-taxable, VAT.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 24/11/2023

* Profesor, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello.

Las operaciones económicas de las empresas de seguros

(y la no sujeción de sus arrendamientos inmobiliarios en el IVA)

Serviliano Abache Carvajal*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 287-324

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. Las actividades u operaciones económicas que realizan las empresas de seguros y su concepción como «servicios privados de interés público». II. La celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por empresas de seguros: su calificación teleológica (y caracterización jurídica) como actividad aseguradora.. III. El ámbito de aplicación de la no sujeción de los seguros, de acuerdo con el artículo 16, numeral 5 de la LIVA. Su aplicación a los arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por empresas de seguros, por razón de su calificación teleológica (y caracterización jurídica) como actividad aseguradora.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El planteamiento del problema de esta investigación no es –exclusivamente– de carácter tributario, aunque sus efectos tengan importantes consecuencias en esa rama del Derecho, sino que también interesa especialmente al Derecho administrativo económico o regulatorio y a un área común a todas las parcelas jurídicas, específicamente, a la calificación fáctica de las conductas, actividades u operaciones de cara a la aplicación de las normas. En esta línea, se enfocará la calificación fáctica desde el terreno propio de las operaciones económicas y su significación teleológica (la finalidad o razón por la cual se realizan), que reporta el mayor interés en la selección y aplicación normativa.

Se ha entendido que las *distintas* finalidades con las que puede realizarse una *misma* actividad u operación económica, tienen la capacidad de hacer variar la norma aplicable y, con ésta, la consecuencia jurídica resultante, habida cuenta que es –precisamente– el aspecto teleológico subyacente perseguido en la operación concebida integralmente o en su *totalidad* (y no el análisis aislado de las *partes* que la integran,

* Profesor, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello.

en tanto meros *instrumentos* para su consecución), lo que puede hacer aplicable una u otra norma del sistema jurídico. Esto lo vemos, con especial claridad, en el ámbito tributario, el cual está particularmente signado por la realidad y sustancia económica de las operaciones que llevan a cabo los contribuyentes.

Por ejemplo, en el marco del ordenamiento jurídico venezolano, si un contribuyente se hace de un bono de la deuda pública con *finés de inversión*, tal conducta será subsumible o encuadrable en el régimen de exención impositiva de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISLR)¹, *ex* artículo 14 numeral 12², razón por la cual recibirá ese beneficio fiscal la renta gravada y, consecuencialmente, no resultarán deducibles las eventuales pérdidas experimentadas; mientras que si la misma operación es realizada, pero esta vez para hacerse de una posición en divisas –y como parte de una operación más amplia– a efectos de honrar un compromiso con un proveedor extranjero, esto es, con *finés cambiarios*, la misma entrará en el ámbito de aplicación del régimen de las diferencias en cambio, *ex* artículo 186 de la LISLR³, siendo –potencialmente– gravables las ganancias obtenidas y deducibles las pérdidas generadas.

Situaciones como las anteriormente descritas sobran en el espectro tributario, en el que, nuevamente, una *misma* actividad u operación económica realizada con *finés distintos*, recibe tratamientos fiscales *diferentes*, por razón de las –a su vez– *disímiles finalidades* perseguidas en la celebración del negocio jurídico del que se trate. O lo que es igual, por virtud de la *calificación teleológica* de la operación económica concebida en su totalidad, la misma puede resultar *subsumible* –como veremos– en distintos *sujetos de hechos* normativos y, con ello, generarse *consecuencias jurídicas* también diferentes.

Pero es que, además, en el caso que nos ocupa las *finalidades* perseguidas por las empresas de seguros en el desarrollo de sus operaciones económicas, sólo pueden –en rigor normativo– ser aquéllas que estén contestes (o conformes) con las correspondientes a las *actividades aseguradoras*, debido a su alta regulación y control mediante la

¹ Ley de Impuesto sobre la Renta (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015).

² Artículo 14 LISLR: «Están exentos de impuesto: (...)// 12. Los enriquecimientos provenientes de los bonos de deuda pública nacional y cualquier otra modalidad de título valor emitido por la República».

³ Artículo 186 LISLR: «A los fines de este Capítulo, las ganancias o pérdidas que se originen de ajustar los activos o pasivos denominados en moneda extranjera o con cláusula de reajustabilidad basada en variaciones cambiarias [se considerarán realizadas] en el ejercicio fiscal en el que las mismas sean exigibles, cobradas o pagadas, lo que suceda primero» (corchetes agregados). La expresión «se considerarán realizadas» inexplicablemente fue omitida en la reforma de la LISLR de 2014 y repetida en la LISLR de 2015, aun cuando dicho artículo 188 no fue objeto de reforma (parcial o integral) alguna, en ninguna de esas oportunidades. Siendo así, la norma debe leerse sin tal (injustificada y antijurídica) omisión o recorte, como fue originalmente publicada en la reforma de la LISLR de 2007 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 38.529, 25 de septiembre de 2006). Sin ese enlace oracional, la norma –dicho sea de paso– está gramáticamente incompleta y carece de sentido.

Ley de la Actividad Aseguradora (LAA)⁴, en lo general, y por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), en lo particular. Esto se evidencia, por ejemplo, en el muy específico ámbito operativo de las *autorizaciones* emitidas por esa Superintendencia a las compañías de seguros, mediante las cuales les puede otorgar el permiso para «operar en los ramos de seguros generales y seguros de vida», el cual delimita *ab initio* su rango de acción en el desarrollo de sus actividades económicas.

Partiendo de lo expuesto, en este estudio se abordará, por un lado, la naturaleza de las operaciones económicas que realizan las empresas de seguros, en tanto prestadoras de un «servicio privado de interés público», en lo general; así como la *calificación teleológica* de una actividad u operación económica que realizan las empresas del sector asegurador, cual es la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos en condición de arrendadora, en lo particular; para evidenciar que, como lo sostenemos, dicha operación económica califica –cuando la ejecuta una empresa de seguros y con la finalidad que la misma persigue como parte de una operación más amplia–, como una *actividad de seguros* y, por esta razón, es *subsumible* dentro del ámbito de aplicación del artículo 16, numeral 5 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (LIVA)⁵, encontrándose no sujeta a este impuesto. De acuerdo con la norma en cuestión:

Artículo 16 LIVA: «No estarán sujetos al impuesto previsto en esta Ley.// 5. Las operaciones de seguro, reaseguro y demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros, los agentes de seguros y reaseguros, los agentes de seguros, los corredores de seguros y sociedades corretaje, los ajustadores y demás auxiliares de seguros, de conformidad con lo establecido en la ley que regule la materia» (resaltado agregado).

Se observa, así, que a tenor literal del enunciado, el *ámbito de aplicación* de la no sujeción de la LIVA –en cuanto a los seguros se refiere–, comprende dos supuestos, a saber: (i) las «operaciones de seguro y reaseguros», esto es, las operaciones propiamente dichas de seguros o *directamente* enmarcadas en esa actividad, y (ii) las «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros», en otras palabras, las operaciones que están de alguna manera *relacionadas* o *conexas* a esa actividad económica, y que son realizadas por sociedades de seguros.

Lo importante, como podrá desde ya apreciarse, es que ambas modalidades de actividades u operaciones han sido expresamente recogidas por el legislador tributario y se encuentran comprendidas en el *ámbito de aplicación* de la no sujeción de la LIVA.

⁴ Ley de la Actividad Aseguradora (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.220 Extraordinario, 15 de marzo de 2016).

⁵ Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.507 Extraordinario, 29 de enero de 2020).

También debe tenerse en cuenta la parte *in fine* del artículo 16, numeral 5 de la LIVA, conforme con el cual, dichas «operaciones de seguro y reaseguros» y «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros», deben realizarse «de conformidad con lo establecido en la ley que regule la materia», esto es, de acuerdo con la LAA. Dicha expresión, como será explicado, *condiciona* radical y racionalmente el ámbito de la no sujeción.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el análisis sobre si la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por empresas de seguros en condición de arrendadoras es subsumible (o no) en el ámbito de aplicación de la no sujeción de las sociedades de seguros en la LIVA, puede hacerse desde posiciones *antagónicas*, o bien: (i) la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por sociedades de seguros, allende ser empresas altamente reguladas y controladas por la SUDEASEG, *no varía* en su calificación teleológica a la de cualquier y todo contrato de esta naturaleza celebrado por empresas distintas a (y no reguladas como) las de seguro y, por tal razón, debe recibir el *mismo tratamiento fiscal* que le da la LIVA al arrendamiento inmobiliario operativo en general, esto es, *están gravados*, ex artículos 3, numeral 3⁶ y 4, numeral 4⁷ de la LIVA; o (ii) la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por sociedades de seguros y con un fin propio a este ramo, *varía sustancialmente* en su calificación teleológica a la de cualquier y todo contrato de esta naturaleza celebrado por empresas distintas a (y no altamente reguladas y controladas como) las de seguros y, como consecuencia de lo anterior, debe recibir un *tratamiento fiscal diferente* al que le da la LIVA al arrendamiento inmobiliario operativo en general, en la medida que califica como una *actividad de seguro* y, como tal, *no está sujeta*, ex artículo 16, numeral 5 de la LIVA.

⁶ Artículo 3 LIVA: «Constituyen hechos impositivos a los fines de esta Ley, las siguientes actividades, negocios jurídicos u operaciones: (...)// 3. **La prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país**, incluyendo aquéllos que provengan del exterior, en los términos de esta Ley. También constituye hecho imponible, el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio, en los casos a que se refiere el numeral 4 del artículo 4 de esta Ley» (resaltado agregado).

⁷ Artículo 4 LIVA: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por: (...)// 4. **Servicios**: Cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer. También se consideran servicios los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales; los suministros de agua, electricidad, teléfono y aseo; los arrendamientos de bienes muebles, **arrendamientos de bienes inmuebles con fines distintos al residencial y cualesquiera otra cesión de uso, a título oneroso, de tales bienes o derechos**, los arrendamientos o cesiones de bienes muebles destinados a fondo de comercio situados en el país, así como los arrendamientos o cesiones para el uso de bienes incorpóreos tales como marcas, patentes, derechos de autor, obras artísticas e intelectuales, proyectos científicos y técnicos, estudios, instructivos, programas de informática y demás bienes comprendidos y regulados en la legislación sobre propiedad industrial, comercial, intelectual o de transferencia tecnológica. Igualmente, califican como servicios las actividades de lotería, distribución de billetes de lotería, bingos, casinos y demás juegos de azar. Asimismo, califican como servicios las actividades realizadas por clubes sociales y deportivos, ya sea a favor de los socios o afiliados que concurren para conformar el club o de terceros» (resaltado agregado).

En suma, la situación que se abordará y será objeto de análisis consiste en evidenciar la máxima importancia de la calificación de la actividad u operación económica de que se trate —en este caso, de la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas de seguros—, teniéndose en cuenta las regulaciones administrativas que condicionan *ab initio* la actividad económica de esas empresas y la finalidad perseguida por las mismas (su carácter teleológico), todo lo cual debe analizarse para determinar cuál es la *norma aplicable* a la situación fáctica objeto de estudio —en esta oportunidad, los artículos 3, numeral 3, y 4, numeral 4 de la LIVA que gravan el arrendamiento inmobiliario como un servicio independiente, o el artículo 16, numeral 5 de la LIVA que establece la no sujeción de las operaciones de seguros—, cuestión que delimitará el adecuado tratamiento fiscal de las operaciones económicas de los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos que celebran las empresas de seguros en condición de arrendadoras.

1. Las actividades u operaciones económicas que realizan las empresas de seguros y su concepción como «servicios privados de interés público»⁸

1. Sobre los «servicios privados de interés público» y la técnica de la autorización operativa

Es ampliamente conocido que la actividad de *policía administrativa* consiste en esa facultad de *ordenación y limitación* de la Administración Pública, mediante la cual ésta *regula* la libertad general del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público* en sus tres clásicas vertientes, a saber: (i) seguridad pública, (ii) salubridad pública, y (iii) tranquilidad (paz) pública.

En este sentido, se ha considerado que del concepto anterior surge lo que hoy se conoce como la función de *policía económica*, a propósito de la aparición de nuevas formas de regulación y técnicas de intervención de las actividades de los particulares, la cual se refiere a la *ordenación y limitación* —por parte de la Administración Pública Económica— de la libertad económica o de empresa del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público económico*⁹.

⁸ Algunos de los aspectos tratados bajo este epígrafe, los abordamos en: PECCHIO BRILLEMBOURG, Isabella y ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Libertad de empresa y el concepto de actividad aseguradora desde el pensamiento de Alfredo Morles Hernández. Una propuesta interpretativa», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil (Edición Especial N° 1. Homenaje al Dr. Alfredo Morles Hernández)*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2021, p. 509-533.

⁹ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006, p. 122.

El orden público económico, como un todo, está regulado por el ordenamiento jurídico en lo general, y por los que se han denominado *ordenamientos jurídicos sectoriales* en lo particular, dentro de los cuales se encuentran –a su vez– las Administraciones sectoriales, encargadas de *regular* e *intervenir* actividades económicas específicas¹⁰, conocidas como servicios de interés público, servicios privados de interés general, servicios privados de intereses colectivos o «servicios económicos privados de interés público»¹¹.

Este tipo de servicios privados de interés público, como su denominación indica, se caracterizan por ser servicios prestados por *empresas privadas* y por tener –por su naturaleza y/o políticas de Estado– *interés público*. Los mismos exigen para su prestación de una *autorización para operar* o una *autorización operativa*, la cual *condiciona* (i) la *posibilidad* misma de realizar la actividad económica, en tanto limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, así como, y con especial e intensa regulación (ii) el *desarrollo* de la actividad económica autorizada, lo cual evidencia el surgimiento de una relación jurídica de tracto sucesivo entre la Administración sectorial y el administrado autorizado¹².

La indicada limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, se refiere a que las empresas privadas que realicen actividades económicas de interés público, si bien tienen –como en efecto– derecho a ejercer su libertad económica o de empresa, *ex* artículo 112¹³ de la Constitución venezolana¹⁴, el mismo se encuentra sometido a –y condicionado por– las anteriormente indicadas potestades de *ordenación* y *limitación* de la Administración por la naturaleza misma del servicio o por las políticas del Estado sobre el mismo. O lo que es igual, en este tipo de actividades no se permite el ejercicio del derecho de acceso al mercado sino en los confines (limitaciones y condiciones) que supone la autorización operativa, en tanto técnica de intervención en la esfera privada.

¹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 144-147.

¹¹ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004, p. 351-356.

¹² Cf. *Ibid.*, p. 391-410.

¹³ Artículo 112 Constitución: «**Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia**, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, **sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía** e impulsar el desarrollo integral del país» (resaltado agregado).

¹⁴ Constitución de la República de Venezuela (publicada inicialmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpressa posteriormente con algunas «correcciones» en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009).

Dentro de los denominados servicios privados de interés público se encuentran, en el ordenamiento jurídico venezolano, los correspondientes a: hidrocarburos, telecomunicaciones, electricidad, banca y, como podrá inferirse, los relativos a las *actividades u operaciones de seguros*¹⁵.

2. La actividad económica de seguros como «servicio privado de interés público»

Precisamente por razón de la actividad económica aseguradora o de seguros que realizan las empresas de seguros, delimitada en el *objeto social* de sus estatutos, es que estas empresas pueden solicitar las respectivas *autorizaciones operativas* para poder realizar este tipo de actividad económica de interés público y, con ello, prestar este tipo de servicio, la cual condiciona administrativamente el *desarrollo* mismo de su actividad durante todo momento de su ejecución.

¹⁵ En Venezuela, no cabe la menor duda de que las actividades de seguro se consideran «servicios privados de interés público o de intereses generales», lo cual se evidencia, entre otros aspectos, de su altísimo nivel de regulación y estricto control administrativo, con especial énfasis en el ejercido por la SUDEASEG, en tanto Administración sectorial del mercado de seguros. Así lo señala expresamente la Exposición de Motivos de la LAA, conforme con la cual: «**Es urgente e imperiosa la transformación del metabolismo de la actividad aseguradora, para disponer de un rumbo y un ritmo cónsonos con los Grandes Objetivos Históricos estratégico del Plan de la Patria. Un rumbo que se ajuste a las necesidades reales de la economía y de la sociedad venezolana y un ritmo que acelere sus tiempos en procura de los intereses colectivos.** Esta transformación deviene por dos necesidades; una que emerge del pueblo por su clamor por mejor atención, trato más humano, defensa oportuna y efectiva, eliminación de prácticas discriminatorias, respeto por los derechos, mayor conocimiento y cultura, y otra que nace del justo acompañamiento de la actividad aseguradora como mecanismo de protección de los bienes del Estado ante eventualidades menores o catastróficas. La actividad aseguradora históricamente ha estado al margen de las políticas de cualquier gobierno, siendo un sector que por su metabolismo genera buenos niveles de rentabilidad a cambio de poca inversión, como lo demuestra el manejo de casi 11.000.000 de asegurados en HCM con sólo 10.500 trabajadores, es decir, 1047 asegurados por trabajador, **esta situación amerita el aumento de la capacidad de supervisión** de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora con la finalidad de garantizar la suficiencia y eficacia de la atención (...)// La masa monetaria que inyecta la actividad aseguradora en la economía nacional para el año 2013 alcanzó aproximadamente \$ USD 13.000 Millones, cerca del 3,13 % del PIB de Venezuela, ubicándose entre los países de América Latina con mayor consumo de Primas per cápita. **Esto indica lo significativo que es la incidencia de la actividad aseguradora en la volatilidad de los precios de algunos sectores económicos, ejemplo el sector automotriz y de repuestos, así como los precios del sector de las empresas privadas de salud, generando distorsiones evidentes que han impulsado el aumento del INPC.** Esta problemática se inserta dentro del combate del Gobierno Nacional contra la guerra económica.// Es por ello, que respetuosamente y al calor del immanente compromiso Bolivariano, Revolucionario, Socialista y Chavista, **tomando en consideración lo establecido en el Plan de la Patria**, concebido por el Comandante Eterno Hugo Chávez, y en las 12 líneas estratégicas de trabajo dispuestas por el Presidente de la República que incluye consolidar y acelerar la recuperación de la economía nacional, así como la inaplazable necesidad de tomar medidas que conduzcan a la definitiva transición al Sistema Público Nacional de Salud establecido como un derecho social fundamental en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 83, entendiéndose que la actividad aseguradora debe supeditarse como sector económico a las políticas dictadas por el Gobierno Nacional y al proyecto de país inmerso en el Plan de la Patria (...)» (resaltado y subrayado agregado). También son varios los enunciados en el cuerpo de la LAA que hacen referencia expresa a los intereses generales o interés público que supone la actividad aseguradora, dentro de los cuales destacan los artículos 1 («en tutela del interés general»), 8 numeral 17 («control, supervisión y fiscalización de la actividad aseguradora y la protección del interés general tutelado»), 8 numeral 33 («irregularidades o faltas graves que advierta en las operaciones de los sujetos regulados y que constituyan una amenaza al interés general tutelado»), 93 («El o la Superintendente de la Actividad Aseguradora, a los fines de mantener el interés general tutelado»), entre otros.

2.1. El principio (y regla) de «exclusividad» y la definición de actividad aseguradora. Alcance, delimitación e interrelación de estas categorías

2.1.1. La «exclusividad» en las actividades de seguros. Alcance de su noción

De conformidad con lo que se conoce como el *principio de exclusividad*, las sociedades de seguros: (i) *sólo* pueden realizar actividades de seguros, y (ii) dichas actividades de seguros *sólo* pueden realizarse por sociedades de seguros¹⁶. Este estándar se encuentra expresamente establecido en los artículos 35 y 15 de la LAA, conforme con los cuales:

Artículo 35 LAA: «*Las empresas de seguros y las administradoras de riesgos deben realizar única y exclusivamente operaciones propias de la actividad aseguradora a que se refiere la autorización que se otorga de acuerdo con las disposiciones establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento. Igualmente, podrá realizar operaciones de reaseguros, retrocesiones en los ramos para los cuales han sido autorizadas para realizar operaciones de seguros, administración de fondos, fideicomiso relacionado en materia de seguro, fianzas y reafianzamientos*» (resaltado agregado).

Artículo 15 LAA: «*La actividad aseguradora sólo podrá ser ejercida por los sujetos regulados¹⁷, una vez autorizados o registrados por ante la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, salvo excepción prevista en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// Las autorizaciones y registros previsto en la presente Ley tienen carácter personalísimo y en tal sentido son intransferibles*» (resaltado agregado).

¹⁶ Así lo explican ACEDO MENDOZA y ACEDO SUCRE: «El principio de exclusividad del ejercicio tiene alcance absoluto en otro sentido: el seguro sólo puede ser ejercido por empresas de seguros autorizadas conforme a la ley y de acuerdo con sus previsiones; se excluye del ejercicio de la actividad aseguradora a quien no sea una empresa de seguros o reaseguros autorizada conforme a la ley». ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *Temas sobre Derecho de seguros*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 68, Caracas, 1998, p. 44.

¹⁷ Artículo 3 LAA: «*Son sujetos regulados por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y en consecuencia, sólo podrán realizar actividad aseguradora en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, previa autorización de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, las empresas de seguros, las de reaseguros, las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, las empresas de medicina prepagada, las empresas de reaseguros, las empresas financiadoras de primas o cuotas, las empresas administradoras de riesgos, los intermediarios de la actividad aseguradora, los intermediarios de la actividad aseguradora, los auditores externos, los actuarios independientes, los inspectores de riesgos, los peritos evaluadores, los ajustadores de pérdidas, que realicen operaciones de seguro, administración de riesgos y las oficinas de representación o sucursales de empresas de reaseguros extranjeras, las sucursales de sociedades de corretaje de reaseguros del exterior (...)*» (resaltados agregados). Artículo 4 LAA: «A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entenderá:// 22. **Sujeto Regulado:** Son aquellas personas naturales o jurídicas que sólo podrán realizar actividad aseguradora en el territorio nacional previa autorización de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora» (sic) (resaltado agregado).

Este estándar (y regla)¹⁸ de la legislación de seguros, incorporado –en una versión más «estricta» del mismo– en la vigente LAA, marca lo que, en principio, pudiera considerarse un cambio de paradigma en la delimitación de las operaciones económicas que pueden llevar a cabo las sociedades de seguros, en la medida que pareciera que *sólo* pueden realizar actividades *propias* de seguros. La situación comentada obliga, entonces, a responder la pregunta siguiente: ¿qué se entiende por *actividad de seguros*?

2.1.2. Definición legal de actividad aseguradora. Su delimitación en la (derogada) LESR y en la (vigente) LAA, y el principio de «exclusividad»

Anteriormente, de conformidad con la –hoy derogada por la LAA– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (LESR)¹⁹, las sociedades de seguros debían tener como *objeto principal* –esto es, debían realizar fundamental pero no exclusivamente– actividades *propias* de seguros, *ex* artículo 73²⁰ de la reforma de 2001, razón por la cual podían ejecutar operaciones que no fueran propiamente (o en sentido estricto) de seguros²¹.

¹⁸ Ya es un lugar común afirmar que el sistema jurídico está compuesto por *reglas y principios*, ambos dirigidos –en tanto normas *prácticas*– a guiar (o justificar) la conducta, contraste normativo que, como es sabido, se dio a propósito del debate entre Herbert L. A. HART y Ronald DWORKIN. Sobre esta distinción, así como en relación con esa conocida contienda, en la dogmática venezolana, *vid.* BULLOCH, Penélope y RAZ, Joseph (Ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes Facultad de Derecho - Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1ª edición, 6ª reimpresión, 2008, *in totum*.

¹⁹ Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (originalmente publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.822 Extraordinario, 23 de diciembre de 1994, «reimpresa por error de transcripción» y publicada nuevamente en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.865 Extraordinario, 8 de marzo de 1995, así como posteriormente –derogada por y– contenida en el Decreto con Rango de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros N° 1.545 de 9 de noviembre de 2001, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.553 Extraordinario, 12 de noviembre de 2001, también «reimpreso por error material» y publicado nuevamente en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.561 Extraordinario, 28 de noviembre de 2001).

²⁰ Artículo 73 LESR/2001: «Las empresas de seguros deberán realizar de **manera principal** las operaciones de seguros a que se refiere la autorización que exige este Decreto Ley. Igualmente, podrán realizar operaciones de reaseguros, fianzas, reafianzamientos, fondos administrados y fideicomiso, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza. Se requerirá autorización previa para todas aquellas que sean análogas o conexas con esas actividades» (resaltado agregado).

²¹ Como lo recuerdan ACEDO MENDOZA y ACEDO SUCRE: «La ley venezolana es más amplia: el literal b del artículo 42 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que estas empresas deben tener como “objeto fundamental” la realización de operaciones de seguros o de reaseguros. El legislador venezolano utiliza a conciencia las palabras “objeto fundamental”, toda vez que, al referirse el artículo 43 a las sociedades de corretaje, exige que éstas tengan como “único objeto” la realización de las actividades de intermediación de seguros. De allí se sigue que el sistema venezolano sea algo más flexible que los de exclusividad de objeto; nuestra ley sólo exige que las empresas realicen operaciones de seguros y reaseguros, como objeto fundamental; de donde se colige que pueden hacer otras operaciones distintas a la actividad aseguradora propiamente dicha, como serían, a título de ejemplo, ciertas inversiones en bienes no afectados a la cobertura de reservas. No obstante, siendo “fundamental” el objeto, debe concluirse que actividades distintas al seguro propiamente dicho deben ser de naturaleza marginal o accesoria o estar subordinadas al cumplimiento de su objeto fundamental; o, por lo menos, estar relacionadas con él o servir a su realización». ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 44.

Si bien pareciera haberse reducido el ámbito de desarrollo de actividades económicas por parte de las empresas de seguros, a propósito de la inclusión en la LAA de una versión más «estricta» del indicado estándar de exclusividad, no es menos cierto que dicha «exclusividad» no es tal o, por lo menos, no tiene la rigidez que en principio pudiera pensarse. Esto se evidencia de la definición misma de *actividad aseguradora*, a propósito de la inclusión en el ámbito del desarrollo de tales actividades económicas, de operaciones *relativas* o *conexas* a las actividades *propias* del contrato de seguros, tal como expresamente lo establece el artículo 2 de la LAA. De conformidad con esta norma:

Artículo 2 LAA: «***La actividad aseguradora es toda relación u operación relativa o conexa al contrato de seguro, al de reaseguro y al contrato de administración de riesgos, en los términos establecidos en las normas que regulan la materia. De igual manera, forman parte de la actividad aseguradora la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje avaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas, el financiamiento de primas o cuotas, el fideicomiso relacionado en materia de seguro y los fondos administrados***» (resaltado agregado).

Se observa, así, que al incluirse las relaciones u operaciones *relativas* o *conexas* al contrato de seguro, las cuales –por definición– no son (no pueden ser) las *propias* de seguros (como las indicadas en el citado artículo 35 de la LAA), en la medida que son *relativas* a éstas («*Que guarda relación con alguien o con algo*»²²) o *conexas* a las mismas («*Dicho de una cosa: Que está enlazada o relacionada con otra*»²³), se hace entonces evidente que el pretendido principio de exclusividad no se concreta o materializa como de entrada pudiera pensarse –y, más bien, se alinea con la fórmula adoptada de este estándar en otros países²⁴–, habida cuenta la propia definición legal

²² Voz *relativo*, va: «Que guarda relación con alguien o con algo». Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, 22ª edición, Madrid, 2001, p. 1937.

²³ Voz *conexo*, xa: «Dicho de una cosa: Que está enlazada o relacionada con otra». *Ibid.*, p. 619.

²⁴ «En muchas legislaciones, se establece que las empresas de seguros sólo pueden ejecutar operaciones de seguros; esto es que el ejercicio del seguro sería su objeto exclusivo. En España la ley prohíbe a las empresas de seguro realizar “cualquier industria o negocio distinto de los seguros” (Benítez de Lugo: obra citada, tomo III, p. 89); y en Argentina la Ley de Entidades de Seguros de 1973 establece que las empresas de seguros deberán tener como “objeto exclusivo” la ejecución de operaciones de seguros. **Dentro del sistema de la exclusividad se consideran operaciones de seguros, no sólo la celebración de contratos de seguros, sino los demás actos inherentes, conexos o relacionados con la actividad aseguradora**; así, la citada ley argentina dispone que las empresas podrán en la realización de su objeto, disponer y administrar los bienes en que tengan invertidos su capital y reservas (Halperin: obra citada, tomo I, p. 130); y Benítez de Lugo, al referirse a la ley española, dice que la prohibición de ejecutar operaciones o negocios distintos de los seguros no es absoluta, toda vez que la empresa de seguros puede realizar otras inversiones que sean “negocios distintos del de seguros, pero que por reputarlos lucrativos y beneficiosos para su objeto, puede hacerlos al amparo de otras disposiciones legales que le permiten otras inversiones” (obra citada, tomo IV, pág 89)» (resaltado agregado). ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 43.

de la *actividad aseguradora* introducida por el artículo 2 de la LAA, que, además de comprender las actividades *propias* de seguros delimitadas por el citado artículo 35 *eiusdem*, incluye a las *relativas* o *conexas* a éstas²⁵.

2.1.3. ¿Contradicción o complementariedad en la aplicación del artículo 35 (principio de «exclusividad»: guía de conducta) y del artículo 2 (actividad aseguradora: definición legal) de la LAA?

Es importante dejar claro que no se genera una situación antinómica o de contradicción normativa entre los analizados artículos 35 y 2 de la LAA; antes por el contrario, *estos enunciados se complementan*. En efecto, de conformidad con el artículo 35 de la LAA: «Las empresas de seguros y las administradoras de riesgos deben realizar *única y exclusivamente* operaciones *propias* de la actividad aseguradora», entendiéndose por tal: «*toda relación u operación relativa o conexa al contrato de seguro*», ex artículo 2 *eiusdem*.

A otro decir: una norma delimita el *actuar* o *conducta* de las sociedades de seguros (artículo 35 de la LAA, en tanto *norma práctica* [que guía la conducta]), mientras que la otra *define* legalmente qué se entiende por *actividad aseguradora* (artículo 2 de la LAA, como *norma no práctica* [que establece una definición]), para que el enunciado anterior pueda, en efecto, aplicarse²⁶.

2.1.4. Recapitulando: los confines del desarrollo de la actividad aseguradora

Lo cierto es que, como puede apreciarse, las sociedades de seguro no pueden realizar las *actividades económicas* que consideren y en la *forma* que consideren, sino *sólo* aquéllas establecidas en su *objeto social*, delimitadas en la propia LAA, así como

²⁵ Así también lo ha entendido MORLES HERNÁNDEZ, para quien: «De conformidad con el artículo 2° de la Ley, la actividad aseguradora es toda relación u operación relativa al contrato de seguros y al de reaseguro, así como también toda relación u operación relativa a la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje avaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas y el financiamiento de primas». MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Derecho de seguros*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013.

²⁶ Dentro de la teoría de los enunciados jurídicos, una clasificación bastante útil desde un sentido práctico, es la correspondiente a las normas *prácticas* y *no prácticas*. Así, las primeras *guían* la conducta desde las perspectivas *permisivas*, *prohibitivas* y *obligatorias*, mientras que las segundas establecen *definiciones* para delimitar la interpretación jurídica de las categorías definidas y, con ello, habilitan la aplicación de las normas *prácticas*. Las segundas (las *no prácticas*) sirven para concretar la aplicación de las primeras (las *prácticas*). Si bien, en principio, los enunciados *no prácticos* no guían propiamente la conducta –por lo menos no *directamente* hablando–, lo cierto es que sí lo hacen de manera *indirecta* al definir la categoría jurídica que es empleada en la norma práctica que guía la conducta directamente, gozando, así, de *finalidad práctica*. Sobre la teoría de los enunciados jurídicos, *vid.* ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2004, *in totum*. Para nuestras consideraciones sobre esta teoría, en particular sobre las *normas prácticas* y *no prácticas*, *vid.* ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Serie Estudios de la Academia N° 113, Caracas, 2019, p. 194-200.

concretadas en la *autorización operativa* o permiso por parte de la SUDEASEG –que representa la Administración sectorial del mercado de seguros– y con el alcance precisado en dicha autorización. A otro decir: en la medida que las empresas de seguros se tienen que dedicar –exclusivamente– a la prestación de servicios de seguros, las mismas *sólo* pueden: (i) realizar actividades u operaciones de seguros (*propias y relativas o conexas* a éstas), y (ii) prestar estos servicios dentro de los confines de la ley de la materia, de la autorización operativa otorgada por la SUDEASEG e, incluso, de su propio objeto social.

2.2. La necesaria compatibilidad que debe existir entre las actividades autorizadas y las (efectivamente) realizadas por las empresas de seguros

Aunado a lo anterior, y como si acaso no fuera suficiente que las sociedades de seguros *deben* obtener la autorización operativa para poder realizar y desarrollar su actividad económica aseguradora, además deben tenerse en cuenta las fiscalizaciones periódicas de las cuales son sujetas las mismas por parte de la SUDEASEG, en ejercicio de la indicada potestad de policía económica, con fundamento en el artículo 1²⁷, artículo 6, numerales 1 y 3²⁸, artículo 8, numeral 7²⁹, y artículo 183³⁰ de la LAA, mediante la cual esta Administración sectorial del mercado de seguros *controla, vigila, supervisa y regula* el *desarrollo* mismo –con carácter de tracto sucesivo– de la activi-

²⁷ Artículo 1 LAA: «El objeto del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, es establecer el marco normativo para el **control, vigilancia, supervisión, autorización, regulación y funcionamiento** de la actividad aseguradora, a fin de garantizar los procesos de transformación socioeconómico que promueve el Estado, en tutela del interés general representado por los derechos y garantías de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, de reaseguros, los contratantes de los servicios de medicina prepagada, de administración de riesgos y de los asociados de las cooperativas que realicen actividad aseguradora de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (...)» (resaltado agregado).

²⁸ Artículo 6 LAA: «Son atribuciones de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora:// 1. Ejercer la **potestad regulatoria para el control, vigilancia previa, concomitante y posterior, supervisión, autorización, inspección, verificación y fiscalización** de la actividad aseguradora, en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento (...)// 3. Establecer el **sistema de control, vigilancia, supervisión, regulación, inspección y fiscalización de la actividad aseguradora**, bajo los criterios de supervisión preventiva e integral y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y normas que regulen la materia (...)» (resaltado agregado).

²⁹ Artículo 8 LAA: «Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:// 7. **Supervisar el cumplimiento y desarrollo de las actividades permitidas** a los sujetos regulados en los términos establecidos por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. La Superintendencia de la Actividad Aseguradora podrá determinar la **incompatibilidad de las actividades que desarrollen los referidos sujetos con respecto a aquellas para las cuales han sido autorizados**» (resaltado agregado).

³⁰ Artículo 183 LAA: «**Quienes se dediquen a las actividades propias de la actividad aseguradora, sin estar autorizados o autorizadas, serán sancionados o sancionadas con prisión de dos a seis años.**// Si quien incurre en esta práctica es una persona jurídica, la pena de prisión se aplica a su presidente o presidenta, administradores o administradoras, ejecutivos o ejecutivas, directores o directoras, gerentes, favores y otros empleados de rango similar que hayan intervenido en esas operaciones, de acuerdo al grado de participación en la comisión del hecho» (resaltado agregado).

dad económica de seguros autorizada y, por vía de consecuencia, *ordena y limita* de manera directa e inmediata el ejercicio de su derecho de acceso al mercado en el cual presta sus servicios privados de interés público, al extremo de poder «*determinar la incompatibilidad de las actividades que desarrollen los referidos sujetos con respecto a aquéllas para las cuales han sido autorizados*», de conformidad con el citado artículo 8, numeral 7 de la LAA.

El indicado artículo 8, numeral 7 de la LAA, deja ver la necesaria y forzosa *compatibilidad* que debe existir entre las actividades u operaciones económicas efectivamente desarrolladas por las sociedades de seguros y las actividades u operaciones económicas para las cuales se le ha otorgado la autorización operativa. En otras palabras, las empresas de seguros no pueden –en sentido normativo– realizar actividades económicas divorciadas o distintas a aquéllas para las cuales se les ha dado la respectiva autorización operativa.

2.3. El principio de confianza legítima y las actividades desarrolladas por las empresas de seguros

Lo anterior no hace más que evidenciar y confirmar que las actividades u operaciones económicas que realizan las empresas de seguros, están (*deben estar*) necesariamente enmarcadas dentro de la LAA, en lo general, y de su *autorización operativa*, en lo particular, lo cual tiene como consecuencia o corolario natural la generación en cabeza de la empresa de la *confianza legítima*³¹, ex artículo 11³² de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)³³, de que el desarrollo de sus actividades eco-

³¹ Que como lo ha considerado el Tribunal Supremo de Justicia en sus distintas Salas, consiste en: «Uno de los principios que rige la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y **cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas**» (resaltado agregado). Sentencia N° 210, 9 de marzo de 2010, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Olga del Valle Ontiveros de Ochoa v. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00210-10310-2010-2008-0213.html>.

³² Artículo 11 LOPA: «Los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública podrán ser modificados, **pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados**. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes» (resaltado agregado). Esta norma recoge el aludido principio de confianza legítima, como lo ha sentado la jurisprudencia: «A mayor abundamiento, hay que señalar que **el principio de confianza legítima encuentra su expresión en el derecho positivo venezolano en variadas normas, y en ese sentido, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha sido considerado en reciente fallo de la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal uno de sus ejemplos más significativos (Sentencia 00514 del 29 de marzo del 2001, Exp. 10.676, caso “The Coca Cola Company”) criterio que esta Sala acoge plenamente**» (resaltado agregado en la sentencia). Sentencia N° 98/2001, 1° de agosto de 2001, Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Asociación Civil «Club Campestre Paracotos» v. República (Consejo Nacional Electoral)*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/agosto/098-010801-000058.htm>.

³³ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario, 1 de julio de 1981).

nómicas está, como en efecto, apegado a Derecho y con el debido respaldo, permiso, confirmación, aprobación y, en definitiva, *autorización operativa administrativa* de la propia SUDEASEG.

El principio de confianza legítima reviste la mayor importancia, en cuanto a las *autorizaciones o permisos* otorgados por la Administración Pública a los particulares para el desarrollo por parte de éstos de su actividad económica, como lo ha delimitado la jurisprudencia:

«En este contexto es menester señalar que el otorgamiento de los permisos generó expectativas en las accionantes y con ello importantes erogaciones de dinero, con la finalidad de cumplir con los objetivos para los cuales la Administración les confirió tales autorizaciones y ejercer de esta forma la actividad económica de su preferencia.// Por lo cual, la omisión de hacer cumplir los requisitos establecidos en la normativa tendiente a la regularización de la actuación de las accionantes no puede ocasionar perjuicio a quien previamente ha obtenido de la autoridad competente la anuencia para el ejercicio de su actividad, plasmado en actos administrativos, los cuales a pesar de la inhibición de su eficacia, mantenían plena validez, tal como lo apreció esta Sala en su sentencia del 13 de marzo de 2001»³⁴ (resaltado agregado).

Partiendo de que las actividades de seguros están altamente reguladas y son autorizadas (al *inicio*) y fiscalizadas (*durante* su ejercicio) por la SUDEASEG, razón por la cual lo *único* que pueden (*deben*) hacer las sociedades de seguros es realizar actividades económicas de seguros (*propias y relativas o conexas* a éstas); entonces puede concluirse que, en principio, *todas* las actividades u operaciones económicas que realice una empresa de seguros son (*deben ser*) necesariamente actividades u operaciones de seguros que cuentan con el permiso (expreso o tácito) de la SUDEASEG.

No obstante lo anterior, y de cara a precisar de la mejor manera posible lo que se quiere decir, es necesario hacer una aclaratoria. No se está afirmando que como las sociedades de seguros sólo pueden (*deben*) realizar actividades de seguros y que al éstas realizar o celebrar contratos de arrendamiento, tales contratos automáticamente equivalen a –o se traducen en– *actividad de seguros*. Ello equivaldría a incurrir en la *falacia de la afirmación del consecuente*³⁵, que consiste en pretender derivar, a partir de un condicional y de la afirmación de su consecuente, la afirmación del antecedente del condicional³⁶.

³⁴ Sentencia N° 937, 28 de abril de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Ricardo Javier González Fernández y otros v. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganiqueles*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/937-280403-02-2660%20.htm>.

³⁵ «Consiste en intentar derivar, a partir de un condicional y de la afirmación de su consecuente, la afirmación del antecedente del condicional». MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 248.

³⁶ Un ejemplo clásico sería el siguiente: *premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *premisa menor*: está haciendo frío;

Tampoco se parte de la premisa de que: *la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos califica –porque sí– como actividad aseguradora*; pues ello se traduciría en incurrir en la *falacia de petición de principio* o del *argumento circular*³⁷, en la medida que se estaría suponiendo (partiendo de la premisa de) lo que, más bien, se debe demostrar (concluirse).

Lejos de lo anterior, lo que se sostiene es que, partiendo de que las sociedades de seguros sólo pueden (*deben*) realizar las actividades para las cuales fueron expresamente *autorizadas*, v. g. actividades aseguradoras, entonces pudiera afirmarse que, en principio, las actividades que realiza cualquier sociedad de seguros debidamente autorizada, gozan de una suerte de presunción (no técnica) a favor de la empresa, en cuanto a considerar que *todas* sus actividades se enmarcan (*deben* enmarcarse) dentro del ámbito de delimitación de su autorización operativa y, por ello, pudiera pensarse que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos califica como una actividad de seguros, habida cuenta las periódicas fiscalizaciones de las cuales la empresa es sujeto y que dichas operaciones no han sido reparadas o tachadas de «incompatibles» por la SUDEASEG, ex artículo 8, numeral 7 de la LAA.

En sintonía con lo indicado, lo cierto es que las sociedades de seguros, pueden (*fácticamente* hablando) realizar actividades económicas ajenas o divorciadas a las actividades aseguradoras para las cuales fueron expresamente autorizadas, incurriéndose, así, en la incompatibilidad regulada en el citado artículo 8, numeral 7 de la LAA.

II. La celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por empresas de seguros: su calificación teleológica (y caracterización jurídica) como actividad aseguradora

Por razón de lo expuesto, es forzoso desentrañar la naturaleza de la operación económica concreta de celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas de seguros, a fin de determinar si la misma *califica teleológicamente* –como lo sostenemos– como una *actividad de seguros*, bien sea *propia* o *relativa/conexa* a éstas. A esto nos dedicaremos a continuación.

conclusión: entonces, está lloviendo. La estructura correcta del argumento más bien sería: *premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *premisa menor*: está lloviendo; *conclusión*: entonces, está haciendo frío.

³⁷ «El argumento circular o petición de principio consiste en un razonamiento que presupone aquello que quiere probar (sólo funciona si se asume, como una premisa, la conclusión del argumento, por lo que no permite probar la conclusión)». MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *op. cit.*, p. 261.

1. Calificación teleológica de las operaciones económicas y su importancia en la aplicación normativa, en lo general

La calificación de los hechos tiene la mayor relevancia de cara a la selección de la norma aplicable. Se ocupa, en general, de lo que se ha denominado «problemas de calificación normativa y de subsunción de los hechos»³⁸, con lo cual se quiere determinar si se aplica una u otra norma y, con ello, una u otra consecuencia jurídica³⁹. De esta manera, se debe calificar el hecho para elegir aquella norma o conjunto de ellas que más propiamente lo contemplen, bajo las cuales han de ser subsumidos dichos hechos⁴⁰. A otro decir: lo que se busca es delimitar la naturaleza de los hechos para precisar el régimen normativo que les sea aplicable⁴¹.

Por su parte, la *calificación teleológica de las operaciones económicas* consiste, en particular, en tener en cuenta el *fin subyacente* perseguido en las mismas y no los meros medios empleados para su consecución, con lo cual lo que se está haciendo, en definitiva, es apreciándose la *actividad* que concretamente es desarrollada en su *totalidad*, esto es, de manera *integral* (la operación considerada *como un todo*), en lugar de atender cada parte (instrumental) de la misma, como si se trataran de operaciones individualmente consideradas, con la finalidad de encuadrarla en la norma aplicable del ordenamiento jurídico. Luce evidente, entonces, que la única manera de precisar la *finalidad* buscada en la operación económica celebrada, es teniendo en cuenta la *totalidad* de la actividad, su caracterización integral.

De lo contrario, análisis parciales o por partes de la operación de que se trate, por demás enfocados en los medios o instrumentos para su materialización, no darán cuenta (no pueden hacerlo) de la finalidad perseguida en la operación propiamente dicha, sino –en todo caso– de cada parte individualmente considerada, con lo cual se desdibujará la operación por (erróneamente) centrarse en sus partes o segmentos, como si se tratara de pequeñas operaciones en sí mismas valoradas o como si gozaran de autonomía propia, lo cual, a la postre, llevaría a una incorrecta calificación de la operación como un todo y, por vía de consecuencia, a su subsunción en el enunciado normativo incorrecto.

³⁸ Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Eolas Ediciones, León (España), 2013, p. 29.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 71.

⁴¹ Cf. BERMÚDEZ, José Rafael, «Interpretación jurídica y calificación de los hechos. Según el Código Orgánico Tributario de 2001», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudio de la legislación actual. En homenaje a los ex-presidentes de la AVDT*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, p. 773.

La labor de calificar las operaciones atendiendo sus fines reviste la mayor importancia, en la medida que las *distintas* finalidades con las que eventualmente puede realizarse una *misma* actividad u operación económica, tienen la capacidad de hacer variar la norma aplicable y, con ésta, la consecuencia jurídica resultante, habida cuenta que, es –precisamente– el aspecto teleológico subyacente perseguido en la operación económica concebida integralmente o en su *totalidad* (y, de nuevo, no el análisis aislado de las *partes* que la integran, en tanto meros *instrumentos* para su consecución), lo que puede hacer aplicable una u otra norma del ordenamiento jurídico.

Lo anterior cobra aún mayor peso, si se repara en que –como en el caso que nos ocupa– algunas veces las operaciones no sólo tienen un marcado fin que habilita su calificación teleológica de cara a la selección de la norma aplicable, sino que dicho fin –por razón de la alta regulación y control de la actividad económica de que se trate–, tiene que *obligatoriamente* ser uno en específico, como en el caso de las actividades aseguradoras. O lo que es igual: en el caso de las operaciones económicas que realizan las sociedades de seguros, las empresas no pueden «escoger» *qué hacer y cómo hacerlo* atendiendo a los eventuales fines ulteriores perseguidos, sino que lo *qué hace y cómo lo hace* *obligatoriamente* debe enmarcarse en la ley de la materia y debe gozar de la autorización de la SUDEASEG. En caso contrario, la SUDEASEG puede (realmente, *debe*) determinar la incompatibilidad entre las actividades autorizadas y las efectivamente desarrolladas, *ex* artículo 8, numeral 7 de la LAA.

Corresponde, entonces, analizar si la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por las empresas, en tanto empresas altamente reguladas y controladas por la SUDEASEG, *no varía* en su calificación teleológica a la de cualquier y todo contrato de esta naturaleza celebrado por empresas distintas a (y no reguladas como) las de seguro; o si la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas aseguradoras y con un fin propio a su ramo, *varía sustancialmente* en su calificación teleológica a la de cualquier y todo contrato de esta naturaleza celebrado por empresas distintas a (y no reguladas como) las de seguros, todo con la finalidad de identificar la norma aplicable de la LIVA en la cual deba subsumirse dicha operación económica.

2. Calificación teleológica (y caracterización jurídica) de los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por empresas de seguros como actividad aseguradora, en lo particular

Conforme las premisas anteriores, si la *finalidad* de la celebración de contratos de arrendamientos sobre bienes inmuebles es en *sí misma* el arrendamiento inmobiliario operativo como actividad económica *autónoma*, esto es, si se trata de una *operación inmobiliaria* propiamente dicha –y no forma parte de otra operación–, entonces la mis-

ma calificaría, sin más, como una actividad de *arrendamiento inmobiliario*, en tanto operación económica *especulativa*.

Empero, si la *finalidad* de la celebración de un contrato de arrendamiento inmobiliario operativo, como cuando los celebran las empresas de seguros, es en *sí misma* una actividad *propia* de seguros o forma parte de su actividad de seguros con la cual está *relacionada* o *conexa*, esto es, un medio para lograr un fin, entonces la operación calificará –en efecto– como una *operación de seguro*⁴², en tanto operación económica *preventiva* en beneficio directo de los asegurados, como en seguida pretendemos evidenciarlo.

2.1. El objeto social único permitido por ley a las empresas de seguros y la posibilidad de celebrar contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos, como aceptación de su naturaleza de actividad aseguradora

De acuerdo con el artículo 19, numeral 3 de la LAA, las sociedades de seguros deben tener como *objeto social único* la realización de las operaciones *permitidas* por esa ley. Así lo establece la norma en referencia:

Artículo 19 LAA: «***Son requisitos indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de seguros y empresas administradoras de riesgos las siguientes: (...)// 3. Tener como objeto único la realización de operaciones permitidas por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, para empresas de seguros y administradoras de riesgos***» (resaltado agregado).

Como se observa, las sociedades aseguradoras no pueden obtener ni mantener la autorización para realizar *actividades de seguros*, si su objeto social único no consiste en la ejecución de las operaciones permitidas por la propia ley, que no son otras que las

⁴² La posición que sostenemos sobre la necesaria calificación teleológica de las operaciones económicas, en lo general, y de la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de una empresa de seguros, en lo particular, para poder delimitar el correcto tratamiento fiscal en materia de IVA, es compartida por el catedrático colombiano Mauricio PLAZAS VEGA, probablemente la máxima autoridad latinoamericana en este impuesto. Al respecto, PLAZAS VEGA explica lo siguiente: «Como lo ha sostenido la Administración Tributaria, la **exclusión** tiene lugar en relación con el **servicio de arrendamiento propiamente dicho** y entendido como **actividad principal y no como parte de otra operación** (...). De esta manera, parece claro que actividades como las desarrolladas por **casas de banquetes**, en las cuales se «alquila» al usuario un salón **para los fines de la recepción** de que se trate, **se encuentran gravadas por su valor total** aunque el simple arrendamiento del inmueble, si se considerara de manera **aislada**, no fuera materia del impuesto». PLAZAS VEGA, Mauricio A., *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, Temis, 2ª edición, Bogotá, 1998, p. 458-459. Como puede apreciarse, en Colombia el tratamiento en materia de IVA de los arrendamientos inmobiliarios es el contrario al venezolano (están no sujetos). Pero lo relevante es que, como explica PLAZAS VEGA, el arrendamiento que recibe el tratamiento de no sujeción es aquél que consiste en un arrendamiento propiamente dicho, como *actividad principal* «y no como parte de otra operación», en cuyo caso recibiría el tratamiento fiscal de esa «otra operación», en tanto calificaría como la *actividad principal*, con lo que se evidencia –y esto es lo que nos interesa– que no se califica la operación a partir del *medio* empleado, en tanto mero aspecto instrumental (y, por ello, *parte*) de la actividad, sino con base en el *fin perseguido* en la operación *como un todo*.

correspondientes a la actividades aseguradoras. Aunado a lo precisado, debe recordarse lo anteriormente precisado sobre el principio (y regla) de «exclusividad» de las actividades de seguros, así como sobre la necesaria *compatibilidad* que debe existir entre las actividades autorizadas y las (efectivamente) desarrolladas por las sociedades de seguros, máxime si se tiene en cuenta que es la propia SUDEASEG la que, previo a la constitución (o modificación de los estatutos sociales) de estas empresas, la que autoriza su contenido estatutario, dentro del cual —como práctica en el medio asegurador— se incluye expresamente en la propia cláusula del *objeto social único* la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos.

Lo anterior permite afirmar que si las empresas de seguros tienen permitido, como en efecto y en los términos que en seguida se desarrollará con mayor detenimiento, celebrar contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos, entonces la realización de este tipo de *acto jurídico*⁴³ por parte de las mismas tiene naturaleza de actividad de seguros.

2.2. Calificación teleológica de la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos, en tanto activos aptos para la representación de las reservas técnicas, como actividad aseguradora

Las empresas de seguros celebran contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos con la finalidad de lograr un rendimiento de las reservas, tanto para los asegurados como para sí mismas, las cuales —por mandato legal— deben *constituir, representar y mantener* en beneficio de sus asegurados. De conformidad con los artículos 45 y 54 de la LAA:

Artículo 45 LAA: «***Se consideran reservas técnicas: las reservas matemáticas, reservas para riesgos y cuotas en curso, reserva para prestaciones y siniestros pendientes de pago, reserva para siniestros ocurridos y no notificados, reserva para servicios prestados y no notificados, reserva para riesgos catastróficos y reserva para reintegro por experiencia favorable.// En aquellos casos en que las empresas de seguros reciban la contraprestación por equivalente u otorguen coberturas o beneficios adicionales por la suscripción del contrato de seguro original o principal, deben constituir, representar y mantener la reserva técnica correspondiente, en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (...)***» (resaltado agregado).

⁴³ Debiéndose tener presente, en los términos que lo precisan con rigor ACEDO MENDOZA y ACEDO SUCRE, que: «la capacidad de la persona jurídica se limita a la ejecución de los actos para los cuales fue constituida; en el caso de la sociedad mercantil ordinaria, la ejecución de actos de comercio, y, en el de la sociedad anónima empresa de seguros, el ejercicio de la actividad aseguradora fundamentalmente». ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 43.

Artículo 54 LAA: «**Las empresas de seguros, de reaseguros, de medicina prepagada y las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, deben mantener activos aptos para la representación del cien por ciento (100%) de las reservas matemáticas, para riesgos en curso, para prestaciones y siniestros pendientes de pago, para cuotas en curso, para servicios prestados y no notificados, para siniestros ocurridos y no notificados y para reintegro por experiencia favorable previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en los siguientes porcentajes: (...)// 3. **No más del veinte por ciento (20%) en:// a. Predios urbanos edificados de conformidad con lo previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (...)**»⁴⁴ (resaltado agregado).**

Las reservas técnicas que regula la LAA, no son más que provisiones obligatorias que se deben constituir para atender las eventuales y futuras obligaciones de las empresas de seguros frente a sus asegurados, en caso de producirse los siniestros amparados por sus pólizas de seguros. En este sentido, puede entenderse que las reservas califican como una suerte de apartado para «deudas futuras» de las empresas de seguros y deben registrarse en el pasivo de su contabilidad (Grupo 401), de conformidad con las «Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros»⁴⁵.

Ahora bien, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos sobre predios urbanos edificados, en tanto *activos aptos*⁴⁶ para la representación de las reservas técnicas, *no está prohibida*, por el contrario, *está permitida* por el artículo 53 de la LAA. De acuerdo con la norma en cuestión:

Artículo 53 LAA: «*Serán considerados como bienes no aptos para representar las reservas técnicas, aquellos que estén contractualmente destinados a permanecer transitoriamente en el activo de la empresa, tales como: operaciones de reporto, mutuos, prestamos de títulos valores, arrendamientos financieros, ventas sometida a condiciones suspensivas o resolutorias o con pacto de retracto. La*

⁴⁴ En sintonía con el artículo 52, numeral 3 LAA: «El monto obtenido de la sumatoria de todas las reservas técnicas debe estar representado en los bienes o derechos ubicados en la República o documentados en títulos valores ubicados en el país, independientemente del lugar de emisión de esos títulos, que a continuación se identifican:// 3. **Predios urbanos edificados** cuyas bienhechurías posean la respectiva constancia de culminación de obras otorgada por la autoridad municipal competente en la materia, libres de gravámenes, situados en la República, hasta por el noventa por ciento (90%) del valor del avalúo del inmueble, practicado de conformidad con las normas que al efecto dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora» (resaltado agregado).

⁴⁵ Originalmente dictadas por la otrora Superintendencia de Seguros mediante Providencia N° HSS-100-001, del 20 de enero de 1992 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.383 Extraordinario, 19 de febrero de 1992), con sucesivas reformas dictadas en: Resolución N° 400-93-0018 dictada por la Superintendencia de Seguros, de 9 de febrero de 1993 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.158, 24 de febrero de 1993); Resolución N° 100-94-0019 dictada por la Superintendencia de Seguros, de 7 de marzo de 1994, (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.444, 21 de abril de 1994); y Providencia N° FSAA-00288, de 10 de marzo de 2016, dictada por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 40.908, 20 de mayo de 2016).

⁴⁶ Artículo 37, numeral 2 LAA: «**La actividad de las empresas de seguros**, de reaseguros, de medicina prepagada, administradoras de riesgos y asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora estarán sujeta a las siguientes condiciones: (...)// 2. **Los recursos que representan las reservas técnicas deben estar invertidos en los bienes aptos para representarlas** y en los porcentajes establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley» (resaltado agregado).

Superintendencia de la Actividad Aseguradora en caso de duda podrá, mediante las normas que a tal efecto dicte, ordenar que se excluya un determinado activo.// Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán representar las reservas para riesgos catastróficos en bienes inmuebles ni en préstamos hipotecarios» (resaltado agregado).

Como se observa, el criterio de caracterización como no aptos del artículo 53 de la LAA, viene dado por el «carácter transitorio» de los bienes indicados en el mismo, en la medida que no están destinados a *permanecer* en el activo de la empresa y, con ello, evidentemente no pueden emplearse para representar las reservas técnicas, como es el caso –expresamente indicado– de los arrendamientos financieros.

Por argumento *a contrario*, teniéndose en cuenta que los bienes inmuebles dados en arrendamientos operativos inmobiliarios sí están destinados a permanecer en el activo de la empresa de seguros, habida cuenta que integran –indefinidamente– su patrimonio (y en caso de que se decida enajenarlos o gravarlos, debe contarse con la autorización expresa de la SUDEASEG, *ex* artículo 8, numeral 43⁴⁷), los mismos son aptos para representar las reservas técnicas de la empresa, con lo cual, además –y esto es lo importante a nuestros efectos– la celebración de este tipo de contratos está *permitida* y, más aún, *califica* como una actividad de seguros, en la medida que la representación de las reservas técnicas es una obligación legal consustancial a las operaciones de seguros propiamente dichas, en tanto se erigen en la constitución de un pasivo de las sociedades de seguros a favor de sus asegurados.

Partiendo de que los predios urbanos edificados son bienes aptos para representar las reservas técnicas, y que los cánones generados por la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos sobre los mismos no son más que frutos del rendimiento de la inversión –por esa vía– de tales reservas, se hace evidente que los mismos siguen –en la caracterización de su naturaleza jurídica– la suerte de dichas reservas, pues, como es sabido, lo *accesorio* sigue la suerte de lo *principal*.

⁴⁷ Artículo 8 LAA: «Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:// 43. **Autorizar a las empresas de seguros, de reaseguros, empresas de medicina prepagada y asociaciones cooperativas que realicen actividad aseguradora, la enajenación y gravamen de los predios urbanos edificados, inmuebles**, así como aquellos vehículos y cualesquiera otros bienes o valore producto de las recuperaciones y salvamento de siniestros» (resaltado agregado). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si el bien que se pretende enajenar o gravar representa las reservas técnicas, el mismo debe sustituirse por otros bienes, en los términos establecidos en el artículo 61 de la LAA, conforme con el cual: «**Cuando se pretenda hacer cualquier enajenación o constituir gravamen de los bienes que representan las reservas técnicas, la empresa estará obligada a sustituir previa o simultáneamente los valores correspondientes por otros bienes de los aceptados por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la representación de reservas técnicas.** Igual sucederá en los supuestos en que por la naturaleza del bien afecto a reserva o por mandato legal o judicial, fuera necesario rescatarlo o liquidarlo.// Si los accionistas o los asociados, la junta directiva y quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria de la empresa de seguros, de reaseguros, de medicina prepagada y las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, enajenaren los bienes que representan las reservas técnicas y no los sustituyan por otros, ocasionando una insuficiencia en la representación de las reservas técnicas, serán responsables administrativa, civil y penalmente, según el caso» (resaltado agregado).

Es evidente, así, que siendo lo *principal* –en la representación de las reservas técnicas– los predios urbanos edificados, entonces los frutos que éstos generan mediante la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos son, a todas luces, *accesorios* a éstos y, por ello, gozan de la misma naturaleza jurídica de lo principal, cual es: ser bienes aptos para la representación de las reservas técnicas y, por tanto, *indiscutibles operaciones aseguradoras*.

Pero es que, además, si se tiene en cuenta lo anteriormente precisado sobre la moderación o matización del pretendido principio de «exclusividad», a propósito de la inclusión dentro de la definición legal de *actividades de seguros*, de las operaciones *relativas* o *conexas* a éstas, entonces no nos cabe la menor duda de que si, en el supuesto que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos para rentabilizar las reservas técnicas representadas en los predios urbanos edificados no calificase como una actividad de seguros en sí misma, esto es, una operación *propia* de seguros, entonces calificaría como una operación *relativa* o *conexa* a una actividad de seguros en sentido propio, con lo cual –por mandato del artículo 2 de la LAA– se subsume o encuadra perfectamente dentro de la definición legal de *actividad aseguradora*, en la medida que, como lo venimos sosteniendo y así lo ha precisado –con rigor– la doctrina⁴⁸, las actividades *accesorias* o *subordinadas* al cumplimiento del objeto fundamental de las empresas de seguros, habida cuenta su *relación* con éste y encaminamiento a lograr su efectiva realización, están comprendidas dentro de su *actividad aseguradora*.

O lo que es igual: bien sea que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos para obtener el rendimiento necesario de las reservas para los asegurados y para sí misma califique, en sí misma, como una actividad *propia* de seguros; bien sea que la celebración de tales contratos califique como una operación *relativa* o *conexa* al contrato de seguros; lo cierto es que, por una u otra vía de análisis teleológico de la operación, la misma –indiscutiblemente– califica como una *actividad de seguros*.

En efecto, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por una empresa de seguros en condición de arrendador, tiene en sí misma un *fin asegurador*, esto es, tales contratos y los cánones percibidos gozan de un evidente carácter *instrumental* para lograr –como *parte* de la operación más amplia de seguros, propiamente dicha– la finalidad última perseguida, cual es –precisamente– realizar una actividad (o prestar un servicio) de seguros, en beneficio de sus asegurados.

⁴⁸ Cf. ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 44.

2.3. Los cánones de arrendamientos inmobiliarios operativos como beneficio directo y preventivo de los asegurados, y su calificación teleológica como actividad aseguradora

También debe tenerse en cuenta, que las empresas de seguros celebran contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos en *beneficio directo* de los asegurados de manera *preventiva*, en la medida que los cánones se suman/imputan a las reservas técnicas de ley, al punto de que si la empresa experimenta un déficit en la representación de las mismas: (i) los accionistas y miembros de la junta directiva de la empresa serán solidariamente responsables ante tal situación, y (ii) la SUDEASEG ordenará la compra o venta de los bienes necesarios para solventar tal situación; como lo establecen los artículos 56 y 57 de la LAA:

Artículo 56 LAA: «**Los accionistas o asociados y la junta directiva de las empresas de seguros, de reaseguros, de medicina prepagada y las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, serán solidariamente responsables por la adecuada constitución, inversión, representación, custodia, grado de liquidez y seguridad de las reservas técnicas, de acuerdo con las previsiones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y las normas que dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. La responsabilidad contenida en este artículo es indelegable**» (resaltado agregado).

Artículo 57 LAA: «**Evidenciado un déficit en la presentación de las reservas técnicas, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora ordenará la adquisición o la enajenación de los bienes necesarios para solventarlos en un lapso que no excederá de los quince días hábiles contados desde la fecha en que haya sido notificado el sujeto de regulado con la personalidad jurídica que corresponda. // En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo anterior, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora podrá de oficio tomar las medidas necesarias sobre cualquier clase de activo que posea la empresa para subsanar el déficit de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y las normas que dicte al efecto**» (resaltado agregado).

Lo anterior evidencia que las empresas de seguros no celebran estos contratos en verdadero beneficio de la empresa –mucho menos como una actividad económica *especulativa*–, sino fundamental y principalmente a favor, protección y salvaguarda de sus asegurados, para evitar que –ante una eventual imposibilidad material de los accionistas y de la junta directiva de solventar la situación deficitaria comentada–, los asegurados se encuentren en una situación de desprotección, en la medida que los cánones generados por la celebración de los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos integran las reservas técnicas en resguardo y garantía de futuras deudas por la ocurrencia de los siniestros comprendidos por las pólizas de seguros, esto es, a título *preventivo*.

En definitiva, no es lo mismo la celebración de un contrato de arrendamiento inmobiliario operativo como un *fin en sí mismo* y como la *totalidad* de una operación (*fin inmobiliario-especulativo*), que la celebración de un contrato de arrendamiento inmobiliario operativo como *medio para un fin* y como *parte de la operación* más amplia de seguros (*fin asegurador-preventivo*).

2.4. Fundamento tributario de la calificación teleológica de los cánones de arrendamientos inmobiliarios operativos como ingresos brutos de las empresas de seguros, de acuerdo con el artículo 18 de la LISLR

En sintonía con lo anterior y teniendo en cuenta que, como tantas veces se ha señalado, las sociedades de seguros sólo pueden realizar actividades aseguradoras, la LISLR –en el contexto del sistema tributario venezolano– expresamente incluye dentro de los *ingresos brutos* de estas empresas, a los *cánones de arrendamientos y demás proventos generados por los bienes en que se hayan invertido el capital y las reservas*, en total sintonía con nuestra calificación teleológica y caracterización jurídica de la celebración de dichos contratos como indiscutibles *operaciones de seguros*. En efecto, de conformidad con el artículo 18 de la LISLR:

Artículo 18 LISLR: «(...) los ***ingresos brutos de las empresas de seguros estarán constituidos por el monto de las primas, por las indemnizaciones y comisiones recibidas de los reaseguradores y por los cánones de arrendamiento, intereses y demás proventos producidos por los bienes en que se hayan invertido el capital y las reservas***» (resaltado agregado).

Se observa, así, que la propia LISLR califica a los efectos de la determinación del enriquecimiento neto gravable de las empresas de seguros, los cánones de arrendamiento como ingresos brutos, a los cuales se le imputarán los costos y deducirán los gastos correspondientes, evidenciándose, una vez más, que al ser dichos ingresos propios de las empresas de seguros, entonces la operación que los genera (celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos) también es una modalidad de actividad aseguradora.

2.5. Fundamento contable de la calificación teleológica de los cánones de arrendamientos inmobiliarios operativos como ingresos permitidos a las empresas de seguros

Tal permisión legal no resulta difícil de entender, si se repara, además, en la expresa inclusión en las «Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros», de la «Cuenta 03. Alquileres vencidos por cobrar», que a su vez forma parte del «Sub-Grupo

08. *Beneficios devengados por cobrar*», del «Grupo 207. Cuentas Diversas» del Activo Analítico, por un lado, así como de la «Cuenta 03. Alquileres Ganados», que integra el «Sub-Grupo 01. Productos de Inversiones», del «Grupo 581. Gestión General de la Empresa» del Ingreso Analítico, por el otro; con lo cual no sólo se evidencia la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, sino también que los cánones generados por los mismos deben registrarse contablemente atendiendo las indicadas normas técnicas.

Así, la indicada «Cuenta 03. Alquileres Ganados» que integra el «Sub-Grupo 01. Productos de Inversiones», del «Grupo 581. Gestión General de la Empresa» del Ingreso Analítico, deja ver la naturaleza de *inversión* con la que contablemente se registran los cánones generados por los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos que celebran las sociedades de seguros sobre los predios urbanos edificados —en tanto activos aptos— para la representación de las reservas técnicas.

No debe pasarse por alto que la contabilidad, en el caso de las sociedades de seguros, debe llevarse *obligatoriamente* conforme lo establecido en la ley de la materia —so pena de sanción⁴⁹—, la cual remite a los manuales de contabilidad y códigos de cuentas que dicte la propia SUDEASEG para cada tipo de actividad económica de seguros que pueden llevar —y, con ello, están *permitidas* para— estas empresas⁵⁰. Así lo indica el artículo 66 de la LAA:

Artículo 66 LAA: «**La contabilidad de las empresas de seguros, de reaseguros, las financiadoras de primas o cuotas, las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, las empresas de medicina prepagada, las administradoras de riesgos, las sociedades de corretaje de seguros y las sociedades de corretaje de reaseguros, debe llevarse conforme a los Manuales de Contabilidad y Códigos de Cuentas que dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, la cual se ajustará a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas internacionales de contabilidad.** // La contabilidad debe reflejar fielmente todas las operaciones derivadas de actos y **contratos** realizados por esas empresas y personas» (resaltado agregado).

⁴⁹ Artículo 172 LAA: «**Los sujetos regulados**, los auditores de sistemas y los comisarios, **serán sancionados**, en caso de personas naturales con multa de un mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a cuatro mil unidades tributarias (4.000 U.T.), y si se trata de **personas jurídicas con multa de doce mil unidades tributarias (12.000 U.T.) a veinticuatro mil unidades tributarias (24.000 U.T.)**, cuando: // 1. **Infrinjan las normas e instrucciones de carácter financiero y contable establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley o que dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.** // 2. Sus estados financieros no se ajusten a los modelos contenidos en los Manuales de Contabilidad o normas prudenciales que al respecto dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. // 3. Contravengan las normas sobre: // a. Las asambleas de accionistas. // b. Los sistemas de información automatizada. // c. Las normas o instrucciones sobre auditorías de sistemas y actuarios independientes. // d. Las auditorías externas. // 4. Impidan, limiten o restrinjan a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, el ejercicio de las atribuciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. // **Cuando la infracción a que se refiere este artículo impida conocer la verdadera situación patrimonial de la persona jurídica, la multa será de cuatro mil unidades tributarias (4.000 U.T.) a treinta seis mil unidades tributarias (36.000 U.T.)**» (resaltado agregado).

⁵⁰ Sobre el régimen legal de la contabilidad de las empresas de seguros, *vid.* ROMERO-MUCI, Humberto, *El Derecho (y el revés) de la contabilidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 94, Caracas, 2011, p. 140-142.

En este sentido, deben tenerse en cuenta las estrictas regulaciones y controles impuestos a estas sociedades (inclusive, de índole técnico-contable), por lo que las empresas de seguros no celebran contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos como una operación en sí misma *inmobiliaria y especulativa*, esto es, no lo hacen –y, más importante aún, *no pueden hacerlo*– como si se trataran de empresas inmobiliarias o de bienes raíces, cuya actividad económica principal consiste en –precisamente– eso: *arrendar (o vender) inmuebles*; las cuales, además, carecen de una Administración sectorial que *autorice* su funcionamiento y *controle* el desarrollo de sus actividades.

Por el contrario, cualquier y *toda* operación económica que lleve a cabo una empresa del sector asegurador con inmuebles (llámese compra-venta o arrendamiento), debe ceñirse –estrictamente– a las disposiciones de la LAA, en lo general, y debe ser *aprobada* por la SUDEASEG, en lo particular, porque tales inmuebles propios son activos revalorizables⁵¹ que pueden ser utilizados para la representación de las reservas técnicas, lo que a todas luces evidencia, por demás, su preclaro –y obligatorio– *fin asegurador-preventivo*.

Lo que quiere dejarse claro es que, no es igual bajo concepto alguno que una empresa *no regulada o controlada* en su actividad económica (por ejemplo, de bienes raíces o de comercio general) arriende un inmueble (con una finalidad en *sí misma inmobiliaria-especulativa*), a que lo haga una sociedad aseguradora *altamente regulada y controlada* en su actividad económica (como medio o instrumento para cumplir su fin único y obligatorio: *realizar actividades aseguradoras-preventivas*).

⁵¹ Estando clasificados en el «Grupo 410. Superávit no realizado» del «Sub-Grupo 02. Reserva para revalorización de inmuebles», en las «Cuentas 01 y 02. Predios Urbanos Edificados» de las «Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros».

2.6. Inexistencia de normas prohibitivas de la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de las empresas de seguros y su caracterización como permiso para las mismas

Y no sólo es que, como luce evidente, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos está *permitida* por las razones expuestas, sino que –además– no está enmarcada en ninguna de las *normas prohibitivas* de la LAA⁵². En efecto, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos, en tanto actividad de seguros, no está incluida en los artículos 39⁵³, 40⁵⁴ y 41⁵⁵ de la LAA, los

⁵² «El término “permiso”, por otro lado, puede significar dos cosas muy diferentes: permisos expresos o en sentido fuerte, es decir, autorizaciones explícitas, pero también permisos tácitos, consistentes en la mera ausencia de prohibiciones». BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 21. Lo anterior puede entenderse, como es sabido, bajo el rótulo de «derecho como equivalente a no prohibido», en los términos que lo explica NINO siguiendo a KELSEN. Cf. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Ariel, 11ª edición, Barcelona, 2003, p. 198-201.

⁵³ Artículo 39 LAA: «**Queda prohibida la realización de operaciones de seguros o de medicina prepagada que carezcan de base técnica actuarial, estadística o del respaldo de reaseguradores**, que califiquen para aceptar riesgos en reaseguro conforme al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como de las operaciones comprendidas en los sistemas denominados tontino y chatelusiano, sus derivados o similares. **También quedan prohibidos los contratos de cuentas en participación con relación al seguro** y la medicina prepagada, entendiéndose por éstos, aquéllos en los cuales las empresas de seguros o de medicina prepagada dan participación a otras empresas en las utilidades o pérdidas de una o más de sus operaciones, o en los que un grupo de personas dan participación a otras en utilidades o pérdidas relativas a determinados riesgos; sin que ello afecte los reintegros por buena experiencia» (resaltado agregado).

⁵⁴ Artículo 40 LAA: «**No serán válidos los contratos de seguros celebrados con empresas extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en la República**; de igual manera no serán válidos, cuando el riesgo esté ubicado en el territorio nacional. Quedan exceptuadas de esta disposición, las operaciones de reaseguros realizadas conforme al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, la norma que regula la materia de contratos de seguro y de reaseguro, así como las operaciones previstas en los acuerdos internacionales válidamente suscritos y ratificados por la República.// El Ministro o Ministra con competencia en materia de planificación y finanzas, previa opinión de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, por razones de oportunidad y conveniencia del Estado, fijará los casos y las condiciones, en los cuales se podrá autorizar el aseguramiento en el exterior de riesgos ubicados en el territorio nacional, que no sea posible asegurar con compañías establecidas en el país, siempre que esa imposibilidad haya sido demostrada fehacientemente» (resaltado agregado).

⁵⁵ Artículo 41 LAA: «**Queda prohibido a los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, lo siguiente:** // 1. Otorgar préstamos, salvo que se trate de: // a) Préstamos concedidos dentro de programas de incentivos laborales, tales como préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda principal. // b) Préstamos documentados o automáticos sobre pólizas de vida. // c) Préstamos otorgados a los intermediarios de seguros. // 2. Realizar cualquier operación de carácter crediticio para financiar directa o indirectamente las primas de los contratos de seguros o de reaseguros que suscriban. No se considera financiamiento de primas, la modalidad de pago de prima fraccionada cuando ésta no contenga recargo. // 3. Otorgar descuentos sobre las primas de los contratos de seguros, sin aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. // 4. Realizar operaciones garantizadas directa o indirectamente con sus propias acciones u obligaciones. // 5. Asegurar bajo el régimen de coaseguro, los bienes o personas de los órganos y entes del Poder Público, cuyo volumen anual de primas de seguros represente un valor inferior a doce mil Unidades Tributarias (12.000 U.T.). Tampoco podrán cubrir bajo régimen de coaseguro los riesgos de hospitalización, cirugía y maternidad, seguros colectivos de vida, de transporte de bienes en general y de vehículos terrestres. // 6. Realizar operaciones de reaseguro o reafianzamiento con empresas reaseguradoras no inscritas en el Registro que lleva la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. // 7. Efectuar operaciones de reaseguro o reafianzamiento con empresas reaseguradoras que tengan una vinculación accionaria, jurídica, económica, financiera, organizativa, administrativa o asociativa o constituyan una unidad de decisión o gestión de acuerdo con lo establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. // 8. Condicionar la contratación de una póliza, servicio o plan de salud a la contratación de otras pólizas, servicios o planes, así como el acceso a servicios bancarios o financieros o la adquisición de otros bienes y servicios a la adquisición de pólizas de seguros o contratos de medicina prepagada. // 9. Suscribir pólizas de seguros sin cobro de la contraprestación dineraria o sus equivalentes correspondientes. // 10. Dar por terminado el contrato de seguros por el incumplimiento de

cuales se encargan de delimitar el ámbito de las operaciones que están vedadas para las sociedades de seguros, inclusive, expresamente indicando las tipologías contractuales cuya celebración les está prohibida, dentro de las cuales no están incluidos los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos.

A propósito de estas normas, es necesario hacer mención especial al artículo 41, numeral 20 de la LAA, conforme con el cual:

Artículo 41 LAA: *«Queda prohibido a los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, lo siguiente: (...)// 20. Realizar operaciones de captaciones de recursos distintas a las previstas en este Decreto con Rango, Valor o Fuerza de Ley, para sus operaciones de seguros, de reaseguros, fideicomiso en materia de seguros, fianzas o administración de riesgos, según corresponda»* (resaltado agregado).

los pagos de las cuotas de financiamiento de primas de seguros.// 11 Ofrecer planes de seguros con sorteos o permitir que la actividad aseguradora esté asociada a planes de esta naturaleza.// 12. Pagar comisiones, bonificaciones u otras remuneraciones de cualquier tipo, independientemente de cualquier denominación o forma, vinculadas a las intermediación de seguros y reaseguros a personas naturales o jurídicas que no estén autorizadas para realizar esta actividad de conformidad con lo establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// 13. Rechazar el pago de indemnizaciones o prestaciones con argumentos genéricos, sin exponer claramente las razones de hecho y de derecho en que se basan para considerar que el pago reclamado no es procedente, no bastando la simple indicación de la cláusula de contrato de seguros o norma legal que a su juicio lo exonera de su responsabilidad.// 14. Pagar a los proveedores de insumos o servicios de los contratos de seguro o planes o servicios de salud, servicios o consumos no prestados o precios mayores a los ofertados para el público en general.// 15. Asegurar o reasegurar directa o indirectamente sus propios bienes o los riesgos o bienes pertenecientes a otras personas jurídicas en las cuales mantenga participación accionaria.// 16. Celebrar contratos con empresas e instituciones, y en especial con aquellas regidas por la ley que regula materia bancaria o por la ley que regula la materia del mercado de valores, mediante los cuales se le concedan numeraciones, ventajas o beneficios por concepto de las pólizas que suscriban los clientes de estas instituciones.// 17. Realizar operaciones de banca seguros.// 18. Anular los códigos de intermediación que han sido asignados a los intermediarios de seguros e impedir que éstos sigan representando a los contratantes, tomadores, asegurados o beneficiarios.// 19. Decretar dividendos o repartir utilidades o excedentes que prevean sus estatutos, cuando:// a. Las obligaciones distintas a las derivadas de los contratos de seguros y de reaseguros, el capital y las reservas legales no estén respaldados razonablemente por los activos de la empresa no afectos a la representación de las reservas técnicas; previa verificación del balance de situación.// b. La empresa no se ajuste a las disposiciones de patrimonio propio no comprendido y margen de solvencia.// c. Los activos aptos para representar las reservas técnicas no sean superiores a las referidas reservas.// d. Se encuentre sometida al régimen de inspección permanente o a medidas prudenciales dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.// 20. **Realizar operaciones de captaciones de recursos distintas a las previstas en este Decreto con Rango, Valor o Fuerza de Ley, para sus operaciones de seguros, de reaseguros, fideicomiso en materia de seguros, fianzas o administración de riesgos, según corresponda.**// 21. Efectuar ajustes de prima por alta siniestralidad durante el periodo para el cual ha sido calculada la prima del seguro o de medicina prepagada.// 22. Negar o condicionar la cobertura inmediata en casos de emergencia previstos en el contrato de seguro de hospitalización, cirugía y maternidad.// 23. Alegar las enfermedades preexistentes o adquiridas, defectos o malformaciones congénitas, como causal de rechazo de siniestros de hospitalización, cirugía y maternidad.// 24. Negarse a recibir los reclamos de terceros provenientes de siniestros amparados por pólizas de seguro de responsabilidad civil.// 25. Emitir contratos de fianza sin contar con el respaldo de la respectiva contragarantía y los contratos de reaseguros o reafianzamientos.// 26. Enajenar por cualquier título, las partes automotrices y los vehículos que hayan sido calificados como inservible o no recuperable de conformidad con lo dispuesto en la ley que regula la materia de transporte terrestre, sin la autorización de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, de acuerdo con las normas que al efecto se dicten» (resaltado agregado).

Como fácilmente se observa y en sintonía con lo anteriormente precisado sobre el carácter *permitido* de los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos en la representación de las reservas técnicas de ley, la celebración de los mismos no califica como «operaciones de captaciones de recursos *distintas* a las previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, *para* sus operaciones de seguros»; antes por el contrario: (i) tal actividad está enmarcada *dentro* de las operaciones *previstas* y, más importante aún, *permitidas* en la LAA para las sociedades de seguros, y (ii) dicha actividad no se celebra para captar recursos «para sus operaciones de seguros», en la medida que califica, en sí, como un actividad de seguros; con lo cual tal supuesto de prohibición no le es –en lo absoluto– aplicable.

2.7. Aceptación de la SUDEASEG de los reportes mensuales de la información sobre el rubro del pasivo de las reservas técnicas y del activo sobre las inversiones para su representación, y su caracterización de la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos como actividad aseguradora

Aunado a lo indicado, partiendo de que las empresas de seguros reportan mensualmente la información sobre el rubro del pasivo referido a las reservas técnicas y del activo sobre las inversiones aptas para la representación de las mismas, en cumplimiento de los artículos 8, numeral 18⁵⁶, y 45 parte *in fine*⁵⁷ de la LAA, y al tenerse en cuenta que dicho ente regulador no requiere o solicita la discriminación de tales conceptos, ni mucho menos repara u objeta los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos, entonces debe entenderse que la SUDEASEG está *aceptando* –así sea, tácitamente– que su celebración: (i) es *permitida* para las sociedades de seguros, (ii) es *permitida* a propósito de la representación de las reservas técnicas concretamente y, conforme las premisas anteriores (iii) no sólo fácticamente *califica*, sino que es jurídicamente *caracterizable* –legal y administrativamente– como *actividad de seguros*.

⁵⁶ Artículo 8 LAA: «Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:// **18. Revisar y determinar la constitución, mantenimiento y representación de las reservas técnicas y del patrimonio propio no comprometido en función de los requerimientos de solvencia**, así como, la razonabilidad y adecuación de los estados financieros, dentro del procedimiento administrativo correspondiente. **En los casos que juzgue necesario, ordenar la situación, rectificación o constitución de las reservas o provisiones**, o que se aumente el patrimonio propio no comprometido, para ajustarlo a los requerimientos de solvencia u ordenar las modificaciones e inclusiones que fuere menester incorporar en los estados financieros e informes respectivos y ordenar nuevamente su publicación» (resaltado agregado).

⁵⁷ Artículo 45, parte *in fine*, LAA: «(...) La Superintendencia de la Actividad Aseguradora dictará las normas relativas a la oportunidad en que se constituirán las reservas, la forma y términos en que las empresas de seguros, de reaseguros, de medicina prepagada y las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora, **deben reportarle todo lo concerniente a la constitución de las reservas técnicas**» (resaltado agregado).

2.8. Recapitulando: la calificación teleológica (y de la caracterización jurídica) de los contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por empresas de seguros como actividad aseguradora

En definitiva, no nos cabe la menor duda de que, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas de seguros en calidad de arrendadoras califica teleológicamente –en lo *fáctico*– y se caracteriza jurídicamente –en lo *legal y administrativo*– como una *operación de seguros* de la mayor importancia, en tanto encuadra y forma parte de la consecución de la *finalidad* perseguida, a través de la obtención de rendimientos acumulables a las reservas técnicas que, por mandato de la LAA, debe mantener en beneficio de sus asegurados y de la propia sociedad, sin los cuales sería por lo menos difícil –para no decir imposible–, prestar este *servicio privado*, con las funestas consecuencias que ello aparejaría para el *interés público*.

III. El ámbito de aplicación de la no sujeción de los seguros, de acuerdo con el artículo 16, numeral 5 de la LIVA. Su aplicación a los arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por empresas de seguros, por razón de su calificación teleológica (y caracterización jurídica) como actividad aseguradora

Teniendo en cuenta que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas de seguros califica teleológicamente como una *actividad de seguros*, con lo cual, desde el punto de vista *fáctico*, así como a partir de su caracterización jurídica en lo *legal y administrativo*, se ha precisado la naturaleza –y habilitado el entendimiento– de esta operación económica, corresponde, entonces, analizar el *sentido jurídico* de la no sujeción de los seguros de conformidad con el artículo 16, numeral 5 de la LIVA, de cara a su aplicación a los arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por las empresas de este ramo económico.

1. Ámbito de aplicación de la no sujeción de los seguros, de acuerdo con el artículo 16, numeral 5 de la LIVA

De conformidad con el artículo 16, numeral 5 de la LIVA:

Artículo 16 LIVA: «*No estarán sujetos al impuesto previsto en esta Ley.// 5. Las operaciones de seguro, reaseguro y demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros, los agentes de seguros y reaseguros, los agentes de seguros, los corredores de seguros y sociedades corretaje, los ajustadores y demás auxiliares de seguros, de conformidad con lo establecido en la ley que regule la materia*» (resaltado agregado).

En sintonía con los citados artículos 35 y 2 de la LAA, sobre la clasificación de las operaciones de seguros en *propias* y en *relativas* o *conexas* a éstas, la LIVA delimita el *ámbito de aplicación* de la no sujeción de las operaciones de seguros, atendiendo –precisamente– esos mismos criterios cualitativos, al referirse a: (i) las «operaciones de seguro», y (ii) las «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros».

En cuanto a las primeras mencionadas, esto es, las «operaciones de seguro», al ser caracterizadas –sin más– como operaciones o actividades de seguros, debe entenderse que las mismas se refieren a las operaciones de seguros *propriadamente dichas*, esto es, las que califican como actividades *propias*, en la medida que son *en sí mismas* operaciones de seguro.

Por su parte, en cuanto a las segundas indicadas en la norma, referidas bajo el rótulo de las «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros», se deja ver que ya el legislador no se está refiriendo a operaciones *propias* de seguros, sino, más bien, a esas *otras actividades* que, sin ser –en sí mismas– de seguros, *instrumentalmente* las pueden realizar las sociedades de seguros –como parte de su actividad principal– para cumplir su fin asegurador, y partiendo de la premisa básica de que este tipo de empresas *sólo* pueden llevar a cabo actividades aseguradoras en el marco de su autorización operativa, en los términos expuestos, entonces luce evidente que tales «demás operaciones» son, en efecto, las clasificadas como *relativas* o *conexas* a las actividades propias de seguros.

Como podrá observarse, lo más importante del sentido de la norma en cuestión, es que tanto las actividades u operaciones de seguros propias, como las relativas o conexas a éstas, han sido expresa y sistemáticamente recogidas por el legislador de la LIVA, encontrándose ambas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la no sujeción, lo cual tiene sentido en la medida que, unas y otras operaciones están legalmente caracterizadas como actividades de seguros, ex artículos 35 y 2 de LAA, respectivamente.

Nuestra posición encuentra –adicional– y expreso respaldo, en el artículo 17 del Reglamento General del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (RLIVA)⁵⁸, de acuerdo con el cual:

Artículo 17 RLIVA: «*Para los efectos del impuesto se entiende por servicios, cualesquiera actividades independientes consistentes en ejecutar ciertos hechos, actos, contratos u obras remunerados a favor de un tercero receptor de dichos servicios. Para tal efecto, deben incluirse entre otras, las siguientes presta-*

⁵⁸ Reglamento General del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.363 Extraordinario, 12 de julio de 1999).

ciones onerosas de servicios:// (...) 4. Servicios de los comisionistas, corredores de comercio, de administración de propiedades, de intermediación de bolsa de productos o valores, consignatarios, martilleros, concesionarios y, en general, de quienes compren o vendan, exporten o importen o presten servicios por cuenta de terceros. No se encuentran sujetos al impuesto los corredores de seguros y las sociedades de corretaje de seguros de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 16 de la Ley, siempre que se trate exclusivamente de operaciones propias de seguro (...)» (resaltado agregado).

Como se observa, el enunciado en cuestión desarrolla el artículo 16, numeral 5 de la LIVA, expresamente *incluyendo* dentro del ámbito de aplicación de la no sujeción a los corredores de seguros y sociedades de corretaje –en tanto integrantes de la actividad aseguradora⁵⁹–, *exclusivamente* por las operaciones *propias* de seguro. Por argumento *a contrario*, la no sujeción de las *sociedades de seguros* (como las empresas *principales* de la actividad aseguradora), comprende tanto sus operaciones *propias* de seguros, como las operaciones *relativas* o *conexas* a las *propias* de seguros, en los términos que lo venimos sosteniendo.

De lo contrario, el artículo 17 del RLIVA no hiciera esa aclaratoria o precisión únicamente para los corredores de seguros y las sociedades de corretaje, porque partiría de la premisa que hay un sólo tipo de actividad aseguradora, pero al referirse expresamente a operaciones *propias* de seguros para éstos, está admitiendo que hay tanto operaciones *propias*, como *relativas* o *conexas* a las *propias* de seguros en el giro económico de las sociedades de seguros, en sintonía con la LAA.

Siendo así, al incluir el artículo 16, numeral 5 de la LIVA dentro de su ámbito de aplicación, tanto las «operaciones de seguro» (las *propias*), como las «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros» (las *relativas* o *conexas* a las *propias* de seguros), queda claro que: (i) la LIVA y su Reglamento –en *racional armonía* con la LAA⁶⁰– reconocen que hay dos tipos o modalidades de *operaciones de seguros*, cuales son, las *propias*, y las *relativas* o *conexas* a las *propias*, (ii) que *ambas* están comprendidas dentro del *ámbito de aplicación* de la no sujeción, por lo que, (iii) tanto las ope-

⁵⁹ Artículo 2 LAA: «(...) **De igual manera, forman parte de la actividad aseguradora la intermediación**, la inspección de riesgos, el peritaje evaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas, el financiamiento de primas o cuotas, el fideicomiso relacionado en materia de seguro y los fondos administrados» (resaltado agregado).

⁶⁰ Satisfaciéndose, así, el denominado *postulado del legislador racional*, que consiste en la proposición ideal de un poder legislativo *lógico, coherente, ordenado, razonable* (rasgos todos propios, a la postre, de una buena *técnica legislativa*), por lo que en su función creadora de Derecho mediante actos normativos generales y abstractos, respeta la *sistematicidad* y *rigurosidad* que debe caracterizar el diseño del ordenamiento jurídico en general, y de cada ley en particular. Al respecto, *vid.* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía [Publicaciones periódicas]: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 1, octubre, 1994. Lo mismo puede decirse en relación con la sistemática interrelación que tiene lugar entre estas normas (LIVA, RLIVA y la LAA) y la LISLR, a propósito de la calificación que a título de *ingresos brutos* se hace en este subsistema tributario de los proventos correspondientes a los cánones de arrendamientos inmobiliarios operativos de las empresas de seguros, de cara a la determinación del enriquecimiento neto gravable de esas sociedades, en los términos explicados.

raciones de seguros *propias*, como las operaciones de seguros *relativas* o *conexas* a las propias, *están no sujetas* a la LIVA.

Adicionalmente, no debe pasarse por alto la parte *in fine* del artículo 16, numeral 5 de la LIVA, conforme con el cual, dichas «operaciones de seguro» y «demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros» deben realizarse «de conformidad con lo establecido en la ley que regule la materia», esto es, de acuerdo con la LAA.

Dicha expresión *condiciona* el ámbito de la no sujeción, a que tanto las actividades u operaciones de seguros *propias*, así como las *relativas* o *conexas* a las propias, estén en apego al ordenamiento jurídico sectorial, cuestión que tiene sentido si se repara –como tantas veces lo hemos referido–, en que si las operaciones que realiza una sociedad de seguros no son compatibles con las actividades autorizadas, entonces la SUDEASEG debe determinar su incompatibilidad, *ex* artículo 8, numeral 7 de la LAA, esto es, se deberá declarar que no son actividades de seguros (o que no son las actividades de seguros específicamente autorizadas) y, con ello, tales operaciones económicas quedarán, por vía de consecuencia, fuera del ámbito de aplicación de la no sujeción del artículo 16, numeral 5 de la LIVA.

2. Aplicación de la no sujeción de los seguros a los arrendamientos inmobiliarios operativos celebrados por empresas de seguros, por razón de su calificación teleológica (y caracterización jurídica) como actividad aseguradora

Teniéndose en cuenta, como fue precisado, que el artículo 16, numeral 5 de la LIVA comprende dentro del ámbito de aplicación de la no sujeción de los seguros, tanto las actividades u operaciones de seguros *propias*, como las *relativas* o *conexas* a las propias, y que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas del sector asegurador califica teleológicamente, bien como una actividad *propia*, bien como una operación *relativa* o *conexa* a una propia, en los términos propuestos, en tanto habilita como *medio necesario* (parte de la operación) la consecución de la *finalidad última de seguros perseguida* (la operación *como un todo*), es forzoso concluir, entonces, que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por empresas aseguradoras se subsume dentro del ámbito de aplicación de la no sujeción de los seguros, *ex* artículo 16, numeral 5 de la LIVA.

Si se considerase que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos que se lleva a cabo por empresas de seguros no calificase como una operación *propia* de seguros, por lo que no encuadraría dentro del supuesto correspondiente a las «operaciones de seguro» del artículo 16, numeral 5 de la LIVA, no nos cabe la menor duda que la misma calificase como una actividad *relativa* o *conexa* a

las propias y, como tal, se subsumiría dentro del supuesto de las «*demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros*» indicadas por la misma norma de la LIVA, habida cuenta su calificación teleológica como *medio* para lograr el *fin* perseguido de las actividades propias de seguros, de la cual forman parte.

En efecto, cuando el artículo 16, numeral 5 de la LIVA delimita las «*demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros*», el legislador se está refiriendo a esas *otras actividades* que, sin ser –en sí mismas– de seguros, *instrumentalmente* las pueden realizar las sociedades de seguros –como parte de su actividad principal– para cumplir su *fin asegurador*, calificando teleológicamente como *actividades aseguradoras*, por demás administrativamente autorizadas por la SUDEASEG.

Los arrendamientos inmobiliarios operativos que reciben el tratamiento fiscal de servicio gravado, *ex* artículos 3, numeral 3, y 4, numeral 4 de la LIVA, son aquéllos que consisten en arrendamientos inmobiliarios propiamente dichos, como *actividad principal* (y *especulativa*), y no como *parte de otra operación*, en cuyo caso (esto es, cuando forman parte de otra actividad) recibirán el tratamiento fiscal de esa *otra operación principal*, en los términos que ocurre en este caso por razón de calificar teleológicamente como una *actividad de seguros*, no estando sujetos, *ex* artículo 16, numeral 5 de la LIVA.

Finalmente, debe señalarse que la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de una empresa de seguros se subsume plenamente en el artículo 16, numeral 5 de la LIVA, porque se cumple la *condición necesaria* que la norma establece en su parte *in fine*, con relación a que tanto las «*operaciones de seguro*» (nuevamente, las operaciones o actividades de seguros *propias*), cuanto las «*demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros*» (otra vez, las *relativas* o *conexas* a las propias), deben realizarse «*de conformidad con lo establecido en la ley que regule la materia*», esto es, en apego a la LAA.

En efecto, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por empresas de seguros está en apego al ordenamiento jurídico sectorial regulado en la LAA, en los términos suficientes desarrollados con anterioridad y, con ello, esta operación económica se subsume o encuadra plenamente dentro del ámbito de aplicación de la no sujeción del artículo 16, numeral 5 de la LIVA.

CONCLUSIÓN

Conforme lo propuesto, a partir del principio de exclusividad, la definición legal de actividad aseguradora y los demás aspectos abordados, la celebración de contratos de arrendamientos inmobiliarios operativos por parte de empresas de seguros, en condición de arrendadoras, califica teleológicamente –y se caracteriza jurídicamente–

como una *actividad de seguros*, razón por la cual, por vía de consecuencia, no supone la verificación del hecho imponible de prestación de servicios establecidos en la LIVA venezolana y, por el contrario, tal operación económica se subsume en el ámbito de aplicación de la no sujeción de las sociedades de seguros, *ex artículo 16, numeral 5 eiusdem*.

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Serie Estudios de la Academia N° 113, Caracas, 2019.
- ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *Temas sobre Derecho de seguros*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 68, Caracas, 1998.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2004.
- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- BERMÚDEZ, José Rafael, «Interpretación jurídica y calificación de los hechos. Según el Código Orgánico Tributario de 2001», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudio de la legislación actual. En homenaje a los ex-presidentes de la AVDT*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003.
- BULLOCH, Penélope y RAZ, Joseph (Ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes Facultad de Derecho-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1ª edición, 6ª reimpresión, 2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Eolas Ediciones, León (España), 2013.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía [Publicaciones periódicas]: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 1, octubre, 1994.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Derecho de seguros*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Ariel, 11ª edición, Barcelona, 2003.

PECCHIO BRILLEMBOURG, Isabella y ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Libertad de empresa y el concepto de actividad aseguradora desde el pensamiento de Alfredo Morles Hernández. Una propuesta interpretativa», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil (Edición Especial N° 1. Homenaje al Dr. Alfredo Morles Hernández)*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2021.

PLAZAS VEGA, Mauricio A., *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, Temis, 2ª edición, Bogotá, 1998.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, 22ª edición, Madrid, 2001.

ROMERO-MUCI, Humberto, *El Derecho (y el revés) de la contabilidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 94, Caracas, 2011.

b) Jurisprudencia

Sentencia N° 210, 9 de marzo de 2010, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Olga del Valle Ontiveros de Ochoa v. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00210-10310-2010-2008-0213.html>.

Sentencia N° 937, 28 de abril de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Ricardo Javier González Fernández y otros v. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/937-280403-02-2660%20.htm>.

Sentencia N° 98/2001, 1º de agosto de 2001, Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso: *Asociación Civil «Club Campestre Paracotos» v. República (Consejo Nacional Electoral)*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/agosto/098-010801-000058.htm>.

La recopilación de datos personales por las tecnológicas y los reclamos por eventuales daños a los usuarios: La sentencia dictada por la Corte Suprema de Reino Unido, en el caso Lloyd vs Google LLC [2021]

Marianela Zubillaga*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 325-346

Resumen: Los datos personales tienen un valor económico, particularmente cuando se recogen a gran escala, lo que ha generado la llamada “economía del dato”. El reconocimiento del derecho a la protección de datos personales como un derecho inherente al ser humano, ha hecho que los países dicten normas de protectoras en esta materia. En este contexto, han surgido reclamos contra las grandes tecnológicas, por haber recabado datos sin autorización de los usuarios, lo cual ha generado discusiones en los foros judiciales de otras latitudes, sobre la procedencia o no de tales reclamos, de los daños ocasionados y de ser el caso y del derecho a obtener o no una indemnización.

Palabras claves: Datos personales, economía del dato, empresas tecnológicas.

The collection of personal data by technology companies and claims for possible damages to users: The ruling handed down by the Supreme Court of the United Kingdom, in the case Lloyd vs Google LLC [2021]

***Abstract:** Personal data have an economic value, particularly when collected on a large scale, which has led to the so-called “data economy.” The recognition of the right to the protection of personal data as an inherent human right has led countries to enact protective regulations in this area. In this context, claims have arisen against the big tech companies for having collected data without the authorization of users, which has generated discussions in the judicial forums of other latitudes, about the admissibility or not of such claims, the damages caused and, if appropriate, the right to obtain or not an indemnity.*

***Keywords:** Personal data, data economy, tech companies.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 28/11/2023

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogada socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

La recopilación de datos personales por las tecnológicas y los reclamos por eventuales daños a los usuarios: La sentencia dictada por la Corte Suprema de Reino Unido, en el caso Lloyd vs Google LLC [2021]

Marianela Zubillaga*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 325-346

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El caso Lloyd vs Google LLC [2021]. 2. La regulación del reclamo por daños por los usuarios en el Reglamento General de Protección de Datos de la UE. 3. La situación en Venezuela: Urge una normativa en protección de datos personales.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos inmersos en un acelerado avance y cambio de la sociedad, ante la irrupción del fenómeno digital y tecnológico en todas las esferas de la vida, tanto en lo privado como en lo público. No hay escapatoria a la realidad digital y a los avances de la tecnología.

Frente a ello, se destaca que el núcleo de este avance es el dato. Así lo afirma la comunicación de la Comisión de la Unión Europea (UE) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, al señalar que:

“Los datos están en el centro de esta transformación, y va a ir a más. La innovación basada en los datos reportará enormes beneficios a los ciudadanos, por ejemplo, mediante la mejora de la medicina personalizada, la nueva movilidad y su contribución al Pacto Verde Europeo. En una sociedad en la que las personas generarán cantidades cada vez mayores de datos, la manera en que se recogen y utilizan los datos debe situar los intereses de la persona en primer lugar, de conformidad con los valores, los derechos fundamentales y las normas europeas. Los ciudadanos solo confiarán y harán suyas las innovaciones basadas en los datos si confían en que todo intercambio de datos personales en la UE estará sujeto al pleno respeto de sus estrictas normas en materia de protección de datos. Al mismo tiempo, el volumen cada vez mayor de datos industriales no personales y de datos

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogada socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

públicos en Europa, junto con el cambio tecnológico en el modo de almacenamiento y tratamiento de los datos, constituirá una fuente potencial de crecimiento e innovación que debe aprovecharse”¹.

Observamos entonces, que los datos personales tienen un valor económico, fundamentado, no tanto en cada dato individualmente considerado, sino –y muy especialmente– en lo que se puede obtener de dichos datos cuando se recopilan, almacenan y tratan en gran cantidad, así como cuando se unen con otros. De manera que, es esa posibilidad de su recopilación, tratamiento y vinculación con otros datos y la información que de allí se extraiga lo que ha generado la llamada “economía del dato”² a través del *big data*³. El uso y la aplicación de tal información a la creación de patrones de consumo, perfilamiento de gustos y otros usos, conduce a la obtención de lucro por parte de quienes recopilen, manejen y compartan tales datos, creando así un modelo de negocios soportado en la información que de allí se obtiene.

En este contexto, las grandes empresas tecnológicas detectaron que la recolección de datos de forma masiva, así como ciertos atributos que tienen las redes sociales⁴

¹ “Una estrategia europea para los datos” (Bruselas, 19 de febrero de 2020) Pág., 4. Consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066>

² “La economía de los datos mide la repercusión global del mercado de los datos –es decir, el mercado en que se intercambian datos digitales como productos o servicios derivados de los datos brutos– en el conjunto de la economía. Implica la generación, recogida, almacenamiento, procesamiento, distribución, análisis, elaboración, entrega y explotación de los datos que hacen posibles las tecnologías digitales (*European Data Market study*, SMART 2013/0063, IDC, 2016)”. Tomado de la “Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo Y Al Comité De Las Regiones «La Construcción De Una Economía De Los Datos Europea» Bruselas, 10 de enero de 2017. consultado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN#footnote2>

³ Se entiende por *Big Data* a “... la gestión y análisis de enormes volúmenes de datos que no pueden ser tratados de manera convencional, ya que superan los límites y capacidades de las herramientas de software habitualmente utilizadas para la captura, gestión y procesamiento de datos. Dicho concepto engloba infraestructuras tecnológicas y servicios que han sido creados para dar solución al procesamiento de enormes conjuntos de datos estructurados, no estructurados o semi-estructurados (mensajes en redes sociales, señales de móvil, archivos de audio sensores, imágenes digitales, datos de formularios, emails, datos de encuestas, logs, etc...” Tomado de <https://www.eleconomista.es/diccionario-de-economia/big-data>

⁴ Los botones “me gusta” de Facebook o el de “retuitear” de Twitter permiten conocer gustos, preferencias e inclinaciones de las personas. Así lo indica BLANCO, Luis Ernesto, en su artículo “Dame tus «likes» para mentirte mejor”, en el cual señala que: “Entre finales de 2008 e inicios de 2009 Facebook realizó un pequeño ajuste a su interfaz, que cambió de forma definitiva la manera de interactuar con el contenido que se ve dentro y fuera de esta red social: el botón Like («me gusta») que está por todos lados y le permite mostrarle al mundo sus preferencias al navegar por internet. Cada «me gusta» que deja en las redes sociales construye una base de datos acerca de su personalidad, gustos y creencias: el sueño de cualquier dirección de mercadeo”. “Debates IESA”, 16 octubre, 2018, consultado en: <http://www.debatesiesa.com/dame-tus-likes-para-mentirte-mejor/>

Por otra parte, debemos recordar que el desarrollador del botón *retuit* en Twitter, Chris Wetherell, en una entrevista para Buzzfeed, dijo que no había sido una buena idea, porque fue como

“... entregar un arma cargada a un niño de cuatro años. Según Wetherell esta función ha favorecido que se compartan los contenidos de forma excesiva, y fuera de control, ya que los usuarios lo hacen sin haber contrastado el contenido que comparten.

(...)

Además, el *retuit* se puede usar para coordinar ataques contra determinados objetivos diseminando información falsa a un ritmo que hace difícil la respuesta por parte del objetivo de la campaña de difamación, (...)

les permiten conocer los gustos y opiniones de las personas de primera mano, una información inestimable y con un valor mucho mayor que aquella que se obtiene a partir de encuestas o estudios de mercado y a un menor costo. Toda esta información tiene valor económico, ya que permite ofrecer a los anunciantes, que envíen publicidad personalizada a cada internauta y así ha sido utilizada por las grandes empresas tecnológicas⁵.

Una de esas empresas que recabó datos sin la autorización de los usuarios, fue Google, quien, a través del buscador Safari, obtuvo datos personales de los usuarios de dicho navegador sin su consentimiento o autorización, tal como se desarrollará de seguidas.

1. El caso *Lloyd vs Google LLC* [2021]⁶

Un exmiembro de una asociación de consumidores británica muy influyente, llamada, ¿Which? (¿Cuál?), el Sr. Richard Lloyd, respaldado por un financiador de litigios⁷, constituyó la asociación “*Google You Owe Us*” (“Google, nos lo debes”), a los fines de incoar, en el año 2017, una acción colectiva (*class action*) contra Google LLC, en representación de más de cuatro millones de personas, usuarias de *iPhones*, entre 2011 y 2012, con fundamento en los hechos que se describen *infra*.

El caso se presentó, teniendo tres precedentes que fueron solventados en contra de Google: En primer lugar, en los Estados Unidos, Google aceptó pagar una multa

Por otro lado, la posibilidad que otorga el *retuit* de convertirse en viral y en una personalidad dentro de la red social, hace que la gente busque precisamente ser masivamente retuiteado y por tanto escriba mensajes injuriosos hacia alguien sólo para buscar que los detractores de aquel a quien va dirigido, los compartan sin tan solo leerlos.

En opinión de Wetherell, ha llegado el momento de arreglar esta situación, pero es complicado porque parte del ingreso publicitario de las redes sociales depende en gran medida de la capacidad que sus usuarios tengan de compartir los contenidos. Las marcas quieren la mayor difusión posible de sus contenidos y las redes sociales cobran en función de la exposición que estos contenidos tienen”.

La Vanguardia, 25/07/2019, “El creador del botón de *retuit* se arrepiente de su idea” consultado en

<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20190725/463690303652/ingeniero-responsable-boton-retweet-arrepiente.html#:~:text=Chris%20Wetherell%20fue%20el%20desarrollador,un%20ni%C3%B1o%20de%20cuatro%20a%C3%B1os>

⁵ La relevancia que tienen los datos y su recogida para cada persona y sus derechos se muestra de manera palmaria en un artículo de los abogados irlandeses Mark D. Finan BL y R. Caroline McGrath BL, que en un artículo sobre el tema destacan lo siguiente:

“Cada lector de este artículo es un titular de datos. Si lee el artículo en línea, ha creado datos que lo identifican directamente o que pueden hacerlo. Si lee muchos artículos jurídicos, los algoritmos pueden identificar una cierta preferencia y dirigir su atención hacia los artículos jurídicos. Esta es una empresa que utiliza datos sobre usted y busca utilizar sus preferencias para adoptar un marketing más eficiente (aunque se trate de un artículo jurídico). Cómo se recopilan, procesan y controlan esos datos es motivo de preocupación. Principalmente porque le conciernen a usted. Si sus datos se recogen con fines comerciales, debe ser informado de ello. Su consentimiento debe ser de suma importancia cuando se utilizan datos que son capaces de identificarlo”. (Traducción libre).

Consultado en: <https://www.lawlibrary.ie/viewpoints/gdpr-article-82/>

⁶ La sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/50.html>

⁷ El financiador de litigios comerciales fue el *Therium Litigation Funding IC*, según el numeral 1 de la propia sentencia.

impuesta por la *Federal Trade Commission*, FDA (Comisión Federal de Comercio)⁸ por la suma de 22,5 millones de dólares, en virtud de la denuncia ventilada en dicha comisión por la vulneración de la privacidad de los usuarios de Safari⁹, a través de los dispositivos de *Apple*, al habilitar unas “cookies” de seguimiento (o cookies espías), que terminaron en dichos equipos, luego de que los usuarios visitaran sitios web en la red de publicidad de Google, *DoubleClick*, todo ello, sin el consentimiento, ni el conocimiento de los usuarios y a pesar de las garantías de que esta opción no estaba disponible, en virtud de la configuración por defecto del buscador Safari¹⁰.

En segundo lugar –también en los Estados Unidos– en noviembre de 2013, Google convino pagar diecisiete millones de dólares, para resolver las demandas estatales de los consumidores, presentadas en su contra por treinta y siete fiscales generales de los estados de la Unión y el Distrito de Columbia, por los mismos motivos del caso en análisis¹¹.

⁸ Para mayor información sobre este caso, ver: *Federal Trade Commission*, “Google Will Pay \$22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple’s Safari Internet Browser”, consultada en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/google-will-pay-225-million-settle-ftc-charges-it-misrepresented-privacy-assurances-users-apples>

⁹ Safari es un navegador de Internet desarrollado por *Apple* e instalado en sus *iPhones*.

¹⁰ Según lo indicado por la FDA, Google insertó un código que eludía la configuración de privacidad del navegador de *Apple*, el cual sí bloqueaba por defecto las cookies de terceros. De esta manera, las cookies de seguimiento o “espías” le permitían al buscador recopilar información sobre la actividad en línea de los usuarios, como las páginas web que visitaban, los anuncios que veían o los términos de búsqueda que usaban, y utilizarla para ofrecerles anuncios personalizados en función de sus intereses, a través de su red de publicidad *DoubleClick*. Tal acción se realizó a pesar de que Google había asegurado previamente, a los usuarios de Safari, que no necesitaban hacer nada para evitar que la instalación de las cookies de seguimiento, porque el navegador las bloqueaba automáticamente.

Señaló la FDA que la citada conducta fue desplegada por Google en violación a un acuerdo previo que había firmado con dicha entidad en el año 2011, a través del cual se había comprometido a ser transparente con los usuarios sobre sus prácticas de privacidad y a requerir su consentimiento expreso, antes de recopilar o compartir sus datos personales. Ver: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/google-will-pay-225-million-settle-ftc-charges-it-misrepresented-privacy-assurances-users-apples>

¹¹ El Departamento del Protección al Consumidor del Estado de Connecticut emitió un comunicado el 18 de noviembre de 2013, en el cual afirmó lo siguiente sobre dicho caso:

“Los estados alegaron que desde el 1 de junio de 2011 hasta el 15 de febrero de 2012, Google eludió la configuración de privacidad predeterminada de Safari, sin el conocimiento y consentimiento de los consumidores, permitiendo a los anunciantes establecer cookies de terceros en los navegadores de los usuarios. Según los estados, estas leyes contradecían las garantías de Google a los consumidores de que la configuración de privacidad predeterminada de Safari bloquearía dichas cookies de terceros.

Google afirmó que los consumidores podrían evitar que se colocaran cookies de terceros en sus navegadores web Safari simplemente confiando en la configuración predeterminada del navegador, dijo el Fiscal General Jepsen. (...) Google en realidad estaba eludiendo esas mismas configuraciones de privacidad y colocando cookies de anunciantes en los navegadores Safari de los consumidores, sin su conocimiento o consentimiento.

Los consumidores merecen saber cuándo otros utilizan su actividad en Internet y deberían poder tomar medidas para evitarlo”, afirmó el Comisario Rubenstein. “No toleraremos el engaño que socava la capacidad de los consumidores de elegir por sí mismos la información que les gustaría compartir.

(...)

El acuerdo prohíbe a Google emplear cualquier funcionalidad HTTP Form POST que utilice javascript para anular la configuración de bloqueo de cookies de un navegador sin el consentimiento del consumidor, a menos que sea para evitar fraudes o abordar otros problemas técnicos o de seguridad. Google deberá proporcionar información consolidada sobre las cookies y su uso durante los próximos cinco años.

El acuerdo también prohíbe a Google tergiversar u omitir datos materiales sobre cómo los consumidores pueden usar la

En tercer lugar, en el Reino Unido, tres ciudadanos también demandaron a Google, en junio de 2013, con fundamento en la misma acusación¹², reclamando una compensación por uso indebido de información privada. El caso llegó hasta la Corte Suprema, pero antes de que dictara una decisión, –en marzo de 2015– Google firmó con los demandantes, un acuerdo de carácter confidencial.

1.1. Los hechos

En el caso en estudio, el demandante Lloyd alegó que Google había violado las normas de privacidad del navegador Safari y la normativa de protección de datos vigente para ese momento, al rastrear –en secreto– la navegación en línea de los usuarios.

Concretamente, conforme a lo que consta en la sentencia, el demandante sostuvo que Safari –a diferencia de la mayoría de los otros navegadores de Internet– estaba configurado de manera predeterminada para bloquear las *cookies* de terceros¹³. Por su parte, Google tenía una *cookie* conocida como “cookie de anuncios de *DoubleClick*” que podía funcionar como una cookie de terceros, la cual se instalaba en un dispositivo, si el usuario visitaba un sitio web que incluyera dicha cookie. Al instalarse en cada dispositivo, la cookie de anuncios de *DoubleClick* permitía a Google identificar las visitas del dispositivo a cualquier sitio web que tuviera un anuncio de su amplia red publicitaria y recopilar una gran cantidad de información, ya que podía identificar la fecha y la hora de cualquier visita, el tiempo que el usuario pasaba en él, los anuncios que fueron vistos y durante cuánto tiempo; incluso, en algunos casos, mediante la dirección IP del navegador, se podía identificar la ubicación geográfica aproximada del usuario.

herramienta de configuración de anuncios de Google o cualquier otro producto, servicio o herramienta de Google para administrar directamente cómo Google muestra anuncios en sus navegadores. Además, Google debe mantener sistemas configurados para indicar a los navegadores web Safari que caduquen las cookies infractoras”.

Consultado en: <https://portal.ct.gov/DCP/News-Releases-from-the-Department-of-Consumer-Protection/2013-News-Releases/Connecticut-36-Other-States-Reach-17M-Settlement-with-Google> (Traducción libre)

¹² Es el denominado Caso Vidal Hall V Google Inc.

En la sentencia de instancia, se identifica como “*cookie intermediaria*” y se indica que:

“La cookie intermediaria fue diseñada por la demandada de tal forma que se envió a los navegadores Safari con la configuración de privacidad predeterminada... Como resultado, la cookie intermediaria se envió automáticamente a los navegadores de usuarios de Safari que no habían cambiado su configuración de privacidad predeterminada y que accedieron a los servicios de internet del demandado durante el período relevante. Además, fue enviado sin el conocimiento o consentimiento de dichos usuarios. Al igual que la cookie de *DoubleClick*, la cookie intermediaria fue, en todos los momentos relevantes, una cookie de terceros asociada al dominio *doubleclick.net*”. Traducción libre.

Con relación al reclamo, los tres demandantes alegaron que el uso indebido de información y/o abuso de confianza, por parte de Google, afectó y dañó su dignidad personal, la autonomía y la integridad, y reclamaron daños y perjuicios por ansiedad y angustia, no reclamando en ningún momento pérdida económica u otro daño material. La sentencia de instancia se puede consultar en: <https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2018/03/Vidal-Hall-v-Google-Inc-Information-Commissioner-intervening-2015-EWCA-Civ-311-2016-QB-1003.pdf>

¹³ Una “*cookie de terceros*” es aquella instalada en el dispositivo, no por el sitio web visitado, sino por un tercero, cuyo contenido está incluido en dicho sitio. Las *cookies de terceros* son utilizadas para la recopilación de información sobre el uso de Internet y, en particular, sobre las páginas web visitadas, así como enviar al usuario anuncios adaptados a los intereses, deducidos de su historial de navegación.

Adicionalmente, el demandante señaló que también se recogieron otros datos como sus intereses y pasatiempos, raza o etnia, clase social, política o creencias o afiliaciones religiosas, salud, intereses sexuales, edad, sexo y situación económica¹⁴.

Aunque la configuración predeterminada de Safari bloqueaba todas las cookies de terceros, una aplicación general de esta configuración impedía el uso de ciertas funciones web populares, por lo que Apple ideó algunas excepciones para ellos, las cuales estuvieron vigentes hasta marzo de 2012, cuando se cambió el sistema. No obstante, mientras estuvieron vigentes dichas excepciones, fue posible que Google colocara la cookie de anuncios de *DoubleClick* en un dispositivo Apple, cada vez que el usuario visitaba un sitio web que contenía anuncios de este tipo, sin el conocimiento o consentimiento del usuario.

Además, el demandante agregó que Google generó información de los usuarios que mostraban patrones similares, creando grupos con etiquetas como “amantes del fútbol” o “entusiastas de la actualidad”. Con esta información, el servicio *DoubleClick* de Google ofrecía estos grupos “etiquetados” a los anunciantes suscritos, para que eligieran las categorías de personas a quienes querían enviar sus anuncios¹⁵.

Según lo señalado por el demandante, con esta conducta, –al igual que en *Vidal Hall*– Google incumplió sus deberes como controlador de datos, conforme a la normativa de protección de datos vigente para ese momento¹⁶, al rastrear en secreto la actividad en Internet de los usuarios de *iPhone* de *Apple*, recopilar y usar esos datos, y luego venderlos, es decir, con un uso comercial.

Lo novedoso de esta acción, –según la propia sentencia de la Corte Suprema– es que el Sr. Lloyd, no solo reclamó daños y perjuicios en nombre propio¹⁷, sino que él sostuvo que la demanda había sido presentada en representación de todos los residentes en Inglaterra y Gales que poseían un *iPhone* de *Apple* en la época en que sucedieron los hechos (estimados en más de cuatro millones¹⁸) y cuyos datos Google obtuvo sin su consentimiento, por lo que, a su entender, él tenía derecho a reclamar daños y perjuicios en nombre de todas estas personas, a través de un recurso, en inglés denominado *class actions*¹⁹ o acciones colectivas y solicitó una compensación de 750 libras esterlinas por persona.

¹⁴ Ver párrafos 11 y 13 de la sentencia.

¹⁵ Ver literal B de la sentencia.

¹⁶ La norma vigente en el Reino Unido era la Ley de Protección de Datos de 1998 (DPA), tal como se desarrollará *infra*, que luego fue reemplazada por el Reglamento General de Protección de Datos de la UE, que se incorporó a la ley del Reino Unido después del Brexit.

¹⁷ Como sí fue en el caso de *Vidal Hall*.

¹⁸ Ver numeral 2 de la sentencia. Traducción libre

¹⁹ Según el numeral 3 de la sentencia, este tipo de acciones no son comunes ni están reguladas en el derecho anglosajón, a diferencia de los Estados Unidos. Señala la sentencia que: “Las demandas colectivas, en las que se permite a una sola

Google por su parte, se opuso a los alegatos de Lloyd, sosteniendo que: (i) los demandantes de la acción no habían sufrido “daño” en el sentido de la sección 13 de la DPA; y (ii) se opuso a la acción colectiva, ya que, en su criterio, el Sr. Lloyd no tenía derecho a presentar un reclamo de esta naturaleza, dado que no todos tenían el mismo interés y no eran identificables.

El Tribunal de primera instancia falló a favor de Google, fundamentado en que, al no haber daños y perjuicios probados, no era procedente la acción, a tenor de la norma contenida en la sección 13 del texto legislativo, contra lo cual Lloyd apeló, argumentando que tal evaluación no era necesaria porque, al haber una pérdida de control de sus datos personales, todos deberían tener derecho a una “suma uniforme”, por el monto estimado por él. El Tribunal de Apelación falló a su favor, y frente a tal decisión, Google apeló a la Corte Suprema.

1.2. *El derecho aplicable*

Para el momento de la ocurrencia de los hechos, la normativa vigente en el Reino Unido era la Ley de Protección de Datos de 1998²⁰. Los artículos que entraron en discusión, –por lo que respecta al derecho subjetivo y no a las adjetivas, relativas a la procedencia o no de la *class action*, lo cual escapa del ámbito de este trabajo, pero se hará una breve referencia *infra*– fueron, fundamentalmente dos:

La primera, la sección 4 (4), referida a los principios que deben orientar la recolección y tratamiento de datos personales, en donde se consagra la obligación del responsable del tratamiento (es decir la empresa que recoge y controla los datos), de cumplir con los principios que recoge la ley²¹, los cuales se fundamentan en ocho²², a saber:

persona presentar una demanda y obtener reparación en nombre de una clase de personas que se han visto afectadas de manera similar por supuestas irregularidades, han sido posibles durante mucho tiempo en los Estados Unidos y, más recientemente, en Canadá y Australia. Se ha discutido mucho si la legislación para establecer un régimen de acciones colectivas debería promulgarse en el Reino Unido. En 2009, el Gobierno rechazó una recomendación del Consejo de Justicia Civil de introducir un régimen genérico de demanda colectiva aplicable a todos los tipos de reclamos, prefiriendo un “enfoque basado en el sector”. Traducción libre.

²⁰ *Data Protection Act 1998*, que entró en vigor en el Reino Unido el 16 de julio de 1998 y estuvo vigente hasta el 25 de mayo de 2018. Consultada en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents/enacted>

Esta ley inglesa fue dictada en ejecución de la “Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, Diario Oficial L 281, 23/11/1995 P. 0031–0050. Consultada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046>

²¹ El artículo citado señala que: “Será deber del responsable del tratamiento cumplir con los principios de protección de datos en relación con todos los datos personales respecto de los cuales sea responsable del tratamiento”. Consultada en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents/enacted>

²² Ver Capítulo 1, de la Ley “Los principios de la protección de datos” Consultado en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/schedule/1/enacted>

- i. Procesamiento justo y legal: Vela porque los datos sean recogidos y utilizados de forma justa y dentro de la ley. Este principio abarca la obligación, para quien recoge los datos de, en primer lugar, identificarse como el responsable del tratamiento, en segundo lugar, expresar la finalidad de su recogida y en tercer lugar, señalar si dichos datos serán compartidos y caso afirmativo con quienes se hará y en cuarto lugar, solicitar autorización²³.
- ii. Limitación de la finalidad: Los datos deben ser procesados solo para los fines especificados al usuario.
- iii. Adecuación y relevancia: Los datos recogidos deben ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación con los fines para los que se procesan.
- iv. Exactitud: Los datos deben ser precisos y mantenerse actualizados.
- v. Limitación del almacenamiento: Los datos no deben ser conservados más tiempo del necesario, para los fines para los que son procesados.
- vi. Procesamiento de acuerdo con los derechos del individuo: El procesamiento de los datos debe respetar los derechos del individuo.
- vii. Seguridad: Los datos deben ser conservados de forma segura. Dentro de este principio se incluye la obligación de los procesadores de datos de tomar medidas para evitar el tratamiento no autorizado o ilícito de datos personales así como la destrucción, daño o pérdida accidental de datos personales.
- viii. Transferencias internacionales: Los datos no deben ser transferidos a países fuera del espacio europeo, a menos que esos países garanticen un nivel adecuado de protección de los datos.

De la narración de los hechos contenidos en el numeral anterior, se observa que Google, con su accionar, violentó casi todos los principios, ya que el sujeto o interesado debe brindar su consentimiento al tratamiento, lo cual no ocurrió; tampoco se le comunicó que dicha información iba a ser recogida; hubo un procesamiento de una ingente cantidad de datos, y al ser transferidos a terceros, se generó una inseguridad sobre el tratamiento ilícito o no autorizado por éstos.

La segunda norma en discusión fue la relativa al derecho a reclamar daños, contenida en la sección 13, la cual regula los supuestos en que es procedente un reclamo y conforme a la cual, es necesario probar la existencia de una pérdida financiera o daño cuantificable, en cabeza del reclamante²⁴:

²³ En el Capítulo 2 titulado “Condiciones pertinentes a efectos del primer principio: tratamiento de cualquier dato personal”, el numeral 1 exige que “El interesado ha dado su consentimiento al tratamiento”.

²⁴ La sección en comento, a la letra, dice:

“(1) Una persona que sufre un daño debido a cualquier infracción por parte de un controlador de datos de cualquiera de los requisitos de esta Ley tiene derecho a una compensación del controlador de datos por ese daño.

(2) Una persona que sufre angustia debido a cualquier infracción por parte de un controlador de datos de cualquiera de los requisitos de esta Ley tiene derecho a una compensación del controlador de datos por esa angustia si:

(a) el individuo también sufre un daño a causa de la contravención, o

(b) la infracción se relaciona con el procesamiento de datos personales para fines especiales.

De su lectura se extrae que, conforme a la citada sección, cualquier individuo que sufra daños materiales, como resultado de alguna contravención a la norma, por parte de un controlador de datos, tiene derecho a recibir una compensación, siempre que lo demuestre y cuantifique. Por otra parte, el artículo limita el derecho a exigir indemnización por daños morales²⁵, ya que éstos solo serán reclamables cuando vienen acompañados de un daño material o cuando éstos fueron utilizados con fines especiales, los cuales, a tenor de lo establecido en el numeral tres, se refieren a fines periodísticos, artísticos o literarios.

1.3. La decisión y sus aspectos más relevantes

La sentencia fue dictada de manera unánime por los cinco jueces, quienes fallaron a favor de Google. De su lectura se desprende que los temas discutidos y analizados fueron, por una parte, la procedencia de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico del Reino Unido²⁶ en casos como el presente; y por la otra, el relativo a la necesidad de probar la ocurrencia de un daño –ya fuera material o moral, en los términos antes señalados– para que fuera procedente el reclamo, conforme a la normativa vigente para ese entonces, es decir la sección 13 de la Ley de Protección de Datos de 1998.

Con relación al tema adjetivo, vinculado con al análisis y procedencia de las acciones colectivas o *class actions*²⁷, la sentencia profundizó en este aspecto, ya que tal tipo de reclamos, que son comunes en otros países de sistema anglosajón –como son los Estados Unidos y Canadá– no lo son en el Reino Unido. Sobre este particular sostuvo el juez que, la forma como fue presentada la demanda, es decir, un solo accionante erigiéndose como “representante” de todos los poseedores de un *IPhone* en Inglaterra y Gales para la fecha, sin demostrar el daño ocasionado (como sí fue en el caso de *Vidal Hall V Google Inc.*), así como exigiendo un monto uniforme para cada usuario por concepto de reparación o indemnización²⁸, fue en gran parte lo que conllevó a una decisión

(3) En los procedimientos iniciados contra una persona en virtud de esta sección, es una defensa demostrar que tuvo el cuidado que, en todas las circunstancias, era razonablemente necesario para cumplir con el requisito en cuestión.”

Traducción libre.

²⁵ En los términos de la norma, “*distress*”.

²⁶ De acuerdo con la sentencia, conforme al derecho inglés existen tres tipos de acciones distintas, que pueden ser interpuestas por grupos de personas, denominadas *group actions*, *representative actions* y *collective proceeding*, siendo estas últimas un fenómeno reciente en el derecho inglés, (ver numeral 33 de la sentencia).

²⁷ Ver el análisis contenido en los literales D) y E) de la sentencia.

²⁸ La sentencia tuvo sus reservas sobre el monto reclamado por cada usuario ya que afirmó, en el Párrafo 87, citando un precedente que:

“La dificultad que enfrenta este enfoque es que el efecto de la solución alternativa de Safari obviamente no fue uniforme en toda la clase representada. No se impugnan ni podrían razonablemente impugnarse las conclusiones del juez, en [2018] EWHC 2599 (QB); [2019] 1 WLR 1265, párrafo 91, que:

‘...algunos individuos afectados eran ‘superusuarios’, grandes usuarios de Internet. Habrán sido ‘víctimas’ de múltiples infracciones, con cantidades considerables de [información generada por el navegador] tomadas y utilizadas durante el Período Relevante. Otros habrán realizado muy poca actividad en Internet. A diferentes individuos se les habrá tomado

a favor de Google Inc. Se debe advertir que, la sentencia no desconoció el derecho que tenía el Sr., Lloyd de intentar una acción por daños y perjuicios a título personal, lo que discutió fue la opción procesal elegida. De haber sido este último el camino transitado por el demandante, probablemente la decisión hubiera sido otra²⁹.

De manera que la decisión pretendió establecer un límite a esas acciones colectivas, interpuestas por escritorios de abogados y financiadores de litigios, que, como señalamos, son comunes en los Estados Unidos pero no en el Reino Unido. No obstante, la decisión deja abierta la puerta para que acciones colectivas sean presentadas, siempre que un grupo de particulares afectados, puedan participar³⁰.

En lo referente al tema del daño, la sentencia sostuvo que la norma contenida en la Sección 13 de la Ley, aplicable para el momento de la ocurrencia de los hechos, exige dos requisitos concurrentes que se deben cumplir, para que el reclamo sea procedente:

En primer lugar, se debe proporcionar la evidencia del procesamiento ilegal de datos personales relacionados con un individuo determinado; y en segundo, lugar, se debe demostrar el daño material (por ejemplo, pérdida financiera) o moral, (angustia) que ha sido causado por el procesamiento ilegal de datos personales. La sentencia sostuvo que:

“Esas palabras, sin embargo, no pueden interpretarse razonablemente en el sentido de que otorgan a una persona el derecho a una compensación sin prueba de daños o perjuicios materiales, cuando un controlador de datos comete una infracción

y utilizado diferentes tipos de información. En los documentos de reclamación se identifican no menos de 17 categorías de datos personales. Las categorías de datos especificadas varían en su sensibilidad, y algunas de ellas son ‘datos personales sensibles’ en el sentido de la sección 2 de la DPA (como la sexualidad o el origen étnico). ... Pero no es creíble que Google haya obtenido todas las categorías de datos especificadas de cada demandante representado. ... Los resultados de la adquisición y el uso también habrán variado según el individuo y sus actitudes hacia la adquisición, divulgación y uso de la información en cuestión”.

²⁹ En el párrafo 23 de la sentencia, el juez expresó:

“No hay duda de que el demandante tiene derecho a presentar una demanda contra Google en su propio nombre, la cual tiene una perspectiva real de éxito. El problema es si también puede hacerlo en nombre de todos los demás usuarios de iPhone que caen dentro de la clase representada. Esto depende del alcance del procedimiento representativo disponible bajo las Reglas de Procedimiento Civil (‘CPR’). Antes de llegar a ese procedimiento, mencionaré para compararlos los otros dos métodos de reclamar reparación colectiva actualmente disponibles en la ley procesal inglesa”.

³⁰ En el párrafo 67 de la sentencia, el juez afirmó que:

“La producción en masa de bienes y la prestación en masa de servicios han tenido como resultado que, cuando se produce una conducta legalmente culpable, un grupo muy amplio de personas, en ocasiones millonarias, puede verse afectado. Como ilustra el presente caso, el desarrollo de tecnologías digitales se ha sumado al potencial de daño masivo por el cual se puede buscar reparación legal. En tales casos, es necesario conciliar, por un lado, la inconveniencia o la total impracticabilidad de litigar múltiples demandas individuales con, por otro lado, la inconveniencia o la total impracticabilidad de convertir a cada posible demandante (o demandado) en parte de una sola demanda. La única manera práctica de ‘llegar a la justicia’ es combinar los reclamos en un solo procedimiento y permitir que una o más personas representen a todos los demás que comparten el mismo interés en el resultado. Cuando no es factible juzgar todos los reclamos individuales, los adagios de Lord Eldon citados por Lord Macnaghten en Ellis siguen siendo tan pertinentes como siempre: que es mejor ir lo más lejos posible hacia la justicia que negarla por completo y que, si no puedes de manera realista, hacer que todos los interesados sean una parte, debe asegurarse de que aquellos que son partes ‘intentarán lo correcto de manera justa y honesta’”. Es lo que se ha denominado la acción de bifurcación en el Reino Unido”. (Traducción libre).

no trivial de cualquier requisito de la Ley, en relación con los datos personales de los que esa persona es el sujeto. En primer lugar, como se discutió anteriormente, la redacción de la sección 13 (1) establece una distinción entre ‘daño’ sufrido por un individuo y una ‘infracción’ de un requisito de la Ley por parte de un controlador de datos, y otorga un derecho a compensación ‘por ese daño’ sólo si el ‘daño’ ocurre ‘en razón de’ la contravención. Esta redacción es incompatible con un derecho a compensación basado únicamente en la prueba de la infracción. Decir, como hace la demandante en su escrito, que lo que se ‘perjudica’ es el derecho del interesado a que sus datos sean tratados de acuerdo con los requisitos de la Ley no cumple con este punto, pues equivale a reconocer que en el caso del demandante, el daño y la contravención son lo mismo³¹”.

Sobre esta base, se sostuvo que la reclamación presentada por el Sr. Lloyd no podía prosperar y, estaba “condenada al fracaso”³² ya que, para que se le otorgara una compensación en virtud de la Sección 13, el Sr. Lloyd tenía que haber demostrado que Google hizo un uso ilegal de los datos personales relacionados con cada individuo y que, como resultado de tal uso ilegal, el individuo sufrió algún daño³³.

Como se observa, el juez hizo una interpretación literal de la sección 13 de la ley vigente para el momento de los hechos, al sostener que, dada su redacción, la necesidad de probar los daños causados era un requisito indispensable para la procedencia de la acción. No obstante, la propia decisión deja claro que, como los hechos ocurrieron bajo la vigencia de la ley de 1998, quedaba fuera de análisis, la aplicación de la normativa vigente en este momento, es decir, la contenida en el Reglamento General de Protección de Datos³⁴ (RGPD)³⁵.

Cabría entonces preguntarse, cuál es actualmente la regulación en vigor bajo el marco del RGPD de la Unión Europea, tomando en cuenta que, ésta se ha erigido como modelo para las legislaciones de otras latitudes, tal como se verá en el siguiente numeral.

³¹ Párrafo 115 de la sentencia. (Traducción libre)

³² Párrafo 8 de la sentencia.

³³ La decisión concluye, en el párrafo 138, sosteniendo que: “Por todas estas razones, concluyo que el artículo 13 de la DPA de 1998 no puede ser razonablemente interpretada en el sentido de que confiere a un sujeto de datos el derecho a una compensación por cualquier contravención (no trivial) por parte de un controlador de datos de cualquiera de los requisitos de la Ley sin la necesidad de probar que la contravención ha causado daño material o angustia al individuo en cuestión”. (Traducción libre).

³⁴ La sentencia sostuvo, en el párrafo 16 que: “Debido a que los actos y omisiones que dan lugar a la presente reclamación ocurrieron en 2011 y 2012, la reclamación se rige por la antigua ley contenida en la DPA 1998 y la Directiva de Protección de Datos. No obstante, las partes e intervinientes en sus presentaciones en este recurso hicieron frecuentes referencias a las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos y el DPA 2018. En principio, el significado y el efecto del DPA 1998 y la Directiva de Protección de Datos no pueden verse afectados por la legislación que ha sido promulgada posteriormente. Por tanto, la legislación posterior no puede ayudar a resolver las cuestiones planteadas en este recurso, y lo dejaré de lado”. (Traducción libre).

³⁵ También conocido por sus siglas en inglés GDPR (*General Data Protection Regulation*).

2. La regulación del reclamo por eventuales daños por los usuarios de redes sociales en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (UE)

El avance y crecimiento meteórico de las tecnológicas –que no conocen límites ni fronteras– ha hecho que las legislaciones de los estados se hagan insuficientes e inadecuadas para desarrollar una regulación efectiva. Paralelamente, ha ido desarrollándose una mayor conciencia sobre la importancia de los datos personales, como derecho fundamental del individuo, y la necesidad de que se dicten normas que protejan los derechos inherentes a éstos. Sin duda, ha sido la Unión Europea quien ha desarrollado la legislación más acabada en esta materia, que sirve de modelo para otras y que, al abarcar una amplísima extensión territorial y poblacional, se ha visto en la capacidad de poner coto a la desregulación existente.

En este contexto, es oportuno analizar si, a la luz de la normativa europea en vigor contenida en el RGPD³⁶, el caso en estudio hubiera tenido la misma decisión. La discusión gira fundamentalmente en si –bajo dicha norma– la sola pérdida de control de los datos por los usuarios, sin su consentimiento, acarrea o no el derecho a ser indemnizado, o se confirma la posición de la sentencia, que exige la existencia efectiva del daño.

La respuesta la encontramos en el artículo 82³⁷ que señala que:

“1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

(...)

6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2”.

La redacción de la norma es bastante escueta. De su interpretación literal pareciera que el reclamo por eventuales daños derivados de violaciones al Reglamento, de nuevo, está circunscrito a la prueba del daño, los cuales pueden abarcar muchos aspectos, como el mismo Reglamento enumera en sus considerandos³⁸.

³⁶ El Reglamento fue promulgado el 27 de abril de 2016, no obstante, tuvo una *vacatio legis* de más de dos años ya que, no fue sino hasta el 25 de mayo de 2018, que empezó a tener pleno vigor en todos los Estados miembros y con una prelación sobre la normativa nacional.

³⁷ Consultado en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

³⁸ El considerando 75 enumera los daños y señala que, pueden tratarse de:

“Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse

Diversas opiniones habían surgido sobre el punto en discusión y, no fue sino hasta una sentencia, de reciente data dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 4 de mayo de 2023³⁹, que se aclaró el contenido del articulado citado. Conforme a lo señalado por la decisión:

“Por una parte, del tenor de esta disposición se desprende claramente que la existencia de «daños y perjuicios» o de «daños y perjuicios» que se han «sufrido» constituye uno de los requisitos del derecho a indemnización previsto en dicha disposición, al igual que la existencia de una infracción del RGPD y de una relación de causalidad entre dichos daños y perjuicios y esa infracción, de modo que estos tres requisitos son acumulativos.

33 Por lo tanto, no puede considerarse que toda «infracción» de las disposiciones del RGPD dé lugar, por sí sola, al referido derecho a una indemnización a favor del interesado, tal como se define en el artículo 4, punto 1, de dicho Reglamento.

al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados”.

³⁹ Sentencia en el asunto C-300/21, UI v Österreichische Post AG.

El caso versó sobre una petición de interpretación prejudicial solicitada por la Corte Suprema de Austria en un litigio que llegó a ese tribunal, entre un ciudadano austriaco y Österreichische Post AG, (la agencia de correos de ese país). Según lo que consta en la sentencia, la agencia de correos recogió información sobre las afinidades políticas de la población austriaca, a través de un algoritmo desarrollado que analizaba diversos criterios sociales y demográficos de sus usuarios y con esa información atribuyó a éstos una potencial afiliación política. Los datos así generados se vendieron a distintas organizaciones para permitirles realizar el envío de publicidad dirigida, todo ello sin haber informado a sus usuarios y mucho menos haber obtenido el consentimiento para dicho tratamiento. El caso es que a un ciudadano austriaco fue catalogado como partidario de extrema derecha, lo que “... le causó una importante contrariedad, una pérdida de confianza y un sentimiento de humillación”, por lo que interpuso una acción contra la agencia de correos reclamando el monto de mil euros, como indemnización por los daños y perjuicios inmateriales que afirmaba haber sufrido. (párrafos 12 y 13 de la sentencia).

12 En el marco de su actividad, Österreichische Post trató datos que, mediante extrapolación estadística, le llevaron a inferir una elevada afinidad del demandante en el litigio principal con un determinado partido político austriaco. Estos elementos no fueron transmitidos a terceros, pero el demandante en el litigio principal, que no había consentido el tratamiento de sus datos personales, se sintió ofendido por el hecho de que se le hubiera atribuido afinidad con el partido en cuestión. La circunstancia de que se conservaran en el seno de la referida sociedad datos relativos a sus supuestas opiniones políticas le causó una importante contrariedad, una pérdida de confianza y un sentimiento de humillación. De la resolución de remisión se desprende que no se ha constatado ningún perjuicio distinto de estos daños temporales de carácter emocional.

en relación con el recurso interpuesto por el primero para obtener la reparación de los daños y perjuicios inmateriales que afirma haber sufrido como consecuencia del tratamiento por dicha sociedad de datos relativos a las afinidades políticas de personas residentes en Austria, en particular él mismo, cuando no había dado su consentimiento a tal tratamiento.

Consultada en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=273284&doclang=ES>

Tal interpretación sería contraria al tenor del artículo 82, apartado 1, del citado Reglamento”.

Se evidencia de su lectura que, en los términos de la jurisprudencia del TJUE, para la procedencia del reclamo o derecho a compensación previsto en el artículo 82 del RGPD, es necesario que concurren tres elementos acumulativamente: En primer lugar, que haya habido un tratamiento de datos personales llevado a cabo en violación de las disposiciones del RGPD, en segundo lugar se deberán demostrar los daños o perjuicios (materiales o inmateriales) sufridos por el sujeto de datos afectado y en tercer lugar, el vínculo causal entre el tratamiento ilícito y ese daño.

De manera que, el TJUE adopta, en materia resarcitoria, una postura intermedia, ya que, por una parte, no exige –para la procedencia del reclamo– la existencia de culpa del actor, pero por la otra, sí requiere demostrar la ocurrencia de algún daño, cualquiera que éste sea, que el reclamante haya sufrido, ya que, la sola realización de la conducta infractora no genera *per se* el derecho a exigir una indemnización.

Por lo que respecta específicamente al daño y su cuantía⁴⁰, la sentencia dejó establecido que la obligación de reparar abarca cualquier daño, sin importar su tamaño, de manera que ningún Estado miembro puede limitar la indemnización a un determinado umbral de gravedad⁴¹.

El tema en análisis está en constante discusión y las soluciones pueden ser distintas según la jurisdicción donde se plantee el caso. Así, por ejemplo, en el Estado de Illinois en Estados Unidos, más de 1,4 millones de residentes han recibido a partir de mayo de este año, cheques por hasta 397 dólares, como compensación por una demanda colectiva de por 650 millones de dólares interpuesta contra Facebook en el año 2015, por el uso ilegal de datos de reconocimiento facial, mediante el cual los usuarios eran “invitados” a etiquetar a sus amigos en las fotos. Dicha demanda terminó en un acuerdo que fue refrendado por un juez y a partir de ese momento, la empresa modificó su sistema de etiquetado de fotos⁴². Por otra parte, en el Reino Unido, en abril de

⁴⁰ En el caso analizado, los tribunales austríacos habían desestimado la pretensión del demandante por considerar que el monto reclamado no superaba el umbral mínimo de daño indemnizable, tal como exige el derecho nacional austríaco.

⁴¹ En el párrafo 46 dejó sentado que:
“En segundo lugar, el contexto en el que se inscribe esta disposición también indica que el derecho a indemnización no está supeditado a que los daños y perjuicios considerados alcancen un determinado umbral de gravedad. En efecto, el considerando 146 del RGPD establece, en su tercera frase, que «el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos [de dicho] Reglamento». Pues bien, esta acepción amplia del concepto de «daños y perjuicios», propugnada por el legislador de la Unión, se vería contradicha si el referido concepto se limitara únicamente a los daños y perjuicios de cierta gravedad”.

⁴² Más información en: https://www.wsilvtv.com/news/consumer/some-illinois-residents-receiving-397-checks-from-facebook-lawsuit/article_485b76ca-d764-11ec-a3bc-0b8c8830e3d6.html

2021, se interpuso una acción, en nombre de 3,5 millones de niños menores de 13 años, contra TikTok, por la recopilación ilegal de información personal de niños (incluidos números de teléfono, videos, datos de ubicación y datos biométricos), sin advertencia alguna y sin haber requerido los consentimientos necesarios de los padres ni informar sobre cómo se procesarían dichos datos personales. Tal juicio está en proceso.

3. La situación en Venezuela: Urge una normativa en protección de datos personales

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a la inexistencia en Venezuela de una norma integral que regule la protección de datos personales⁴³. Sobre el tema, sólo contamos con normas dispersas, como son la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁴, la Ley de Delitos Informáticos⁴⁵, la Ley de Infogobierno⁴⁶ y una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de carácter vinculante, en la cual fijó los principios que deben cumplir, “... toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables”⁴⁷.

El caso que hemos revisado y sus implicaciones evidencia la insuficiencia de la normativa vigente y la urgente necesidad que existe de que el poder legislativo nacional dicte una norma completa que regule, conforme a los criterios internacionales imperantes, la protección de datos personales, así como políticas públicas que promuevan y defiendan estos derechos. Por supuesto, tal normativa conducirá a poner coto –tanto a las empresas como a los organismos públicos– en la obtención y uso no autorizado de datos personales de los ciudadanos⁴⁸. Esa norma necesaria contribuirá a que nuestro país se reinserte en la esfera internacional⁴⁹.

⁴³ Para un estudio sobre la normativa vigente, Zubillaga Marianela, “Recorrido por la normativa sobre protección de datos en la Unión Europea y la situación en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, N° 171-172, Julio Diciembre 2022, pág., 226.

⁴⁴ Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

⁴⁵ Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

⁴⁶ Gaceta Oficial N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

⁴⁷ Expediente N° AA50-T-2004-2395. Consultada en: <https://tugacetaoficial.com/jurisprudencia/jurisprudencia-vinculante-sobre-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-en-venezuela/3/>

⁴⁸ En un artículo publicado en “La Voz de América” se afirma que: “Un informe revela que el acceso indebido a datos personales en Venezuela cuenta con recursos públicos y la incursión directa de entidades en las prácticas de robo de información, lo que indica la voluntad manifiesta del Estado en actividades ilícitas”. Consultado en: <https://www.vozdeamerica.com/a/venezuela-vulneracion-derecho-privacidad-proteccion-datos/6419822.html>

⁴⁹ En esta materia nos encontramos incluso por detrás de países como Cuba, quien en 2022, promulgó una norma. Así lo señala el informe elaborado por David Benisar, quien señala que: “En 2022, hubo seis países que adoptaron leyes por primera vez: Indonesia, Cuba, Omán, Eswatini, Sri Lanka y Tanzania. Ahora hay 131 Estados Miembros de la ONU (2/3 de 193) que han adoptado leyes integrales de protección de datos. 20 jurisdicciones autónomas, incluyendo Taiwán, Kosovo y numerosos territorios de ultramar, también han adoptado leyes”.

CONCLUSIONES

En el tema que nos ocupa, a nuestro juicio, estamos ante la discusión sobre varios extremos, por demás relevantes: Por un lado, si la sola infracción de la privacidad de los datos personales sin autorización se erige en sí misma, como una violación a un derecho fundamental que, de ocurrir, genera responsabilidad por parte del violador y derecho a una reparación, por parte de la víctima⁵⁰ o es necesario probar la entidad del daño causado. Ya el derecho europeo se ha pronunciado sobre ambos puntos. Veremos cómo lo harán otras jurisdicciones.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que, la recopilación de datos personales por parte de las empresas tecnológicas sin autorización, se realiza con un fin y uso comercial y particularmente lucrativo, es decir, realizan una explotación comercial de dichos datos, que ha generado y genera a esas empresas cuantiosos beneficios, lo que podría implicaría una especie de aprovechamiento indebido de unos recursos –los datos personales– que pertenecen a otros y sobre los cuales, en principio, no tienen derecho. Es frente a estos extremos que los tribunales de los países deberán buscar un equilibrio, a los fines de, por una parte, impedir acciones temerarias por parte de fondos de reclamos o similares y por la otra, limitar que las empresas tecnológicas utilicen de manera masiva y sin autorización, datos de los usuarios de sus servicios, los almacenen, procesen y analicen y obtengan con ellos beneficios económicos.

Con la vigencia en Europa del RGPD, no existe duda alguna de que la recopilación de datos personales sin autorización constituye una violación a la normativa citada, basado en el carácter fundamental de la protección de datos como derecho autónomo y en el marco del derecho a la privacidad y la necesidad de proteger ambos derechos de manera efectiva. Tales violaciones acarrearán multas muy altas a ser impuestas por los organismos rectores en la materia. Ahora bien, según dicha normativa, la procedencia de una indemnización a favor de los ciudadanos se generará, siempre que dicha violación haya generado un daño, ya sea material o moral, que deberá probarse en los tribunales de instancia de los Estados miembros. Corresponderá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea continuar delineando y circunscribiendo el ámbito de aplicación de dicha normativa, en los nuevos casos que se planteen en el futuro.

Banisar, David, National Comprehensive Data Protection/Privacy Laws and Bills 2023 (January 28, 2023). Consultado en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951416>

⁵⁰ Es decir, como un tipo de “responsabilidad objetiva” como ocurre en otras esferas del derecho, como es por ejemplo, la comisión de ciertas conductas anticompetitivas bajo la legislación de libre competencia, conforme a la cual, el solo despliegue de ciertas conductas acarrea la imposición de una sanción, independientemente de que se hayan generado daños o no al mercado relevante.

Por lo que respecta a Venezuela, si el país desea avanzar hacia la reinserción en la comunidad y comercio internacional, urge por una parte, la entrada en vigor de una ley que garantice la protección de los datos personales y por la otra, que dicha normativa cuente con los mecanismos eficientes que garanticen su efectividad y cumplimiento en todas las esferas de la vida, tanto pública como privada.

BIBLIOGRAFÍA

- Banca y Negocios. (25 de mayo de 2022). Usuarios de Facebook en EEUU están recibiendo cheques de 397 dólares por violación de privacidad. Recuperado de <https://www.bancaynegocios.com/usuarios-de-facebook-en-eeuu-estan-recibiendo-cheques-de-397-dolares-por-violacion-de-privacidad/>
- Banisar, David, National Comprehensive Data Protection/Privacy Laws and Bills 2023 (January 28, 2023). Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=1951416> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951416>
- Blanco, Luis Ernesto, “Dame tus «likes» para mentirte mejor”, *“Debates IESA”*, [Internet], 16 octubre, 2018, consultado en: <http://www.debatesiesa.com/dame-tus-likes-para-mentirte-mejor/>
- Bywater, André: “Vidal-Hall Data Protection Class Action Appeal Settled”, Cordery Legal Compliance, [Internet], August 8, 2016, Recuperado de: <https://www.corderycompliance.com/vidal-hall-data-protection-class-action-appeal-settled/>
- Comisión De La Unión Europea (UE), “La Construcción De Una Economía De Los Datos Europea”, comunicación de la Comisión de la Unión Europea (UE) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Internet], Bruselas, 10 de enero de 2017. consultado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN#footnote2>
- Comisión De La Unión Europea (UE), “Una estrategia europea para los datos” comunicación de la Comisión de la Unión Europea (UE) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Internet], Bruselas, 19 de febrero de 2020, Consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066>
- Corte Suprema del Reino Unido, Lloyd v Google LLC [2021] UKSC 50 (10 de Noviembre de 2021), Recuperado de: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/50.html>
- Cuatrecasas. (2020, 7 de octubre). Indemnización de daños morales por infracción del RGPD. Cuatrecasas. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/indemnizacion-de-danos-morales-por-infraccion-del-rgpd>
- El Economista. (2020). Big Data. Diccionario de Economía. <https://www.eleconomista.es/diccionario-de-economia/big-data>
- Departamento de Protección al Consumidor de Connecticut. (2013, Noviembre 18). Connecticut, 36 Other States Reach \$17M Settlement with Google. Recuperado de <https://portal.ct.gov/DCP/News-Releases-from-the-Department-of-Consumer-Protection/2013-News-Releases/Connecticut-36-Other-States-Rreach-17M-Settlement-with-Google>

- Ellerton Sam, What the Lloyd v Google mass data privacy case means for businesses, Lockton, [Internet], Recuperado de: <https://global.lockton.com/gb/en/news-insights/what-the-lloyd-v-google-mass-data-privacy-case-means-for-businesses>
- El País, Cinco Días. (10 de agosto de 2012). Google tendrá que deshabilitar las “cookies espía” en Safari. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/08/10/empresas/1344765537_850215.html
- Federal Trade Commission, “Google Will Pay \$22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple’s Safari Internet Browser”, Recuperado de: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/google-will-pay-225-million-settle-ftc-charges-it-misrepresented-privacy-assurances-users-apples>
- Finan, M. D., & McGrath, R. C. (s.f.). GDPR Article 82 – The CJEU Gives its First Judgment. consultado en: <https://www.lawlibrary.ie/viewpoints/gdpr-article-82/>
- Frantziou, Eleni: “Lloyd v Google: towards a more restrictive approach on privacy protection in the UK?”, *VerfBlog*, [Internet], 22 de noviembre de 2021, Recuperado de <https://verfassungsblog.de/lloyd-privacy/>, DOI: [10.17176/20211123-085055-0](https://doi.org/10.17176/20211123-085055-0).
- Gómez Muñoz, Xavier: “Y así llegamos a la era del retuit y el me gusta”, *Revista Mundo Dineros*. Dinediciones, [Internet], 1º de marzo de 2022, Recuperado de: <https://revistamundodineros.com/la-era-del-retuit-y-el-me-gusta/>
- Herbert Smith Freehills. (10 de noviembre de 2021). Supreme Court finds claim for compensation under data protection legislation cannot proceed on ‘opt-out basis’ in high profile Lloyd v Google case. Recuperado de <https://hsfnotes.com/litigation/2021/11/10/supreme-court-finds-claim-for-compensation-under-data-protection-legislation-cannot-proceed-on-opt-out-basis-in-high-profile-lloyd-v-google-case/>
- Hervada, B., Maneiro Dios, R., & Revesado Carballares, D. (2022). El aprendizaje cooperativo como estrategia para la enseñanza inclusiva. *Papeles Salmantinos de Educación*, (26), 261-279. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6627893>
- La Vanguardia, [Internet], 25 de julio de 2019, “El creador del botón de retuit se arrepiente de su idea” consultado en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20190725/463690303652/ingeniero-responsable-boton-retweet-arrepiente.html#:~:text=Chris%20Wetherell%20fue%20el%20desarrollador,un%20ni%C3%B1o%20de%20cuatro%20a%C3%B1os>
- La Voz de América: Vulneración del derecho a la privacidad y protección de datos en Venezuela. <https://www.vozdeamerica.com/a/venezuela-vulneracion-derecho-privacidad-proteccion-datos/6419822.html>
- Legislation.gov.uk. (s.f.). Data Protection Act 1998. Recuperado de <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>
- Llewellyn, A Tom: “Detailed review of Lloyd v Google: what does it mean and what next for claims management companies?” [Internet], 23 de noviembre de 2021, Recuperado de: <https://www.rwkgoodman.com/info-hub/a-detailed-review-of-lloyd-v-google/#:~:text=The%20Supreme%20Court%20handed%20down,actual%20financial%20loss%20or%20distress>
- News 3. (19 de mayo de 2022). Some Illinois residents receiving \$397 checks from Facebook lawsuit. Recuperado de https://www.wsilvtv.com/news/consumer/some-illinois-residents-receiving-397-checks-from-facebook-lawsuit/article_485b76ca-d764-11ec-a3bc-0b8c8830e3d6.html

- Pang Angelina, “Lloyd v Google on Data Privacy Class Actions: Beginning of the End, End of the Beginning?”, *LSE Law Review Blog*, [Internet], 15 de marzo de 2022, Recuperado de: <https://blog.lselawreview.com/2022/03/lloyd-v-google-data-privacy-class-actions-beginning-end-end-beginning>
- Parlamento Europeo y del Consejo. (24 de octubre de 1995). Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046>
- Parlamento Europeo y del Consejo. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>
- Parker, N., & van der Leeuw-Veiksha, A. (11 de mayo de 2023). CJEU clarifies key aspects of the GDPR: an overview of recent cases. Allen & Overy. Recuperado de <https://www.allen-very.com/en-gb/global/blogs/data-hub/cjeu-clarifies-key-aspects-of-the-gdpr-an-overview-of-recent-cases>
- Privacy Helper. (s.f.). Data Protection Act 1998 - A Summary of the 8 Guiding Principles. Recuperado de <https://www.privacyhelper.co.uk/knowledge-hub-articles/data-protection-act-1998-a-summary-of-the-8-guiding-principles>
- Rayón, Álex: “La economía del dato: retos y oportunidades”, *Business Review* (Núm. 256) TIC, [Internet], Mayo 2016, [Internet], Recuperado de: <https://www.harvard-deusto.com/la-economia-del-dato-retos-y-oportunidades>
- Reino Unido. (s.f.). Guidance Note B2: Data Protection Act 1998 & Access to Personal Data. Recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a790500e5274a277e691436/B220090423MOD_FOI_Guidance_DPA_and_personal_infoU.pdf
- Reuters. (27 de Agosto de 2022). Meta’s Facebook agrees to settle data privacy lawsuit. Recuperado de <https://www.reuters.com/legal/metass-facebook-agrees-settle-data-privacy-lawsuit-2022-08-26/>
- Revista Seguridad - UNAM. (s.f.). Leyes de protección de datos personales en el mundo y la protección de datos biométricos. Recuperado de <https://revista.seguridad.unam.mx/numero-13/leyes-de-proteccion-de-datos-personales-en-el-mundo-y-la-proteccion-de-datos-biometricos>
- Smith, Alex: “Lloyd v- Google: a landmark decision” 23 de noviembre d3 2021, Hill Dickinson. [Internet], Recuperado de: <https://www.hilldickinson.com/insights/articles/lloyd-v-google-landmark-decision>
- Vidal-Hall and others v Google Inc (Information Commissioner intervening). (2015). Court of Appeal. Recuperado de <https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2018/03/Vidal-Hall-v-Google-Inc-Information-Commissioner-intervening-2015-EWCA-Civ-311-2016-QB-1003.pdf>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tres. Caso: ECLI:EU:C:2023:62. Comisión Europea contra República de Polonia, párrafos 1-3, 15 de marzo de 2023. Recuperado de:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=273284&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4960697>.

Voz de América. (2022, Enero 31). Vulneración del derecho a la privacidad y protección de datos en Venezuela. Recuperado de <https://www.vozdeamerica.com/a/venezuela-vulneracion-derecho-privacidad-proteccion-datos/6419822.html>

Zubillaga Marianela, “Recorrido por la normativa sobre protección de datos en la Unión Europea y la situación en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, N° 171-172, Julio Diciembre 2022, pág., 226.

Parámetros de los medios de defensa de los accionistas

Tadeo Arrieche Franco*

Carol Johana Jiménez López**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 347-374

Resumen: En las líneas que siguen, desarrollaremos los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición para la defensa de los accionistas frente a los acuerdos sociales, ya sea de forma interna o acudiendo a un tercero, como el juez o el árbitro. Estos mecanismos se transforman en una serie de derechos, cuyo ejercicio encuentra limitaciones y efectos particulares, tal como analizaremos.

Palabras claves: Compañía, irregularidad, accionistas y libre asociación.

Parameters of the defense mechanisms of the shareholders

Abstract: *In the following lines, we will develop the mechanisms that the legal system makes available for the defense of shareholders against social agreements, either internally or by resorting to a third party, such as a judge or an arbitrator. These mechanisms become a series of rights, whose exercise finds limitations and particular effects, as we will analyze.*

Keywords: *Company, irregularity, shareholders y freedom of association.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 28/11/2023

-
- * Abogado, Universidad Central de Venezuela / Magister en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana / Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana / Diploma en Derecho de Hidrocarburos, Universidad Metropolitana / Diploma en Derechos Fundamentales y Globalización, Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)
 - ** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019); Diploma en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (2020); Programa de Estudios Avanzado en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022); Especialización de Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (En curso).

Parámetros de los medios de defensa de los accionistas

Tadeo Arrieche Franco*

Carol Johana Jiménez López**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 347-374

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El derecho de los accionistas minoritarios y la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021. 2. Del procedimiento de irregularidades administrativas. 3. Efectos relacionados con el procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil, como parte del Derecho Privado, se entiende fundamentado en la libre actuación de los particulares, quienes pueden realizar actuaciones que no estén expresamente prohibidas por la ley.

Especialmente, el Código de Comercio de 1955, vigente a la fecha, consagra supuestos que establecen figuras, tipos y procedimientos, para desarrollar actuaciones propias del ámbito mercantil, sin dejar de lado que la costumbre es una fuente de Derecho Mercantil, por lo que se valora la conducta de los empresarios.

Ese es uno de los aspectos en el cual se evidencia la libertad de los particulares para ejercer actividades mercantiles, no sólo restringiéndose a la fórmula de asociación sino también la manera de regir los destinos de la entidad creada para explotar el objeto social escogido.

El artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece la posibilidad de los ciudadanos de asociarse sin restricción alguna para cualquier tipo de actividad lícita, haciendo hincapié posteriormente en la figura de los sindicatos y la lucha que los determina¹.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela / Magister en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana / Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana / Diploma en Derecho de Hidrocarburos, Universidad Metropolitana / Diploma en Derechos Fundamentales y Globalización, Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)

** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019); Diploma en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (2020); Programa de Estudios Avanzado en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022); Especialización de Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (En curso).

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009 con enmienda número 1.

La libre asociación, para el autor Miguel Carbonell Sánchez, consiste:

en la libertad de todos los habitantes de una comunidad para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Hans Kelsen llamaría un «centro de imputación de derechos y obligaciones», con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito.²

Teniendo en cuenta lo anterior, pretendemos a continuación desglosar los mecanismos de defensa con los que cuentan los accionistas frente a las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas y de aquellas actuaciones que pueden ser calificadas como irregulares en el ejercicio de la administración de la compañía, pudiendo estar o no amparada en las determinaciones asumidas en una asamblea de accionistas.

Para ilustrar estas reflexiones, tomamos como referencia la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021 en el expediente identificado con el número 19-0444 –identificada a lo largo de este trabajo como sentencia 594/2021–, la cual entrelaza aspectos de orden civil, mercantil y procesal que, desde nuestro punto de vista, señala tácitamente algunos parámetros para el ejercicio de las acciones referidas en el campo de la denuncia de actuaciones irregulares.

1. El derecho de los accionistas minoritarios y la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021

El tratamiento de instituciones específicas en materia mercantil inspiran el funcionamiento de figuras creadas con el fin de desdoblar las intenciones e intereses de las personas en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, como lo son la libre asociación y la autonomía privada, los cuales se conciben interrelacionados y de cumplimiento entre particulares, ya que desde un punto de vista la normativa constitucional no solo es aplicable en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también entre los privados.

Lo anteriormente descrito, es el corolario de lo dispuesto en la sentencia número 594/2021, que considera a la actividad comercial como de carácter lícito, pero adicionalmente reconoce que el fundamento constitucional del contrato societario es precisamente la libre asociación, lo que debe influir para que se respeten las normas internas para darse el tipo de gobierno que convengan así como los mecanismos que determinen para resolver los conflictos generados entre accionistas.

² Miguel Carbonell Sánchez, “Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana”, *Pensamiento Constitucional* Año XV, N° 15. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, (2011): 13.

No obstante, la sentencia advierte que esa libre asociación:

involucra el mantenimiento en el tiempo de la realidad creada, posibilidad ésta que sólo es efectiva en tanto se mantenga el respeto a la órbita jurídica subjetiva de las sociedades en particular lo referente a los mecanismos de funcionamiento, control, dirección y toma de decisiones, lo contrario aparejaría el absurdo de un Derecho Constitucional carente de contenido, al agotarse en la mera suscripción o perfeccionamiento de un acto negocial, sin que se asegure el respeto a la continuidad de aquella voluntad expresada que constituye la libertad de asociación (...) (Vid. Sentencias de esta Sala Nos. 809/2000 y 1.513/2006).

Tal aseveración realizada por la Sala en cuestión, implica desde su perspectiva un carácter de vigilancia sobre la actividad comercial, en especial en lo relacionado a la vida y trayectoria de la sociedad mercantil, bajo el interés de aplicar la Constitución y garantizar el respeto a la voluntad de los ciudadanos asociados bajo los parámetros de ese derecho, el cual se puede ver materializado con el correcto desenvolvimiento de la entidad y de los derechos de los sujetos integrados a la empresa.

El Tribunal de turno ratifica la justificación para involucrarse en el conocimiento del caso, con fundamento a lo interpretado en cuanto al principio de la autonomía privada, en el entendido que dicho principio apalanca la autodeterminación de las personas y entidades para dictar las reglas que guíen las conductas propias y de los involucrados, pero que puede ser restringida a través de la aplicación de normas constitucionales, “corrigiendo así el abuso de la autonomía privada – o autosuficiencia – que sea contrarios a los principios del Estado Social.”

La autonomía privada se tiene como aquella figura que comprende “la facultad de dictar leyes propias o de sujetarse uno mismo a un estatuto vinculante”, según el autor Rodrigo Barcia Lehman³. Sin duda, puede enmarcarse en la posibilidad contraer, cambiar o extinguir relaciones jurídicas o ejercer las facultades del derecho de propiedad, derecho real por excelencia, como es el uso, goce y disposición de los bienes, lo cual es trasladable a la posición que tiene los accionistas en las empresas y las determinaciones que recaen sobre los administradores.

El contenido de la sentencia en cuestión, describe su afán de inmiscuirse en los conflictos societarios al mencionar la posibilidad de arbitrar los desencuentros entre la corporación y sus socios, diferenciando su grado de participación de acuerdo al tipo de asociación para determinar el alcance de la intervención, que dispone de la siguiente manera:

³ Rodrigo Barcia Lehman, “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, *Temas de contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos*. Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Chile (2006): 162

trátase de asociaciones monopolísticas, las cuales se caracterizan porque ostentan posiciones de predominio dentro del ámbito social o económico, o de carácter meramente ideológico o recreativo.

En las últimas hay un verdadero núcleo duro de autonomía privada que no admite la intervención del Estado, sino restricciones generales derivadas de normas jurídicas de estricto orden público, salvo que sus fines no sean lícitos; a diferencia de las primeras, en las cuales, de acuerdo con el principio de legalidad, el legislador puede establecer regulaciones y limitaciones sobre dichas asociaciones y los tribunales pueden revisar tanto sus estatutos, en cuanto a su legalidad y legitimidad democrática, como sus decisiones, en cuanto al respeto del procedimiento debido, la veracidad u objetividad de los hechos determinados y la claridad o racionalidad de las valoraciones realizadas por los cuerpos de decisión de dichas asociaciones (...) (Vid. Sentencia de esta Sala N° 781/2000).

Con el soporte de la posibilidad de intervenir en el devenir societario, una vez ventiladas las restricciones que pueden tener el derecho de libre asociación y el principio de autonomía privada, la sentencia ratifica la posición tomada en decisión N° 1420/2006 (caso: *Milagros Coromoto De Armas Silva De Fantes*), que indica básicamente tres aspectos con relación a las oportunidades de defensa de los accionistas minoritarios:

a.- Que el accionista de una sociedad mercantil al ser propietario de un bien –con las facultades que otorga el artículo 545 del Código Civil– cuyo contenido es la acción que forma parte del capital social, tiene derecho a estar informado sobre el estatus del mismo, por lo que en especial los accionistas minoritarios tienen acciones de defensa.

b.- Que existe una primera posibilidad de control por parte de los accionistas minoritarios antes de la celebración de la respectiva asamblea de accionistas, de conformidad con el ordinal 1° del artículo 275 del Código de Comercio, pudiendo activarlo durante todo el ejercicio económico de la empresa, con el riesgo que esas acciones traben el desempeño de la entidad.

c.- Que la segunda oportunidad de control de los accionistas minoritarios, es durante la celebración de la asamblea de accionistas donde puede debatir inclusive el informe que emane de la discusión, haciendo las interrogantes que corresponden al comisario y a los administradores.

Ratificados los conceptos que respaldan los derechos de los accionistas minoritarios y las oportunidades para ejercer las acciones de defensas, vale la pena acotar el núcleo de la práctica de la administración de las sociedades mercantiles, así como la diferenciación de los mecanismos de control que tienen los accionistas.

1.1. La administración de la sociedad mercantil

El Código de Comercio confiere un amplio margen de libertad para la composición del órgano de administración de la sociedad anónima, tanto con respecto al número como con respecto a la forma en que puede funcionar⁴. Incluso permite que los administradores puedan ser socios o no de la compañía, personas naturales o jurídicas⁵.

A tal órgano de administración permanente está confiada la gestión de la actividad social y la representación⁶ de la sociedad mercantil.

Actualmente, la modalidad de cuerpo colegiado es la más usada dentro de las sociedades mercantiles venezolanas. Administración permitida por el último aparte del artículo 260 del Código de Comercio al expresar que: “Cuando sus administradores son varios, se requiere para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, si los estatutos no disponen otra cosa: los presentes deciden por mayoría de número.”⁷

Jesús Quijano González al analizar el contenido de lo administración de una sociedad anónima, señala a las actuaciones desarrolladas en tal función como:

(..omissis..) categoría general en la que encajan los actos singulares de gestión patrimonial, en las necesidades de la empresa que constituye la actividad de la sociedad, sin perjuicio de que, dentro su ámbito, puedan ser comprendidos también los actos relativos a la organización societaria⁸.

De esta manera, se tiene que el contenido de la obligación de administrar, es de alguna manera un contenido indeterminado, pues se delimita en función de los criterios de la diligencia exigida de los administradores y del interés social⁹, aunque el ejercicio válido de las facultades de los administradores considerará los límites establecidos en la ley, el documento constitutivo y por la asamblea de accionistas, así como examinará la relación entre el acto singular y el objeto social¹⁰.

Sin importar lo anterior, dicha obligación de administrar siempre deberá estar encuadrada con referencia mínima a la figura del buen padre de familia.

⁴ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 4ta ed., (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998), 1244.

⁵ Morles Hernández, *Curso ...* 1247.

⁶ Morles Hernández, *Curso ...* 1241.

⁷ Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

⁸ Jesús Quijano González, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, (Valladolid, Universidad de Valladolid, 1985).

⁹ Morles Hernández, *Curso ...* 1266.

¹⁰ Morles Hernández, *Curso ...* 1268.

Si bien el concepto de buen padre de familia viene del Derecho Civil, es aplicable al campo mercantil. En ese sentido, todo administrador debe procurar una toma de decisiones sensatas dentro del contexto de funcionamiento de la sociedad mercantil a cargo así como evitar discrecionalidades, sobre todo si cuenta con estatutos sociales y un marco de fuentes de derecho, con las cuales puede asumir posiciones transparentes y justificables ante terceros.

No obstante, como indicamos, si bien la responsabilidad del administrador debe estar mínimamente guiada por el referido concepto de buen padre de familia, al estar involucrado en el ejercicio funciones de una sociedad mercantil su calificación está enmarcada en la condición de comerciante, técnico o profesional, por lo que autores en este caso reivindican la figura del ordenado empresario.

Sobre ese particular, Isabel Ramos Herranz¹¹, reflexiona sobre las condiciones que tiene quien esta impuesto como buen padre de familia y su diferencia con el del ordenado empresario, al indicar que:

la diligencia exigible a un profesional nunca se equipararía a la diligencia del buen padre de familia porque el profesional no es un hombre medio que actúa en el ámbito de su familia o en el de los asuntos normales. Desarrolla una actividad o servicio que se aleja de los parámetros generales. En consecuencia, se trata de modelos diferentes; por lo que son erróneas las posturas de los autores que mantienen que el modelo profesional, del ordenado empresario, «sustituye» al del buen padre de familia.

En ese orden de ideas, de acuerdo al área de explotación del objeto social de la respectiva sociedad mercantil, el administrador debe tener un cuidado superior al de un ciudadano común en el cumplimiento de sus obligaciones personales, asumiendo capacidades que demandan riesgo, pero que forman parte de la iniciativa que debe tener todo aquel que se encuentra en el ambiente empresarial.

Con esas características de la conducta que deben desarrollar los administradores, junto a las atribuciones expresas que tiene el órgano de administración de la sociedad de comercio, derivan sus deberes y responsabilidades, tanto frente a los accionistas como a terceros. Por lo tanto, los administradores serán el primer alcance que tendrán los accionistas minoritarios para defender sus derechos dentro de la sociedad.

¹¹ Isabel Ramos Herranz, "El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. Anuario de Derecho Civil." Volumen 59, N° 1, Ministerio de Justicia de España, Reino de España, (2006): 200.

1.2. Canales de defensa de los accionistas minoritarios

Dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio venezolano, los accionistas minoritarios de las compañías anónimas, tienen los siguientes derechos en protección de su posición:

Ser convocado¹² y actuar en las asambleas;

- a. Separarse si se toman decisiones que difieren de sus intereses¹³;
- b. Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva asamblea decida el punto;
- c. Denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los comisarios; y

Denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crean censurables¹⁴.

Anteriormente, los accionistas minoritarios no podían ejercer algunos de estos derechos, si no alcanzaban a representar una quinta parte del capital social, lo que ya suponía una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

Ello cambió a través de criterio sostenido de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 585 de fecha 12 de mayo de 2015 caso: Pedro Luis Pérez Burelli¹⁵, ratificado por la Sala de Casación Civil en sentencias N° 162 de fecha 11 de marzo de 2016, caso: CERAMIKON C.A. contra Maigualida Mogollón Ortega y en sentencia N° 312 de fecha 16 de diciembre de 2020, caso: Rui Alberto De Castro contra Ana Carolina Gomes Gomes¹⁶.

1.2.1. Derecho de convocatoria

Así, se tiene que todo accionista tiene el derecho de ser convocado¹⁷ a participar en la asamblea general, lo cual está íntimamente ligado con la circunstancia que el mismo pueda conocer, con la debida anticipación, el día, hora y lugar, en donde se va a celebrar ésta¹⁸. Adicional a ello, conocer el objeto de la asamblea.

¹² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

¹³ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 240, 257 y 282.

¹⁴ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 291.

¹⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

¹⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/311111-RC.000312-161220-2020-19-309.HTML>

¹⁷ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 279.

¹⁸ Enrique Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima y el Derecho de los Accionistas Minoritarios en Venezuela*, (Caracas, 1987): 310.

Para asegurar que esta convocatoria se lleve de manera uniforme, el Código de Comercio dispuso las características y requisitos para cada tipo de asamblea, —ordinaria o extraordinaria—¹⁹.

Las formas de convocatoria que menciona el Código de Comercio son por la prensa y por carta certificada. Inclusive los estatutos sociales pueden disponer de formas de convocatoria distintas a las indicadas, sobre todo en aras de aprovechar los medios tecnológicos con los que se cuenta en la actualidad y que al momento de la concepción de la norma no existían.

Al respecto de esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que:

[...] la creación, en los estatutos sociales de las sociedades mercantiles, de requisitos distintos a los previstos en el Código de Comercio respecto a la convocatoria de los socios o accionistas para la celebración de las asambleas, debe realizarse con el propósito de fortalecer el régimen de convocatoria previsto en el mismo y no para limitar o perjudicar el derecho de los socios o accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea, lo cual sólo puede lograrse mediante el establecimiento de un medio adecuado de convocatoria que sea lo más claro y eficiente posible, que no represente dudas de su idoneidad como instrumento capaz de garantizar el derecho de ser informado de la convocatoria que tienen los socios o accionistas[...]²⁰

En definitiva, cuando el accionista sea titular de varias acciones con derecho a voto, bastará el depósito de una acción, para gozar del derecho de convocatoria expresa²¹ y ésta deberá realizarse a través de un medio acorde y eficiente con el fin de garantizar que las personas interesadas estén al corriente de la asamblea a celebrarse. Tal convocatoria deberá ser realizada por los administradores de la compañía²², a menos que los estatutos señalen algo distinto.

En sentido análogo acerca del propósito de fortalecer el régimen de convocatoria existente, se pronuncia el autor Mario Bariona al señalar que el sistema de convocatoria por vía de correo electrónico “debe ser siempre adicional al sistema tradicional que establezcan los contratantes o, en su defecto, el que establece el Código de Comercio”.²³

¹⁹ Véase Código de Comercio, Título VII, Sección VI, Parágrafo Tercero.- De las asambleas.

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1066, del 09 de diciembre de 2016.

²¹ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...340

²² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

²³ Mario Bariona G., “La Telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 4. Tomo I. (2020): 9.

En definitiva, cuando el accionista sea titular de varias acciones con derecho a voto, bastará el depósito de una acción, para gozar del derecho de convocatoria expresa²⁴ y ésta deberá realizarse a través de un medio acorde y eficiente con el fin de garantizar que las personas interesadas estén al corriente de la asamblea a celebrarse, por ejemplo, podría ser mediante la página *web* de la sociedad o bien por correo electrónico, para lo cual se sugiere a los administradores de la compañía, llevar un registro de las direcciones electrónicas vigentes de los socios²⁵, pues serán ellos quienes deberán realizar tal convocatoria, a menos que los estatutos señalen algo distinto²⁶.

1.3. Derecho de control de decisiones en asamblea de accionistas

La asamblea de accionistas constituye el entramado de mayor peso en el funcionamiento de las sociedades mercantiles, visto las decisiones trascendentales que tienen en sus manos para la permanencia y desarrollo del objeto social.

Una vez conocidos los parámetros de cumplimiento de una sana convocatoria, incluyendo las adaptaciones a los medios telemáticos existentes, debemos tomar en cuenta los mecanismos de control y defensa de los accionistas frente a las determinaciones que se fije en una asamblea.

Es importante recalcar que esos medios de control son aplicables en medio de la actividad de asambleas de accionistas que sean convocadas bajo el carácter de ordinaria o extraordinaria y que el presupuesto básico es la debida constitución del *quorum* de acuerdo a los parámetros de sus estatutos y la norma mercantil, conforme a los tópicos que fueron pautados en la convocatoria previa.

Los accionistas tendrán acceso a estos medios de defensa frente a decisiones de la asamblea, habiendo comparecido a su ejecución de manera presencial o virtual, visto los avances de la tecnología que apoyan la comunicación entre las partes, pero también son objeto de ejecución si el accionista que se viera afectado no hubiese comparecido a la asamblea.

Por último, rescatamos, que los aspectos consagrados en la convocatoria que tengan relación con la vida empresarial, son susceptibles de ser controlados o atacados por un accionista en funciones al momento de la celebración de la asamblea, teniendo importancia aquellos que inciden en la vigencia y presencia en el mundo jurídico, tales como son los contemplados en el artículo 280 de Código de Comercio, que requieren una calificación especial para el establecimiento del *quorum* y del voto en asamblea.

²⁴ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima ...*240

²⁵ Bariona, Mario, "La Telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela", 9.

²⁶ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

Visto lo expuesto, pasamos a considerar los mecanismos de control que corresponde al siguiente tenor, en el entendido que solo describiremos los parámetros de los medios enunciados.

1.3.1. Derecho de oposición

En el artículo 290 del Código de Comercio se establece el mecanismo de oposición a las decisiones tomadas en asamblea, planteadas por accionistas de la empresa.

El lapso para presentar este medio es de quince (15) días desde la fecha que se toma la decisión. Para que el accionista afectado pueda iniciar esta acción debe sortear obstáculos como por ejemplo, que el soporte de la asamblea en un acta sea redactado al momento de su celebración o en días más cercano, cuestión que pueda tener acceso al acto donde consta el contenido a oponerse.

Tal condición empeora si tomamos en cuenta la practica forzada de enviar a registro el acta que soporte la asamblea primero, antes de transcribirla en el libro de actas de asamblea de accionistas, visto los cambios que de manera discrecional realizan algunos funcionarios registrales sobre el contenido de actas de asamblea, inclusive realizando menciones no expuestas realmente por los participantes de la asamblea, lo cual genera incertidumbre en aquel accionista afectado y poca certeza en la ejecución del lapso.

Ahora bien, el artículo en cuestión trata como objeto de control a las decisiones tomadas en asamblea, en el entendido que se tratan de expresiones únicas tomadas por un cuerpo colegiado siendo obligatorias para todos aquellos accionistas que hayan asistido o no a la sesión, lo cual contrasta con la naturaleza de las voluntades manifestadas en el acuerdo societario por lo que se constituyó la compañía y por lo cual se comprometieron al cumplimiento de los estatutos.

Que algunos accionistas tomen decisiones en asamblea que eventualmente puedan afectar el estatus o posición de algún otro, aun en contravención de los estatutos que convinieron, no significa la disolución del pacto corporativo consagrado, por el contrario, el medio de oposición significa un modo de restituir la vida societaria, pudiendo recuperar su espíritu original.

Así mismo, se deben tratar de decisiones “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley”, lo que pone en discusión de lo que se considere como aquello que no es sensiblemente contrario pero que mantiene contradicción con los estatutos y además las opciones de control y defensa que pueden tenerse, frente a decisiones que violen conceptos protegidos.

En ese sentido, podemos tener como referencia la posibilidad que alguna decisión que limite la posición de un accionista sea proporcional a la violación de una norma de orden público o la vulneración de algún derecho constitucional de orden económico, tal como el derecho de propiedad o a la libertad económica, lo cual haría que alguna acción de este tipo, estaría sometida a acciones ordinarias de nulidad o la acción de amparo constitucional, de haberse agotado las vías ordinarias, según el caso.²⁷

Todo esto hace visible, que la única persona legitimada para actuar es el socio afectado por la decisión de la asamblea y que no haya votado a favor de dicha determinación, pues el medio de oposición no es un medio de arrepentimiento o subsanación propia de las decisiones en la que se haya expresado un consentimiento.

El mecanismo debe intentarse ante el juez mercantil o el árbitro²⁸ del domicilio de la compañía, lo cual es lo lógico por constituir a su vez el sitio de interés de los accionistas por ser la sede donde generalmente también se desarrolla la operación comercial y las asambleas de accionistas. Esto despeja, que lo predominante no es el sitio donde se haya celebrado la asamblea, lo que por cierto hoy pudiera generar incertidumbre ante la posibilidad que la misma sea celebrada de manera virtual, encontrándose los miembros de la asamblea en diferentes sitios que corresponden a jurisdicciones diversas, no compatible con el domicilio de la compañía.

Por su parte los administradores, quienes fungen como representantes legales de la compañía, son solidariamente responsables para con los accionistas y terceros de la ejecución de las decisiones de la asamblea de accionistas, de acuerdo a lo previsto en el ordinal 3° del artículo 266 del Código de Comercio y su responsabilidad por actos u omisiones se limita siempre que no teniendo culpa hayan dejando constancia de su disconformidad sobre determinados actos.

En un documento constitutivo se otorgan una serie de facultades al administrador, ya sea bajo la nomenclatura de presidente, director o gerente general, encontrándose encargos relativos a actos de trámite y de disposición, que sin duda pueden comprometer el patrimonio, reputación y funcionamiento de la sociedad.

²⁷ El autor Armando Hernández-Bretón, expresa que: “Las decisiones contra las cuales cabe ejercer esta acción de oposición son aquellas que se traten de fundamentar de oposición son aquellos que se traten de fundamentar en violaciones en normas derogables por los estatutos; pues, si se trata de violación de ley de orden público, la acción será la de nulidad, originada por la interpretación en contrario el CCom: 289.” En Armando Hernández-Bretón, *Código de Comercio Venezolano*, Editorial La Torre. Caracas, (1965): 183.

²⁸ Al respecto de la validez de someter a arbitraje conflictos societarios y especialmente las denuncias de irregularidades administrativas, véase: Diego Tomás Castagnino, *Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, N° 2, 2021, 35-67.

Vista lo importancia revelada en la figura del administrador y el compromiso que adquiere en representación de la empresa, es que la oposición ejercida al ser conocido por el juez, es consultada con éste, ya que trata de identificar la existencia o no de las faltas reclamadas que pueden solapar o encubrir una irregularidad administrativa y que conlleva en sí mismo una violación a los estatutos de la sociedad.

La decisión del juez, previo a dicha consulta, en caso de valorar la existencia de las faltas expuestas en el reclamo por el accionista denunciante, ordena la suspensión de los efectos de las decisiones tomadas en asamblea, con el fin que se convoque una nueva asamblea y se decida el punto.

En este aspecto, debemos tomar en cuenta que el medio de oposición en cuestión no invalida la decisión tomada por la asamblea, ya que la puesta en marcha de esa solicitud no tiene carácter contencioso y por lo tanto, no conoce el fondo²⁹, lo que lo convierte en un escenario de orden correctivo que básicamente deja en una segunda oportunidad en manos de los propios accionistas, la posibilidad de cambiar esa decisión que no satisface a un accionista o ratificarla.

Sobre este último particular, es necesario acotar que bajo la premisa de hacer recaer nuevamente en la asamblea de accionistas la ratificación de la decisión que fue objeto de oposición, se corre el riesgo de estar avalando un acto societario que viole los estatutos o la ley, lo cual sería un contrasentido en la labor del legislador.

Lo anterior no tiene sostén en el tiempo, pues en primer lugar no puede pretender mantenerse en sociedad a unas personas que acordaron unas reglas de manera conjunta y que luego de manera sobrevenida dichas normas sean cambiadas a placer de la mayoría, contraviniendo los mismos mecanismos de reforma estatutaria contemplados, en un ejemplo extremo.

Pero, en segundo lugar, menos le puede ser otorgado a los particulares con carácter de accionista de una sociedad, la posibilidad que violen la ley, cuando un requisito *sine qua non* de la constitución de una sociedad mercantil, es la configuración un objeto social lícito.

Con ese particular aspecto, vale la pena acotar lo indicado por el autor Luque de Lázaro³⁰ en cuanto a que la ratificación de una decisión violatoria de la ley, es en efecto desaplicar los artículos 5, 6 y 7 del Código Civil³¹, todo ante la imposibilidad de renuncia y derogación de las leyes por los particulares.

²⁹ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...421.

³⁰ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...441

³¹ Código Civil 1982, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 26 de julio 1982, número 2990 extraordinario.

Aun en ese especial contexto, consideramos que el medio de oposición resulta positivo por la posibilidad que el mismo cuerpo accionario pueda corregir lo que alguno considere en su detrimento por violación de los estatutos y la ley; jugando al factor de recomposición contractual entre las partes, que es volver al equilibrio inicial.

1.3.2. Derecho de denunciar ante los comisarios

El artículo 310 del Código de Comercio otorga a la asamblea de accionistas la potestad de denunciar a los administradores por los hechos censurables que éstos cometieren. Dicha potestad se ejerce a través de los comisarios —o de personas que se nombren especialmente al efecto—³². Toda vez que ellos son los llamados a inspeccionar y vigilar ampliamente todas las operaciones de la sociedad, incluida la actividad de los administradores de acuerdo con lo establecido en el artículo 309 *eiusdem*.

La jurisprudencia se pronuncia en cuanto a la exigencia para la presentación de la denuncia que se refiere el artículo 310, en la cual se debe reputar fundado y urgente el reclamo de los socios para que el comisario convoque a la asamblea de accionistas, la cual decidirá sobre lo reclamado:

el comisario ante la denuncia de cualquier accionista -así represente menos del décimo del capital social- no puede conformarse con dejar constancia de que recibió la denuncia y la hizo saber a la asamblea, ya que, está obligado a investigarla (analizarla) para contestar (dar respuesta) a los accionistas (o al accionista) y si considera que el reclamo es fundado (razonado) y urgente (necesario) debe convocar a la asamblea para que decida sobre el punto (asunto) sometido a su consideración.

Por lo tanto, el deber de investigar por parte del comisario al cual hace referencia el criterio antes indicado, no significa que éste deba realizar un trabajo investigativo que implique todo un procedimiento de indagación y recolección de datos y/o documentos para poder considerar el reclamo como fundado y urgente y convocar a la asamblea.

Pues, si de la denuncia se evidencia -según la apreciación del comisario- y después de verificarla con los elementos de información a su alcance, que el reclamo es fundado y urgente debe convocar a la asamblea, la cual en definitiva es la que decidirá sobre el punto que se somete a su consideración, lo contrario constituiría una limitación del derecho que tienen los accionistas en la sociedad mercantil de denunciar los hechos de los administradores que consideren censurables...³³

³² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 310.

³³ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 08-675, N° de Sentencia RC.00565, 22 de octubre de 2009.

Del criterio antes transcrito existen varios puntos de relevancia. En primer lugar, se encuentra el deber de los comisarios de investigar con lo que “esté a su alcance” o bien lo que le proporcione el denunciante, los reclamos que instaure el o los socios, pues no está obligado aquél a iniciar una pesquisa sobre los administradores.

Lo segundo a prestar atención es la obligatoriedad del comisario de dejar constancia de la recepción de la denuncia y de dar respuesta a los socios sobre ésta. En caso de considerarla razonada deberá el comisario o quien ejerciera sus funciones, convocar inmediatamente la celebración de una asamblea de accionistas para la discusión y toma de decisión sobre lo reclamado.

La ausencia de pronunciamiento por parte del comisario o la omisión en la convocatoria de la asamblea que corresponde, habiendo reclamos fundados se traduce en una clara infracción de los deberes de esta figura de vigilancia³⁴, pudiendo el comisario ser responsable por extensión también de las irregularidades que cometan los administradores de la sociedad.

Finalmente, destaca la advertencia que hace la Sala sobre la consecuencia de que la asamblea convocada no se pronuncie sobre lo reclamado, refiriéndose a ello como una limitación al derecho de denunciar de los accionistas.

1.4. Derecho de denuncia por irregularidades administrativas

Habiendo revisado el derecho de oposición a las decisiones de accionistas en asambleas, así como el medio de denuncia ante los comisarios, la denuncia mercantil tiene su fundamento en el artículo 291 del Código de Comercio venezolano y desde su concepción tiene por finalidad la salvaguarda de los derechos de las minorías societarias, como la más enérgica hipótesis de autodefensa de las minorías, limitada a las sociedades pequeñas lo cual forma parte de la reflexión del autor Luis Corsi³⁵.

En criterio asentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 585, de fecha 12 de mayo del 2015, se estableció lo siguiente:

[Se] infiere que las disposiciones del artículo 291 del Código de Comercio, en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios minoritarios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan el quórum calificado exigido por la mencionada norma, ya que

³⁴ Hernández-Bretón, *Código ...* 201.

³⁵ Luis Corsi, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria” en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Derecho de Sociedades*, Vol II, Universidad Católica Andrés Bello, (Caracas, 2012), 500.

los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre las irregularidades cometidas por sus administradores en la sociedad, por lo que haciendo un análisis progresista conteste con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el artículo 2 de nuestra Constitución, se debe anular el mencionado requisito. Así se decide.³⁶

De tal manera la Sala Constitucional modifica el contenido del primer párrafo del artículo comentado, en lo concerniente a la eliminación del requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente forma:

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. (...)

Aclarado el contenido final del artículo, observamos que existen diferencias en cuanto a los supuestos que inspiran el derecho de oposición y la denuncia de irregularidades administrativas, que es el punto a tratar.

La denuncia mercantil por irregularidades administrativas tiene como supuesto la existencia de graves irregularidades en el cumplimiento de la función de administradores soportadas en sospechas fundadas.

La calificación de grave de una irregularidad, debemos suponer que recae desde dos aristas, uno como el debido cuidado en el ejercicio de la función de administrador, dentro de lo que cabe la previsión de un “buen padre de familia” y por otro lado la violación de las normas estatutarias o la ley en cuanto a los conceptos lógicos de buen administrador, lo que repercute en la esfera patrimonial de la sociedad mercantil que rige, pues todos estos asuntos de manera, directa e indirecta, están relacionados con el incumplimiento de sus deberes.

Cuando se establece este tipo de adjetivos a las acciones que son sometidas a procedimientos o sanciones, se corre riesgo de dejar por fuera otras actitudes que pueden afectar de igual manera a la entidad que representa al administrador, simplemente porque se puede optar por pensar que no tiene grandes repercusiones económicas, mientras si se causan estragos en materia reputacional u operativa.

³⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 585, expediente N° 05-0709 del 12 de mayo del 2015.

Por lo tanto, ese aspecto requiere un particular análisis en la oportunidad de la denuncia, junto a la mención de fundadas sospechas, que descrita de esa manera no deja opción sino por lo menos indicios de lo que puede considerarse la desviada conducta del administrador.

Desde nuestro punto de vista, visto el trajinar de un administrador con las diversas facultades que le son acreditadas y que dejan traza evidente a través de medios electrónicos y físicos, no creemos que una “grave irregularidad” deba ser soportada por una sospecha, sino que debe responder a una serie de elementos con carácter probatorio que, interpretados como indicios en manos de los accionistas reclamantes, creen la convicción y justificación del medio ejercido.

Esta posición sobre el asunto de las pruebas e indicios, es acogida por el Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara³⁷, en la que indica que si bien el procedimiento es de jurisdicción voluntaria que tendría su fundamento en el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, al ser instrumentado por el artículo 291 del Código de Comercio, las pruebas consignadas por los denunciantes fueron solo evaluados como indicios para soportar las sospechas de irregularidades administrativas.

Tal situación es producto de entender que cualquier escenario donde los aspectos aportados por los denunciantes sean tomados como pruebas, los mismos serían objeto de oposición, lo que implícitamente incluye un contradictorio, lo que no es compatible con lo establecido en el artículo 291 del Código de Comercio en el marco de un procedimiento breve y eficaz.

Condición diferente reposa sobre la denuncia en virtud de la falta de vigilancia del comisario, pues sus responsabilidades son realizables a través de hechos tangibles, tal como lo describe el artículo 309 del Código de Comercio, que establece la posibilidad de revisión de “libros, la correspondencia, y, en general, todos los documentos de la compañía”, y que de acuerdo a los señalamientos del autor Armando Hernández-Bretón, las actividades de los comisarios “deben realizarse de manera constante y en forma concreta y acuciosa. Por imposición de la ley, las funciones de comisario son mucho mas rigurosas y delicadas que de los administradores mismos.”³⁸

Puesto en discusión el alcance de los supuestos que establece la norma de las acciones que son objeto de la denuncia mercantil por irregularidades, queda verificar el desarrollo del procedimiento que corresponde al tribunal guiar, verificando la urgencia

³⁷ Sentencia del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, expediente KP02-S-2015-000007 del 22 de julio de 2016.

³⁸ Armando Hernández-Bretón. Código de Comercio Venezolano, Editorial La Torre. Caracas, 1965. 201.

del caso para prever que se realice una asamblea de accionistas, previa consulta de administradores y comisarios, pudiendo ordenar la inspección de los libros y el nombramiento de comisario para el caso, a costa de los denunciantes.

Es necesario resaltar que este derecho de denuncia de irregularidades no es óbice para que los accionistas minoritarios puedan solicitar información o pedir aclaratorias sobre puntos dudosos de la administración de la compañía, pero nunca como un medio al margen de ley para impedir el normal desenvolvimiento del giro comercial de una empresa³⁹.

Es decir, en vista de la discusión de lo que puede significar graves irregularidades sujetos a estos medios o inclusive lo que pueda considerar violación o no a los estatutos y a la ley sometido al derecho de oposición, los accionistas en cualquier posición siempre tendrán la posibilidad de solicitar información y dejar constancia mediante reclamos de situaciones que no consideren idóneas en la administración e inclusive realizar precisiones al comisario en su deber de inspección y seguimiento de la actividad de los administradores.

3. Del procedimiento de irregularidades administrativas

El Código de Comercio señala en líneas generales el procedimiento a seguir para la denuncia de irregularidades. Sin embargo, se extrae que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, es decir, no hay derecho reclamado, no hay demanda ni, por ende, demandado, lo cual es ratificado por la sentencia 594/2021.

Esta denuncia deberá presentarse ante los Tribunales de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial correspondiente, en virtud de la Resolución N° 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual se modificó a nivel nacional, las competencias de los juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, estableciendo en su artículo 3 lo siguiente:

Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencias que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida.⁴⁰

³⁹ Eduardo A. Marsala, “El abuso de las minorías societarias” en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 356, (julio 2017): 254-256.

⁴⁰ Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2009-0006, 18 de marzo de 2009.

Así lo reafirma sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Falcón:

[...] en virtud que en el presente caso los solicitante[s] pretenden la convocatoria de una asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad mercantil Distribuidora Gas Manaure C.A., alegando que existen sospechas de graves irregularidades cometidas por el Presidente y Administrador de la empresa, y la falta de vigilancia del Comisario designado, con fundamento en el artículo 291 del Código de Comercio, el cual comporta un procedimiento no contencioso, se determina que de acuerdo a la citada Resolución, a quien le corresponde conocer de la presente solicitud es al Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Miranda de esta Circunscripción Judicial. Quedando así resuelto el conflicto de competencia planteado por el mencionado Juzgado, y así se decide.⁴¹

Una vez solicitada a un Juez una determinación sobre jurisdicción voluntaria, no puede ser sometida a la consideración de otro Tribunal⁴². Estos procedimientos de jurisdicción voluntaria deben ser breves y sumarios.

De esta manera, se emplazará a los miembros de la Junta Directiva de la sociedad mercantil que se trate, así como al comisario a los fines de que sean oídos en audiencia. Se pedirá la exhibición de los libros de actas de asambleas, cuando a juicio del Juez exista la urgencia de que se provea antes de que se reúna la asamblea, y luego de que oiga tanto a los administradores como al comisario, puede ordenar la inspección de los libros⁴³ de actas y de accionistas de la sociedad mercantil, con base en lo que establece el artículo 42 del Código de Comercio.

En sentencia N° 1923 del 13 de agosto de 2002 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia explica que la referida inspección no puede hacerla el propio juez, sino que, por el contrario, debe nombrar uno o más comisarios *ad hoc*, para lo cual se debe determinar la caución que los denunciantes deben prestar por los gastos que se originen por tales diligencias.

Esto quiere decir, que la inspección deben realizarla expertos o personas con conocimientos especializados en la materia y no el juez, por cuanto se desprende de la norma que no es aplicable, en estos casos, la sana crítica o máximas de experiencia⁴⁴. El informe que emane de los comisarios se consignará ante el Tribunal.

⁴¹ Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, N° 152-O-18-10-16 del 18 de octubre de 2016.

⁴² Código de Procedimiento Civil publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990, artículo 897.

⁴³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923, 13 de agosto de 2002.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923, 13 de agosto de 2002.

Puesto que la ley solo se propone que el Juez verifique determinadas circunstancias fácticas, sin avanzar opinión de la cuestión de fondo propiamente dicha⁴⁵, aquello que se puedan identificar como indicios de la verdad de las denuncias presentadas, el Juez de Municipio acordará la convocatoria de la asamblea de accionistas como órgano encargado de resolver acerca del planteamiento del denunciante; o, en caso contrario, dará por terminado el proceso, si no resultare ningún indicio de verdad en las denuncias⁴⁶, sin poder pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades objeto de reclamo.

Por ello, es que el poder judicial es meramente administrativo en lo relativo a la sustitución temporal de los órganos naturales societarios llamados a hacer la convocatoria. Todo el poder inquisitivo jurisdiccional va encaminado a establecer la verosimilitud o viabilidad de los fundamentos de las denuncias, pero no la certeza de estos. Es lo que se desprende de la expresión legal “indicio de la verdad de las denuncias”, utilizada como base de la decisión.⁴⁷

La convocatoria de una asamblea de accionistas, donde se discuta sobre las irregularidades denunciadas, como máxima autoridad del órgano societario, para tomar las decisiones sobre el gobierno y rumbo de la compañía, no impide que los accionistas minoritarios puedan solicitar información o pedir aclaratorias sobre puntos dudosos de la administración de la compañía, pero nunca como un medio al margen de ley para impedir el normal desenvolvimiento del giro comercial de una empresa⁴⁸.

Es posición de Enrique Luque de Lázaro que este mecanismo de protección de los accionistas minoritarios resulta insuficiente, pues, aun cuando el juez compruebe la existencia de esas “graves irregularidades”, su competencia se limita a ordenar la convocatoria inmediata de una asamblea de accionistas⁴⁹.

La materia de la denuncia no consiste en censura de fondo sobre la oportunidad o la conveniencia de las actividades realizadas por los administradores, sino censuras de legitimidad respecto de las normas legales estatutarias reguladores de la actuación de los administradores y de los comisarios⁵⁰.

Respecto de la facultad de dictar medidas cautelares en este tipo de procedimientos, ha sostenido Sala Constitucional lo siguiente:

⁴⁵ Rafael Ángel Briceño, *De las Irregularidades Administrativas en las Sociedades Mercantiles*, (Caracas, 3era edic., 1998).

⁴⁶ Corsi, Luis, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”, 502

⁴⁷ Briceño, *De las Irregularidades ...*

⁴⁸ Marsala, Eduardo, “El abuso de las minorías societarias”, 254-256.

⁴⁹ Enrique Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima...*

⁵⁰ Corsi, Luis, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”, 502

Habiendo estimado esta Sala que dicho procedimiento goza de las cualidades del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se deduce, entonces, que el juez presunto agravante no estaba facultado para dictar medidas cautelares de ningún género ya que éstas sólo pueden ser dictadas *pendente lite so pena* de violentar el artículo 588 del vigente Código de Procedimiento Civil infracción, que efectivamente ocurrió en el presente caso.

Al dictar estas medidas preventivas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil sin que existiera un juicio de carácter contencioso pendiente, se violentó en forma flagrante el derecho a la defensa y el debido proceso, consagrado en el artículo 68 del Texto Constitucional derogado, hoy expresamente prescrito por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁵¹

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 594/2021 ratificó los preceptos expuestos en sentencias 26 de julio de 2000 (caso: “*Rosa María Aular Ruiz*”) y del 13 de agosto de 2002 (caso: “*Pedro Oscar Vera Colina y otros*”), en referencia al procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, dejando en claro las siguientes premisas para el tratamiento de este tipo de acciones, que corresponden a lo siguiente:

a.- El procedimiento de irregularidades administrativas no es de jurisdicción contenciosa, consistiendo solo en la obligación de del juez de oír a los administradores para dictar una decisión.

b.- Con fundamento a lo anterior, el juzgador no puede dictar medidas preventivas, *so pena* de violar el derecho a la defensa y el debido proceso en su faceta constitucional.

c.- La decisión en este caso no es de carácter condenatorio o declarativo, sino que otorga a los accionistas minoritarios la posibilidad de convocatoria de una asamblea extraordinaria para tratar las denuncias respectivas.

Con referencia a la actuación de juez en el tratamiento de los procedimientos de irregularidades administrativas, se evidencia que el juez puede solo ordenar la inspección de libros con el nombramiento de comisario, previa entrevista a los administradores y el comisario, con la alternativa de cerrar el procedimiento si las denuncias no tienen fundamento o convocar a una asamblea si hay evidencias que se cometieron irregularidades.

Ante la determinación del procedimiento de irregularidades administrativas, el juzgador tiene claros límites en su actuación, que están circunscritos inicialmente a la obligatoriedad de oír a los administradores, a la abstención de dictar medidas preventivas y a la imposibilidad de realizar directamente inspecciones.

⁵¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 809, 26 de julio de 2001.

Pero además de las cuestiones formales que no puede ejecutar el juez dentro del procedimiento de irregularidades administrativas, se encuentran los principios que deben respetarse a nivel procesal, entre los que están los de proporcionalidad y racionalidad, que deben aplicar al conocimiento de las denuncias efectuadas por los accionistas minoritarios buscando las evidencias que acredite la veracidad de las mismas, creando la fundada sospecha de las irregularidades y evitar así que el procedimiento se convierta:

en un medio para la satisfacción de un interés societario o no, que no pueda obtenerse lícitamente, y menos en ordenamiento jurídico estatutario de derecho privado que se desarrolló conceptualmente bajo los parámetros del derecho a la libre asociación y a la autonomía de la voluntad.⁵²

Así mismo, la sentencia en cuestión establece que la subversión del procedimiento de irregularidades administrativas, tal como supone en el caso tratado, atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso, lo que contraría el carácter de ese tipo de acciones que están principalmente contempladas para:

garantizar los derechos de los accionistas minoritarios de una sociedad de capital de forma rápida, a través de un procedimiento no contencioso, que en ningún caso se puede constituir en un medio para la toma de control de la sociedad mercantil por parte de los accionistas minoritarios, o para el desarrollo de un verdadero “terrorismo judicial” 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” (Vid. sentencia de esta Sala 2068/2001).”

La sentencia 594/2021 ratifica que este tipo de casos se tratan a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que luego de su sustanciación el juez podrá “en definitiva valorar si existen motivos para acordar la convocatoria inmediata de una asamblea de accionistas donde se discuta sobre las irregularidades denunciadas” pero en ningún caso se pronunciará sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco impondrá a la asamblea las medidas que se deben tomar, por cuanto ésta no es la finalidad de la norma, la cual resguarda y se enmarca en el derecho constitucional a la libre asociación.⁵³

De las sentencias transcritas, queda claro de la imposibilidad que tiene el Juez de dictar medidas cautelares en cualquier denuncia mercantil que se le presente.

⁵² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

⁵³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

4. Efectos relacionados con el procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 594/2021, resume muy bien el contenido específico de la referencia denuncia, en los términos siguientes:

Es por ello que, como no se trata de un juicio donde exista contención o conflicto intersubjetivo de intereses, la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, sólo está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios minoritarios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias; de allí que el Juez tenga facultades bien limitadas, cuales son: a) ordenar, luego de que escuche a los administradores y comisario, la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios; b) luego de visto el informe del o los comisarios, puede: b.1) en caso de que a su juicio no existan indicios sobre la veracidad de las denuncias, declarar la terminación del procedimiento; y b.2) si, por el contrario, existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea.⁵⁴

Entonces, el procedimiento establecido en el artículo 291 del Código de Comercio, establece dos opciones que van dirigidas a la declaratoria de sospecha cierta de irregularidades administrativas, para lo cual debe convocarse una asamblea de accionistas donde se ventile el tema o ante la falta de indicios que sustenten la sospecha objeto de denuncia, termine el procedimiento.

Ambas decisiones tienen apelación en un solo efecto —es decir que no se suspende la ejecución—, lo cual se sustenta en el contenido en el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil, que admite dicho recurso ante determinaciones del juez en este tipo de procedimiento, lo que cual se ventilaría ante el tribunal superior inmediato, en este caso un juzgado de primera instancia.

No obstante, dichas determinaciones no están sujetas a recurso de casación, pues si de acuerdo al código adjetivo pudiera interpretarse que las decisiones objeto de apelación son susceptibles de recurso de casación, al emitirse la mención del procedimiento dentro de lo contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio, el mismo no comparte las características de juicios civiles o especiales, que se contemplan en el artículo 312, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, tal como lo indica el siguiente fragmento de la sentencia de juzgado de municipio:

⁵⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923 del 13 de agosto de 2002.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil concede la apelación a las determinaciones dictadas en la jurisdicción voluntaria, lo cual supondría que también es admisible en dicho procedimiento el recurso de casación; sin embargo, no son compatibles las características del procedimiento precedentemente comentado, con la mención “juicios civiles” o “juicios especiales”, a los cuales se refiere el artículo 312 *ejusdem*, como requisito de admisibilidad del recurso de casación....” (...) El caso en comento, se enmarca perfectamente en la jurisprudencia transcrita, pues, la decisión que pretende ser recurrida en casación, se dictó en un procedimiento tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Comercio, correspondiente a la jurisdicción voluntaria, cuyas características son incompatibles con las decisiones que pueden ser revisadas en esta sede de casación, referidas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, es decir la decisión que pretende acceder a casación no fue dictada dentro de un juicio propiamente dicho, en el cual se haya verificado el acto de contestación y la apertura de la causa a pruebas, entre otras etapas procesales, para finalmente concluir con una sentencia que cause cosa juzgada material y formal. En atención a lo expuesto y aplicando la doctrina *ut supra* transcrita, al caso de estudio, la Sala concluye que el recurso de casación en el presente asunto es inadmisibile, como con acierto lo resolvió el Juez Superior...⁵⁵

Conocido un procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas y emitida la determinación, es posible que tenga cabida una acción de amparo constitucional presentada por algunas de las partes en disputa, bajo el presupuesto que esté vinculada a aspectos relacionados con el orden público y así lo consideró la Sala Constitucional en sentencia 594/2021⁵⁶ al señalar que en un caso de subyacente de irregularidades administrativas, hubo elementos “concernientes a la interpretación de instituciones procesales que se vinculan a la garantía de la tutela judicial efectiva”, los cuales no podían ser obviados con el fin de incitar al cumplimiento del debido proceso y garantizar la seguridad jurídica, que va más allá del contenido subjetivo de los participantes en el procedimiento que se conoce.

Tal posición ratifica los pronunciamientos realizados por esa misma Sala contenidos en la decisión número 1207/2001, apalancados en que cuando “se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes”, debe aplicar la excepción al cumplimiento de ciertas normas que rigen la materia de la acción de amparo constitucional, en el entendido que más allá que las acciones de amparo se ventilen sobre relaciones entre particulares, los hechos denunciados pueden trastocar “derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen”.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, expediente KP02-S-2015-000007 del 22 de julio de 2016.

⁵⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

Vale acotar que en este tipo de acciones de amparo constitucional “sólo es posible la intervención voluntaria del tercero denominada en doctrina ‘adhesiva’, la cual puede ser simple o litisconsorcial”, no teniendo aplicación la tercería excluyente ni la forzada, vista la naturaleza de las acciones de amparo.

Al existir una causa subyacente de orden mercantil, el juzgador evalúa la solicitud de intervención voluntaria en la acción de amparo constitucional del denunciante de las irregularidades administrativas en su rol de accionista de la empresa así como puede hacerlo cualquiera que detente la administración de la sociedad mercantil, por lo que la participación de terceros en el trámite de una acción de amparo constitucional que tiene como causa subyacente un procedimiento de carácter mercantil, solo está circunscrito a quienes están directamente relacionados con el trámite judicial originario, que no pueden ser otros que los actores propios vinculados a la entidad corporativa, como los son accionistas, administradores, comisarios y otros representantes expresamente autorizados, que acrediten su verdadero interés en las resultas de la acción de amparo constitucional, así como del procedimiento mercantil inicial.

Vale la pena acotar, que el juez en conocimiento del amparo constitucional tiene limitaciones para realizar la valoración de las pruebas realizadas por otro juzgador en el juicio donde se ha hecho la denuncia de violación constitucional.

En ese sentido, la sentencia de la Sala Constitucional⁵⁷ asume la posición dictada en la decisión anterior de la misma Sala bajo el número N° 422/2009 (caso: “*Mirna Mabel Che García*”), en la cual se señala que los jueces en este tipo de causas de amparo solo pueden conocer de los hechos que constituyen amenazas o riesgos a un derecho o garantía constitucional, teniendo como excepción que se cause un daño directo a tal derecho, con lo cual si podría revisar la aplicación de derecho o la valoración de pruebas.

CONCLUSIONES

Visto que la legislación venezolana otorga amplia libertad para el desarrollo de las actividades dentro de cada sociedad mercantil, y analizados como han sido el procedimiento de denuncia y el procedimiento de irregularidades administrativas, podemos afirmar que el hecho que estos procedimientos luego de sustanciados y conocidos por parte del juzgador, remitan a la asamblea de accionistas, la denuncia, la irregularidad o el conflicto para su decisión definitiva, ratifican la idea que el seno de la sociedad es quien tiene el deber y el derecho de decidir sobre sus controversias.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

El mecanismo de oposición, por ejemplo, vimos que permite a los accionistas acudir al Juez Mercantil, sin embargo, éste no decidirá sobre el fondo de lo planteado. Lo mismo sucede al iniciar un procedimiento por sospechas de irregularidades administrativas. Es así como el legislador precisó de alguna manera que todo se mantuviera en el ámbito privado. Además, previó el legislador que tales procedimientos se trataran por la llamada jurisdicción voluntaria.

Somos partidarios de que tanto accionistas, administradores, comisarios, y todas las personas que conjugan para el desenvolvimiento óptimo de una compañía puedan mantener y resolver sus controversias dentro del cuerpo societario, y que el acudir instancias judiciales o arbitrales, sea utilizado únicamente en caso de extremas violaciones a la Ley y/o a los estatutos sociales.

En ese sentido, compartimos lo expresado por la Sala Constitucional en la referida sentencia 594/2021 –ampliamente comentada– acerca que “los jueces tienen el deber de extremar el cuidado en el trámite de denuncias de irregularidades administrativas y acciones de amparo”, pues, permitir un uso descontrolado de las acciones y los derechos que establece la ley puede prestarse para entorpecer el giro normal de una empresa a través del Poder Judicial, lo cual es contrario al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia vinculante y reiterada en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Carbonell Sánchez, Miguel. “Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana”. *Pensamiento Constitucional* Año XV, no. 15 (2011): 13-37.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”. En *Temas de contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos*, editado por Universidad Diego Portales, 159-194. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
- Briceño, Rafael Ángel. *De las irregularidades administrativas en las sociedades mercantiles*. 3a ed. Caracas: Sherwood, 1998.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de derecho mercantil*. Tomo II. 4a ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Quijano González, Jesús. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985.
- Ramos Herranz, Isabel. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”. *Anuario de Derecho Civil* 59, no. 1 (2006): 197-238.
- Luque de Lázaro, Enrique. *La sociedad anónima y el derecho de los accionistas minoritarios en Venezuela*. Caracas, 1987.

Hernández-Bretón, Armando. Código de comercio venezolano. Caracas: Editorial La Torre, 1965.

Castagnino, Diego Tomás. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, no. 2 (2021): 35-67.

Corsi, Luis. “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”. En Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández: Derecho de sociedades, editado por Asociación Venezolana de Derecho Mercantil, 493-508. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012.

Marsala, Eduardo A. “El abuso de las minorías societarias”. Doctrina Societaria y Concursal, no. 356 (2017): 243-266.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional. Sentencia No 809 de 26 de julio de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1923 de 13 de agosto de 2002.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena. Resolución N° 2009-0006 de 18 de marzo de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N°RC.00565 de 22 de octubre de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 585 de 12 de mayo de 2015.

Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara. Sentencia No KP02-S-2015-000007 de 22 de julio de 2016.

Juzgado Superior Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón. Sentencia N° 152-O-18-10-16 de 18 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 312 de 16 de diciembre de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N°594 de 5 de noviembre de 2021.

Legislación:

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475, 21 de diciembre de 1955.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2990, 26 de julio de 1982.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209, 18 de septiembre 1990.

La Mala Praxis de la Actividad Administrativa Tributaria y el Principio de Seguridad Jurídica como expresión del Derecho

Julio César Díaz Valdez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 375-395

Resumen: El presente trabajo analiza la praxis de la actividad administrativa tributaria y el principio de seguridad jurídica en algunos procedimientos y trámites administrativos.

Palabras clave: praxis, actividad administrativa, seguridad jurídica.

Malpractice in Tax Administrative Activity and the Principle of Legal Certainty as an Expression of Law

Abstract: *This paper analyzes the praxis of tax administrative activity and the principle of legal certainty in some administrative procedures and formalities.*

Keywords: *praxis, administrative activity, legal certainty.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Especialista *cum laude* en Derecho Procesal Civil, Magister en Filosofía Mención Práctica (UCAB), Abogado *Magna Cum Laude* por la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (UGMA). Profesor Universitario pregrado (UCAB). Categoría Agregado: Teoría de la Actividad Administrativa y Derecho Tributario (UCAB GUAYANA). Miembro activo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), Caracas, Venezuela. Presidente de la Cámara de Comercio e Industrias del estado Bolívar 2023-2025. Venezuela. Dirección electrónica alterna: juliodiaztributos@gmail.com

La Mala Praxis de la Actividad Administrativa Tributaria y el Principio de Seguridad Jurídica como expresión del Derecho

Julio César Díaz Valdez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 375-395

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. La Actividad Administrativa. 2. La Seguridad Jurídica. 3. La mala praxis de la actividad administrativa tributaria. 4. La Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios (LOCAPTEM).* CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo en general, y la actividad de la Administración Pública en particular, tienen como objeto la protección, defensa y promoción de la dignidad humana; por tanto, los derechos fundamentales coadyuvan al Estado social y democrático a cumplir con esa misión.

En el ámbito tributario, la Constitución Nacional postula que el sistema tributario es un sistema que procura la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; y se sustenta para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

No obstante, el éxito de este sistema que tiene como protagonistas a los sujetos activos y pasivos de la obligación tributaria, no se determina exclusivamente por uno de ellos. Por ejemplo: por la actuación del sujeto activo enfocada exclusivamente en recaudar más. Si no, que requiere el concurso de ambos, por un lado, el cumplimiento por parte del sujeto obligado y por el otro, la exacción por parte del ente recaudador verificada en el marco y respeto de los principios fundamentales que informan al derecho tributario (*i.e.*, el debido proceso, la legalidad, la capacidad económica, etc.).

* Especialista *cum laude* en Derecho Procesal Civil, Magister en Filosofía Mención Práctica (UCAB), Abogado *Magna Cum Laude* por la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (UGMA). Profesor Universitario pregrado (UCAB). Categoría Agregado: Teoría de la Actividad Administrativa y Derecho Tributario (UCAB GUAYANA). Miembro activo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), Caracas. Venezuela. Presidente de la Cámara de Comercio e Industrias del estado Bolívar 2023-2025. Venezuela. Dirección electrónica alterna: juliodiaztributos@gmail.com

En efecto, el cumplimiento de los elementos intra-sistemáticos que constituyen el derecho (Validez, Vigencia y Aplicación), implica, a su vez, justicia y seguridad jurídica, crecimiento económico del país y sobre todo paz social.

Sin embargo, en la práctica se evidencian –vía hecho comunicacional– diferentes acciones por parte de los contribuyentes, representantes, gremios, profesionales y comunidad civil en general contra el modo impune, agresivo, arbitrario, irracional, e ilegal, con que la Administración Tributaria procura la recaudación. Situación que ha pasado desde la penosa calificación (incluso más allá de nuestra jurisdicción) de voracidad fiscal¹ a arbitrariedad fiscal.

La irregular actuación de la Administración Tributaria es agravada en grado superlativo por las Administraciones Tributarias Municipales que, con base en la creatividad, y no en el derecho, han procurado incrementar la recaudación a toda costa.

Situaciones como las antes expresadas, aunadas a la producción de instrumentos jurídicos-tributarios municipales desordenados y reñidos con los postulados del sistema tributario establecido en la CRBV; obligaron a la Asamblea Nacional de la República (24 años después que la propia CRBV se lo estableciera²) a decretar la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios.

El objeto de este trabajo es demostrar que en un Estado de Derecho y de justicia, las actuaciones de la Administración Tributaria son fundamentales para la protección económica, dado que materializa la añorada seguridad jurídica como expresión del Estado de Derecho.

Por lo tanto, las actuaciones fuera de la ley deben ser combatidas y reprochadas porque desalientan a la economía e incrementan la corrupción.

1. La Actividad Administrativa

Es ampliamente conocido en la comunidad jurídica, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³ (CRBV), establece que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho⁴ y de justicia.

¹ Ángel Carmelo Prince Torres y Xioley Alejandra Gómez Torrealba, «La Voracidad Fiscal: Un fenómeno actual en Venezuela», *Revista Honoris Causa* Vol. 14, N° 2 (2022): 212-226, ISSN: 2244-8217.

² *ex art. N.º 156 CRBV.* - Es de la competencia del Poder Público Nacional: ... 13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinaria de fecha 19 de febrero de 2009).

⁴ El Estado Social de Derecho no solo garantiza la protección de los derechos de libertad, sino que promueve los derechos

También, es sabido que la actividad administrativa en general, y la tributaria en particular, por un lado, son de rango sub-legal, en tanto entrañan la ejecución directa e inmediata de la ley y están dirigidas a dar satisfacción global a los intereses públicos.⁵ Y por el otro, se encuentran sobre la actividad misma sujetas a controles como: gestión, legitimidad y parlamentario.

En ese sentido, se destaca que las actuaciones de la Administración se derivan de la potestad otorgada a ella por una norma jurídica que la apodera y la habilita. Es decir, es el ejercicio de un poder atribuido por la ley. La potestad tributaria así es derivada directamente del ordenamiento jurídico, y no de órdenes superiores; su fuente causal directa es la ley.

En efecto, el Derecho Administrativo es el derecho del interés público pretendido a través de la actividad administrativa que ha sido reconocido por la Sala Político-Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en los siguientes términos:

El derecho administrativo se presenta dentro de un estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia).⁶

En efecto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) establece que:

La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.⁷

sociales y humanos. Ese plus en el goce de los derechos implica que el poder tributario del Estado está sometido a las restricciones clásicas formales (legalidad, seguridad jurídica) y materiales (capacidad económica, progresividad y no discriminación), pero también a restricciones para proteger y promover esas posiciones jurídicas especiales al goce efectivo del derecho a la dignidad humana. Cfr., Humberto Romero-Muci, «Los Derechos Humanos como condición de Validez de los Tributos», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 157 (2018): 1213-1240.

⁵ Héctor Turuhpial Cariello, *La actividad Administrativa* (Caracas: CIDEP, 2021): 172-173.

⁶ Cfr., SPA del TSJ, sentencia N.º 1028 de fecha 9 de mayo de 2000, Caso: PONCIO MOGOLLÓN MOGOLLÓN, JOSÉ ANTONIO PUERTA y JOSÉ ALVARO MORA VILLAZMIL, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01028-090500-4807.HTM>

⁷ Decreto N.º 1.424 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial N.º 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014).

Del mismo modo, establece la ley *in comento* que «...La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella»⁸ y, «...6. Presentar sólo los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate»⁹. De modo que, no es legal, sino arbitrario, el exigir una conducta o documentos que no estén establecidos previamente en una norma jurídica.

También, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁰ (LOPA) establece que «Cuando no sea expresamente requerida su comparecencia personal, los administrados podrán hacerse representar y, en tal caso, la administración se entenderá con el representante designado»¹¹. Y esta «...podrá ser otorgada por simple designación en la petición o recurso ante la administración o acreditándola a por documento registrado o autenticado»¹².

En suma, la actividad administrativa –entendida como aquellas prácticas de las administraciones (*p.ej.*, las administraciones tributarias)–, representadas en actos jurídicos¹³ y operaciones materiales como lo afirma Cariello (2021), «...se dirigen a la satisfacción de las necesidades de la comunidad o de grupo social a cuyos intereses sirve (...) e interviene en las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos subjetivos y libertades cívicas»¹⁴.

Lo anteriormente descrito, y las normas jurídicas parcialmente citadas procuran demostrar que la actividad administrativa, debe ser realizada en el marco del principio de la legalidad; por tanto, es la ley la que debe privar y no la voluntad del hombre (funcionario) por más autoridad que este posea.

2. La Seguridad Jurídica

Dejando de lado en este punto la ética tributaria que según Klaus Tipke, es la teoría que estudia la moralidad de las actuaciones en materia fiscal desarrolladas por los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) y por el ciudadano contribuyente.

⁸ *ex art.* N.º 5 LOAP.

⁹ *ex art.* N.º 7 LOAP.

¹⁰ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial N.º 2.818 Extraordinario de fecha 01 de julio de 1981).

¹¹ *ex art.* N.º 24 LOPA.

¹² *ex art.* N.º 25 LOPA.

¹³ La concepción dogmática del acto administrativo en la doctrina administrativa contemporánea considera a esta figura una garantía de los derechos de los ciudadanos. Para plasmarse como tal, se exige en la formación, contenido y finalidad del acto administrativo: debido proceso, incluso motivación; garantía de los derechos humanos y correspondencia con las finalidades públicas, sin perjuicio del cumplimiento de su juridicidad, es decir, su concordancia con todo el ordenamiento jurídico y no solamente con la aplicación de los simples requisitos legales. Cfr., Efraín Pérez «Aproximación al Acto Administrativo» en *La protección de los derechos frente al poder de la administración* (Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 2014), 115-134.

¹⁴ Turuhpial Cariello, *La actividad ...*, 2021, 170.

Que plantea que, si el gobierno pretende exigir el cumplimiento fiscal, deberá observar en sus propias actuaciones un comportamiento moral y ético, transparente y eficiente¹⁵. Abordaremos la seguridad jurídica como una expresión del Estado de Derecho y de Justicia.

En efecto, la unión simbiótica de normas jurídicas –pero no legisladas– y actuaciones arbitrarias de funcionarios públicos desdibujan el Estado de Derecho y debilitan la democracia.

Por el contrario, la conjunción de normas jurídicas emanadas del órgano competente, y con atención al procedimiento establecido, aplicadas a través de operadores jurídicos competentes y profesionales, bajo la mirada de las instituciones públicas y civiles autónomas; configuran materialmente la base y expresión del Estado de Derecho que produce para los ciudadanos en general y los comerciantes en particular la pretendida seguridad jurídica.

En cualquier nación democrática del mundo, la seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el cuerpo normativo jurídico y la expectativa razonablemente sustentada en una adecuada materialización por parte de los operadores jurídicos (*i.e.*, interpretar y aplicar el derecho conforme a los elementos intra-sistemáticos: la validez, la vigencia y su aplicación); sería lo que para Venezuela es el macizo guayanés, un escudo robusto.

Por tanto, la seguridad jurídica es un escudo robusto de las relaciones económicas que expresa confianza y reputación legal para todos: trabajadores, comerciantes, inversionistas (nacionales y extranjeros), entre otros.

La seguridad jurídica se cimenta con las normas que pertenecen al sistema, pero los operadores no pueden desatender las tres propiedades antes referidas que son necesarias para una adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Cada una de ellas cumple un rol fundamental diferenciado.

De la validez, se predica según García que, es cuando las normas jurídicas reúnen todos los requisitos puestos por su sistema jurídico respectivo para su creación (órgano competente, procedimiento, materia regulada y compatibilidad con otras normas del sistema.)¹⁶. Por tanto, las normas producidas por órganos incompetentes, o con prescindencia del procedimiento, o que invadan la reserva legal¹⁷, simplemente son inválidas.

¹⁵ Klaus Tipke, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, trad. Pedro Manuel Herrera Molina (Madrid: Marcial Pons, 2002).

¹⁶ «Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas», Juan Antonio García Amado, acceso el 10 de noviembre de 2023, <https://www.si-lex.es/validez-vigencia-y-aplicabilidad-de-las-normas-juridicas>

¹⁷ La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente

En Venezuela, no pocas leyes reservadas al órgano ordinario legislativo se han producidos a través de decretos con rango, valor y fuerza de ley (legislador habilitado) inclusive decretos constituyentes, ejemplos: Leyes en materia tributaria (COT, 2014 y 2020¹⁸, Ley de ISLR, IVA). En efecto, las leyes tributarias conforme a la CRBV deben ser establecidas en la Ley¹⁹; entendidas estas como aquellas sancionadas por la Asamblea Nacional.

En lo que respecta a la compatibilidad de la norma con otras del sistema, es imperativo la existencia de este elemento, puesto que pierde sentido el principio de jerarquía²⁰, si la norma inferior cuyo contenido es interpretado en contrariedad a la norma superior, es considerada válida. A otras voces, una norma jurídica inferior, debe ser interpretada en el sistema jurídico con atención al contenido de la norma superior, y de contradecirla, los jueces de la República pueden (directamente) desapplicarlas vía control difuso.

La Vigencia por su parte, es fundamental para aplicar la norma al supuesto fáctico. Una norma está vigente o en vigor, explica García²¹, –salvo excepción– durante el tiempo en que con carácter general se aplica su consecuencia a los hechos que encajan en su supuesto de hecho.

en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. *Cfr.*, «Technical Data: La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva N.º OC-6/86», Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), acceso el 10 de noviembre de 2023, https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=13&lang=en

¹⁸ La reforma del Código Orgánico Tributario del 2014 y el vigente (*i.e.*, el Código de 2020), constituyen una violación derivada de la llamada legalidad socialista, al establecer la modificación de dichos Códigos mediante un Decreto Ley (caso: COT, 2014) y mediante la Asamblea Nacional Constituyente (caso: COT, 2020), en contrariedad a la CRBV que exige que se realice mediante una ley formal emanada de la Asamblea Nacional que constituye el cuerpo u órgano representativo del pueblo venezolano.

¹⁹ *ex art.* N.º 202. CRBV. - La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos. // *Cfr.*, también, opinión consultiva OC-6/86 de fecha: 14 de agosto de 1985, sometida a la CIDH por el Estado de Uruguay, parte en la Convención Americana y Miembro de la OEA, solicitando la interpretación de la expresión leyes utilizada del artículo 30 de la Convención: «35 (...) las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención».

²⁰ *ex art.* N.º 7 CRBV. - 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución. // *ex art.* N.º 334 *ejusdem* «...En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente».

²¹ García Amado, «Validez, vigencia y aplicabilidad...», 2021.

Y respecto a la aplicabilidad, es importante mencionar que, el solo recordatorio –mención en el acto administrativo– de la norma tipificada no es lo relevante; lo que en realidad importa es determinar la norma vigente en el momento (retroactividad de la ley o ultra-actividad de la ley).

De modo que, el sistema jurídico, procura *per se* causar seguridad jurídica, pero la creación de las normas debe cumplir ciertos extremos legales, y su aplicación requiere la intervención de operadores jurídicos éticos y formados. Por tanto, si bien para el logro de un Estado de Derecho que pretende expresar seguridad jurídica, se necesita de normas claras, cuyo contenido no resulte ambiguo o confuso; este también demanda que su aplicación por parte de sus operadores no sea temeraria, es decir, que no produzca incertidumbre a los ciudadanos en general y a los empresarios en particular.

Las leyes sin discusión o inconsultas, y funcionarios desprofesionalizados (ausencia de técnica y cultura), embebidos del «poder» producido en algunos casos por efecto de la instrumentaria (uniforme) gubernamental; debilitan el Estado de Derecho, y ante esta realidad, es poco lo que el empresario sin acompañamiento de instituciones autónomas puede hacer.

Por tanto, solo la seguridad jurídica producida por la unión de leyes y operadores jurídicos, bajo la mirada de las instituciones, permiten promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad. Solo la seguridad jurídica permite promover y desarrollar la desnutrida económica.

La seguridad jurídica, al igual que otros conceptos de la Filosofía –función prescriptiva– y la Teoría del Derecho –función descriptiva y valorativamente neutra– no ha sido confeccionado por mera deducción, o a otras voces, no es producto de una elaboración lógica; ha sido el producto de la conquista política de la sociedad.

Es un deseo arraigado a la vida del hombre como lo señala Pérez Luño²², ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometida la exigencia de seguridad de orientación. Es por ello, irreductiblemente una de las necesidades humanas fundamentales que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad y para eso son fundamentales las instituciones.

Agrega Pérez que, «La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido e intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad»²³.

²² Antonio-Enrique Pérez Luño, «La seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia», *Boletín de la facultad de Derecho*, n.º 15 (2000): 25.

²³ *Ibid.*, 26.

Y, justamente en este último aspecto se insiste, es que el sistema normativo por cuanto no es auto-aplicativo, requiere que las funciones y alcances sean claras y acordes con la realidad del momento, y contar con robustas instituciones públicas y privadas que permitan y coadyuven su aplicación alineada con la justicia.

La aplicación de la normativa desde la perspectiva institucional, demanda hombres y mujeres competentes –no solo investidos de facultades–, con adecuadas instrucciones y libertad ética que hagan en general más bien que mal con sus decisiones.

La seguridad jurídica, es una expresión del Estado de Derecho, cuyos presupuestos fueron expresados por Cariello²⁴ en los siguientes términos:

(i) La sujeción plena al principio de legalidad; (ii) Organización política estructurada sobre el principio de separación del Poder; (iii) La Administración se encuentra sometida a controles en su actividad y; (iv) Se reconoce y garantizan de forma real los derechos fundamentales de la persona humana.

En contraste con los fundamentos teóricos antes expuestos, el ejercicio de la actividad comercial venezolana es sometida –*con o sin procedimiento administrativo*– a desmedidas intervenciones del poder ejecutivo de las cuales resultan actos arbitrarios e ilegales.

3. La mala praxis de la actividad administrativa tributaria

El sistema jurídico, procura *per se* causar seguridad jurídica y esta es expresión del Estado de Derecho y de Justicia donde las leyes rigen la conducta de los ciudadanos y no los funcionarios (que solo deben aplicarlas). Lamentablemente en las intervenciones de la Administración Tributaria o en los servicios prestados por esta, ante la no aplicación de la ley correspondiente advertida por el contribuyente o usuario, el funcionario justifica (sin reproche de las *instituciones públicas* llamadas a controlar sus actuaciones), que las acciones, actos o decisiones administrativas tomadas por ellos corresponden a órdenes superiores.

Este tipo de actuación, más allá de que compromete la responsabilidad del funcionario actuante²⁵, convierte a las normas jurídicas en meras entelequias. Estas praxis, son inconcebibles en un Estado de Derecho y de Justicia, y más en un Estado como Venezuela, que está ávido de recuperación económica y para ello necesita el concurso de todos para lograr una economía sostenible.

²⁴ Turuhpial Cariello, *La actividad...*, 2021, 20.

²⁵ *Cfr.*, art. N.º 25 CRBV.

En el ámbito tributario venezolano, se han denunciado a través de las instituciones civiles (*p.e.*, Cámaras de Comercios) muchas arbitrariedades por parte de los funcionarios, que al margen del costo financiero que producen a las empresas por lo engorroso de los trámites, está el desaliento que significa formalizar las empresas. Es decir, el cumplimiento de los deberes formales y materiales en la práctica es impedido u obstaculizado por la propia Administración que es la responsable del control y de la recaudación.

En efecto, y como lo señala el profesor Blanco-Uribe²⁶, la arbitrariedad que caracteriza la práctica de las Administraciones Tributarias es enorme; lamentablemente vergonzoso anecdótico cotidiano, tanto que llevó al autor a elaborar un catálogo donde describe algunas anécdotas del abusivo accionar de estas administraciones, a saber:

1. No se reciben escritos (de petición, de descargos, de recursos, etc.), so pretexto de carencia de recaudos que, o no están exigidos por las normas o no existe obligación de producirlos. En esto se incluye la consignación de carpetas con ganchos y la entrega de formatos digitales.
2. Frente a una llamada el funcionario responde que el organismo no da información por teléfono. Y la vía electrónica es de suyo inaccesible en la práctica.
3. No se permite el acceso al expediente administrativo.
4. Se hacen citaciones con manifiesta advertencia (de palabra) de que no se tratará con abogados.
5. No se permite sacar copia del expediente administrativo, o se condiciona ello a una petición escrita que identifique las partes que se desean copiar, sin haber visto el expediente.
6. La prueba de experticia en sede administrativa se condiciona a su evacuación a través de expertos únicos designados unilateralmente por la Administración Pública.
7. No se otorgan certificados de solvencia, aún cuando existan recursos jerárquicos en contra de los pretendidos reclamos, con consabida suspensión de efectos.
8. Nunca se responden solicitudes en lapsos menores a treinta (30) días hábiles, sino que frecuentemente se exceden los plazos o jamás se responde.

²⁶ Alberto Blanco-Uribe Quintero, «La Trascendencia de los Derechos Humanos, como pilares supremos y preeminentes del ordenamiento jurídico venezolano», en *Administración Tributaria. Conmemoración de los 20 años del SENIAT XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, 2014): 635-637.

9. Nunca se admiten los recursos jerárquicos dentro del término legal de tres (3) días hábiles, sino que se toman períodos en promedio de dos (2) años a esos fines, sin que haya además consecuencia por la clara lesión del derecho al debido proceso.
10. Con la incertidumbre sobre si se está en presencia o no del silencio administrativo, la clara negligencia en la sustanciación de los recursos administrativos es “premiada” por el Poder Judicial, al declarar la recuperación de los efectos de los actos impugnados.
11. No obstante, el principio del informalismo y la consagración del principio de capacidad económica, los funcionarios atribuyen carácter preclusivo a los lapsos defensivos, no considerando probanzas consignadas tras los términos meramente indicativos, y antes de la toma de las decisiones.
12. Se aplican retroactivamente nuevas interpretaciones jurídicas.
13. No se accede a la doctrina administrativa.
14. La Procuraduría General de la República, sin cuya notificación no puede sustanciarse el recurso contencioso tributario, toma considerable tiempo en entregar las boletas firmadas a los Alguaciles, quedando el proceso en manos unilaterales del legitimado pasivo, y sin que haya un Juez que como verdadero árbitro de la justicia la haga notificar mediante testigos, como la ley manda.
15. Muy rara vez las administraciones tributarias envían al tribunal el expediente administrativo requerido, no obstante, su inmenso valor como único medio demostrativo del cumplimiento o no del debido proceso, y con desacato a la orden judicial, sin consecuencia alguna.
16. El Poder Judicial avala y promueve un sin número de prerrogativas o privilegios procesales, a favor de las administraciones tributarias, sin previsión constitucional y con violación de la igualdad que ha de caracterizar a la relación jurídico-tributaria.
17. Estando pendiente la decisión de un recurso jerárquico, con evidente tiempo excedido, las administraciones tributarias fiscalizan y reparan por el mismo concepto de fondo el ejercicio económico siguiente, y estando el sumario respectivo pendiente con descargos, se inicia una nueva fiscalización al período inmediato posterior, produciéndose una serie de procedimientos administrativos en distintas fases, incluso antecedidos por procesos judiciales en curso, todos significativos de conflictividad acerca del mismo punto Interpretativo de fondo, sin que haya manera de ponerle coto a esa beligerancia en serie.

18. Lo anterior se agrava cuando nos tropezamos con una especie de contencioso de reenvío, que frente a tardías decisiones que declaran inadmisibles ciertos recursos jerárquicos, en lugar de resolver al fondo y así generar seguridad jurídica, reponen al estado de que el recurso jerárquico sea admitido, y luego sustanciado y decidido. Esto multiplica los juicios y difiere en el tiempo las soluciones finales, generando incertidumbre.

Este anecdotario (catálogo) de Blanco-Uribe, fue producido por el profesor hace más de nueve (9) años, a través del cual demuestra la existencia de arbitrariedades producidas por la Administración Tributaria. Lamentablemente, en la actualidad aún está vigente y es posible agregar muchas más, pero dado su relevancia se describen solo algunas:

El bloqueo del acceso de los contribuyentes a los portales web de la Administración tributaria como vía de hecho para la reedición del inconstitucional *solve et repete*²⁷.

El acceso a los portales *web* de las Administraciones Tributarias no debe ser restringido bajo ningún pretexto, incluso si el usuario-contribuyente tienen «deuda» con el Fisco; para recibir las declaraciones de impuestos de los contribuyentes.

Sin embargo, en la actualidad, algunas Administraciones Tributarias bloquean el acceso al portal hasta tanto el sujeto pasivo pague la obligación adeudada, y de esa forma impiden el cumplimiento de las obligaciones que ponen en riesgo el ejercicio de las actividades económicas.

Las restricciones al portal constituyen una actuación ajena al principio de juridicidad y configuran una coacción injusta que menoscaba derechos y garantías constitucionales como el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

Exigencia arbitraria por parte de la Administración Tributaria de presentar la declaración del Impuesto al Valor Agregado para poder declarar el Impuesto sobre las Actividades Económicas.

El Impuesto sobre Actividades Económicas (ISAE), es un impuesto que se caracteriza por ser territorial²⁸ y se configura en la Ley Orgánica del Poder Público Mu-

²⁷ Cfr., Julio César Díaz Valdez «El bloqueo del acceso de los contribuyentes a los portales web de la administración tributaria como vía de hecho para la reedición del inconstitucional solve et repete» *Guayana Moderna*, n.º 12, (Aprobado el 31 de octubre de 2023 para publicación el 16 de diciembre de 2023), ISSN: 1856-7916.

²⁸ «Es un impuesto municipal, local, o territorial, aplicable en el ámbito espacial de un municipio determinado». Edgar José Moya Millán, *Derecho Tributario Municipal* (Caracas: Mobilibros, 2006): 101 y ss.

nicipal (LOPPM)²⁹ según lo dispuesto en el artículo N.º 205 como: «... el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente, aun cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia (...)»³⁰.

La base imponible para la determinación y liquidación de este impuesto, son los ingresos brutos efectivamente percibidos³¹ derivados del ejercicio habitual de las actividades comerciales que se desarrollen en el ámbito territorial del municipio. Tanto así que *la LOPPM, excluyó de la base imponible (Cfr., art. N.º 214)³² siete (7) actividades que aun cuando son ingresos brutos, no son gravables con el ISAE.*

El Impuesto al Valor Agregado (IVA), por su parte, según el Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (LIVA)³³, es un Impuesto Nacional³⁴ cuyas características son distintas al ISAE; donde el hecho imponible lo configura, entre otras actividades, la venta de bienes muebles corporales³⁵ y se perfecciona con la mera emisión la

²⁹ Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial N.º 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010).

³⁰ «El impuesto municipal mencionado es un tributo que grava el ejercicio habitual de las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente». Cfr., SPA del TSJ, sentencia N.º 43 de fecha 19 de enero de 2011, Caso: Banco de Venezuela, S.A., <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00043-19111-2011-2010-0016.HTML>

³¹ ex art. N.º 210 LOPPM // Cfr. SC del TSJ, sentencia N.º 278 de fecha 29 de abril de 2014, Caso: Julio César Díaz y otro, versus Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del Estado Bolívar (Gaceta Municipal Extraordinaria N.º 0328 del 23 de noviembre de 2009), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163350-278-29414-2014-11-0038.HTML>

³² ex art. N.º 214 LOPPM. - *No formaran parte de la base imponible: 1. El Impuesto al Valor Agregado o similar, ni sus integros cuando sean procedentes en virtud de la ley. 2. Los subsidios o beneficios fiscales similares obtenidos del Poder Nacional o Estatal. 3. Los ajustes meramente contables en el valor de los activos, que sean resultado de la aplicación de las normas de ajuste por inflación previstas en la Ley de Impuesto sobre la Renta o por aplicación de principios contables generalmente aceptados, siempre que no se hayan realizado o materializado como ganancia en el correspondiente ejercicio. 4. El producto de la enajenación de bienes integrantes del activo fijo de las empresas. 5. El producto de la enajenación de un fondo de comercio de manera que haga cesar los negocios de su dueño. 6. Las cantidades recibidas de empresas de seguro o reaseguro como indemnización por siniestros. 7. El ingreso bruto atribuido a otros municipios en los cuales se desarrolle el mismo proceso económico del contribuyente, hasta el porcentaje que resulte de la aplicación de los Acuerdos previstos en esta Ley, cuando éstos hayan sido celebrados.*

³³ Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (Gaceta Oficial N.º 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020).

³⁴ ex art. N.º 156 CRBV. - Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, *el valor agregado*, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley.

³⁵ ex art. N.º 3 LIVA. - Constituyen hechos imponibles a los fines de esta Ley, las siguientes actividades, negocios jurídicos u operaciones: 1. La venta de bienes muebles corporales, incluida la de partes alícuotas en los derechos de propiedad sobre ellos; así como el retiro o desincorporación de bienes muebles, realizado por los contribuyentes de este impuesto. 2. La importación definitiva de bienes muebles. 3. La prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país, incluyendo aquéllos que provengan del exterior, en los términos de esta Ley. También constituye

factura o documento equivalente que deje constancia de la operación o se pague el precio o desde que se haga la entrega real de los bienes, según sea lo que ocurra primero.³⁶

Es decir, que mientras el ISAE tiene como base de contribución los ingresos brutos efectivamente percibidos, el IVA tiene como base la venta de los bienes corporales con independencia de si esta venta fue percibida o no.

Aunado a las claras y marcadas diferencias que tienen estos tributos, ambos son liquidados conforme el lapso que las leyes especiales las regulan. De modo que exigir la declaración del IVA como condición necesaria para declarar el ISAE, además de ser irracional, es simplemente arbitrario.

1. Exigencia por parte de la Administración Tributaria Municipal de carta explicativa para declarar los Impuestos sobre Actividades Económicas, si el percentil de ingresos disminuyó respecto al periodo anterior.

En este caso, la arbitrariedad se produce porque la Administración utiliza un parámetro de comparación que no está establecido en ley para la determinación de la obligación tributaria. En efecto, la Administración dispone de procedimientos administrativos establecidos en la ley (procedimiento de verificación o de fiscalización), a través de los cuales puede verificar o corroborar la obligación tributaria declarada por el contribuyente, y solo si, a través de ellos obtiene resultados distintos al ofrecido por el obligado procede a notificar los reparos y multas que correspondan.

hecho imponible, el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio, en los casos a que se refiere el numeral 4 del artículo N° 4 de esta Ley. 4. La venta de exportación de bienes muebles corporales. 5. La exportación de servicios.

³⁶ *ex art. N° 13 LIVA.* - Se entenderán ocurridos o perfeccionados los hechos imposables y nacida, en consecuencia, la obligación tributaria: 1. En la venta de bienes muebles corporales: a. En los casos de ventas a entes públicos, cuando se autorice la emisión de la orden de pago correspondiente. b. En todos los demás casos distintos a los mencionados en el literal anterior, cuando se emita la factura o documento equivalente que deje constancia de la operación o se pague el precio o desde que se haga la entrega real de los bienes, según sea lo que ocurra primero. 2. En la importación definitiva de bienes muebles, en el momento que tenga lugar el registro de la correspondiente declaración de aduanas. 3. En la prestación de servicios: a. En los casos de servicios de electricidad, telecomunicaciones, aseo urbano, transmisión de televisión por cable o por cualquier otro medio tecnológico, siempre que sea a título oneroso, desde el momento en que se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien preste el servicio. b. En los casos de servicios de tracto sucesivo, distintos a los mencionados en el literal anterior, cuando se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio o cuando se realice su pago o sea exigible la contraprestación total o parcialmente, según sea lo que ocurra primero. c. En los casos de servicios prestados a entes públicos, cuando se autorice la emisión de la orden de pago correspondiente. d. En los casos de prestaciones consistentes en servicios provenientes del exterior, tales como servicios tecnológicos, instrucciones y cualesquiera otros susceptibles de ser patentados o tutelados por legislaciones especiales que no sean objeto de los procedimientos administrativos aduaneros, se considerará nacida la obligación tributaria desde el momento de recepción por el beneficiario o receptor del servicio. e. En todos los demás casos distintos a los mencionados en los literales anteriores, cuando se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio, se ejecute la prestación, se pague, o sea exigible la contraprestación, o se entregue o ponga a disposición del adquirente el bien que hubiera sido objeto del servicio, según sea lo que ocurra primero. 4. En la venta de exportación de bienes muebles corporales, la salida definitiva de los bienes muebles del territorio aduanero nacional.

La declaración que realiza el contribuyente es una declaración jurada de buena fe, que el profesor Jarach define como: «...un acto que manifiesta el saber y la voluntad de cumplir una obligación, sin eficacia definitiva de la obligación sustancial»³⁷.

La declaración de los impuestos es un deber formal de los contribuyentes y responsables –acto debido en virtud de disposiciones legales– que tiene una posición de preeminencia entre ellos, pues presume el fiel reflejo de la verdad³⁸; y, es un acto de conocimiento y de voluntad dirigido a la Administración Pública. No obstante, su recepción –por parte de los funcionarios de la Administración– no puede estar condicionada,³⁹ salvo la advertencia a los interesados de las omisiones e irregularidades que estas adolezcan.

Exigir y en consecuencia condicionar a una carta explicativa que justifique la disminución de los ingresos es un pseudo procedimiento arbitrario, que obstaculiza el desarrollo normal y legal de las declaraciones de impuesto, impropio de un sistema tributario eficiente que dispone de procedimientos administrativos suficientes para ejercer el control de la recaudación.

2. El impedimento de realizar trámites administrativos ante las administraciones tributarias a las personas que están autorizadas en las actas de asambleas generales de accionistas o en carta poder.

Los trámites administrativos que se realizan ante la Administración Tributaria a los cuales se refiere este punto, por ejemplo, la solicitud del Registro de Información Fiscal (RIF) que tiene su regulación en la Providencia Administrativa que dispone la creación y el funcionamiento del Registro Único de Información Fiscal⁴⁰. Sin embargo, esta providencia no establece que el trámite del RIF en el caso de las personas jurídicas (*p.e.*, compañía anónima), deba realizarlo exclusivamente el representante legal, el accionista mayoritario o una persona determinada.

En efecto, la providencia establece que la solicitud de inscripción en el RIF, así como cualquier modificación u otro trámite relacionado con el mismo, deberá realizarse ante las unidades competentes de la Gerencia Regional de Tributos Internos correspondiente al domicilio del sujeto pasivo⁴¹.

³⁷ Dino Jarach, *Curso de Derecho Tributario* (Buenos Aires: Ediciones CIMA, 1980), 319.

³⁸ *ex art. N.º 157 ejusdem // ex art. 23 del Decreto N.º 1.423 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* (Gaceta Oficial N.º 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014).

³⁹ *ex art., N.º 45 LOPA.* -Los funcionarios del registro que reciban la documentación advertirán a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, pero sin que puedan negarse a recibirla.

⁴⁰ Providencia Administrativa N.º 0073 de fecha 6 de febrero de 2006 (Gaceta Oficial N.º 38.389 de fecha 02 de marzo de 2006).

⁴¹ *Cfr.*, art. N.º 4 de la Providencia N.º 0073.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que cuando no sea expresamente requerida su comparecencia personal, los administrados podrán hacerse representar y, en tal caso, la Administración se entenderá con el representante designado⁴². Esta representación podrá ser otorgada por simple designación en la petición o recurso ante la Administración, o acreditándola por documento registrado o autenticado⁴³.

Así mismo, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos establece en el artículo 32 que «Las personas interesadas en efectuar tramitaciones ante la Administración Pública, podrán realizarlas de manera personal, o en su defecto, a través de representación acreditada mediante carta poder, salvo en los casos establecidos expresamente por ley».

La razón de dichas disposiciones es simplificar los trámites administrativos, con el objeto de lograr una mayor celeridad y funcionalidad de los órganos e instituciones del Poder Público a fin de reducir los gastos operativos de estos y sobre todo para mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos.

Asimismo, es importante resaltar que tanto la norma contenida en los artículos N.º 25 y N.º 26 de la LOPA, como el artículo N.º 32 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos del año 2014; buscan suprimir los documentos y requisitos complejos, redundando en la mejora y fluidez de los trámites administrativos, partiendo de la presunción de buena fe como principio fundamental que regule la relación de los ciudadanos con la Administración⁴⁴.

Por lo tanto, es forzoso concluir que el impedimento de realizar algún trámite correspondiente a una persona jurídica (empresa) es un acto arbitrario que viola el principio *pro actione*.

⁴² *ex art.* N.º 25 LOPA.

⁴³ *ex art.* N.º 26 LOPA.

⁴⁴ Cfr. SPA del TSJ, sentencia N.º 00661 de fecha 3 de noviembre de 2022, Caso: Complejo Siderúrgico del Lago (COSILA), S.A., <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/320422-00661-31122-2022-2013-1336.HTML> // Cfr. también, SPA del TSJ, sentencia N.º 00301 de fecha 15 de marzo de 2016, Caso: Instituto Loscher Ebbinghaus, C.A., que estableció que en «...el procedimiento administrativo, al igual que en el proceso judicial, rige el principio *pro actione*, según el cual se postula la necesidad de adoptar la interpretación que surja más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, debe prevalecer, por sobre todas las dificultades de índole formal, el dictado de un proveimiento sobre el fondo del objeto del procedimiento instaurado», <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/186237-00301-15316-2016-2014-0106.HTML>

4. La Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios (LOCAPTEM)

La Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios⁴⁵ (LOCAPTEM), entró en vigor el 9 de noviembre de 2023. Esta tiene por finalidad, entre otros puntos, «...4. Generar certeza y seguridad jurídica sobre los procedimientos tributarios y cargas fiscales aplicables en el territorio nacional».

Para el logro de sus fines, se establece crear un Consejo Superior de Armonización Tributaria que según la ley *in comento*, es una instancia de participación y consulta para el desarrollo de las políticas orientadas a la coordinación y armonización del ejercicio de las potestades tributarias de los estados y municipios.

No obstante, para la fecha en que entró en vigencia la ley, no estaba: (i) conformado el Consejo Superior de Armonización Tributaria, (ii) disponible el Clasificador de Actividades económicas armonizado, (iii) la tabla de Valores del Impuesto a minerales no metálicos, (iv) la tabla de valores del impuesto de los vehículos y (v) ni las Ordenanzas de Impuestos sobre Actividades Económicas adecuadas a la LOCAPTEM.

En razón a lo anterior, parece que la comunidad comercial debe seguir esperando por la pretendida armonización y el encausamiento irrestricto de las actuaciones al bloque de la legalidad, con el fin de eliminar o reducir las arbitrariedades de los funcionarios de la Administración Tributaria y consecuentemente lograr la expresión del Estado de Derecho que estimule la economía: la seguridad Jurídica.

CONSIDERACIONES FINALES

Con el desarrollo de este trabajo, ha quedado demostrado que en Venezuela, la Administración Tributaria muchas veces ejerce las funciones de recaudación y control de las obligaciones tributarias sin la debida previsión legal correspondiente. Se erige como una «relación de poder» y no como una «relación de derechos» viciando sus actos, así como arbitrarios.

En un Estado de Derecho y de Justicia todos estamos sometidos a la ley. Por lo tanto, contribuyente y Administración deben cumplir cabalmente con sus obligaciones correspondientes en el marco de los procedimientos administrativos establecidos en la ley.

⁴⁵ Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios (Gaceta Oficial N.º 6755 Extraordinario de fecha 10 de agosto de 2023).

Ciertamente, la CRBV dispone como derecho (garantía) el derecho al debido proceso y la defensa (*ex art. N.º 49*), y somete a control jurisdiccional todo acto administrativo (*ex art. N.º 259 ejusdem*). Sin embargo, en el plano material, como quedó demostrado con este trabajo, la Administración Tributaria realiza actos arbitrarios para recaudar y controlar las obligaciones tributarias.

Por su parte, no todos los contribuyentes o usuarios pueden o quieren ejercer los medios de defensa disponibles [para los primeros: *p.e.*, razones económicas (defensa jurídica) porque consume tiempo y dinero; y, para los segundos: *p.e.*, razones de celeridad y necesidad porque son meros trámites necesarios para avanzar en otro trámite final que no quieren arriesgar].

Así las cosas, es necesario contar con instituciones públicas efectivas que contribuyan (charlas, supervisión, y/o recepción de denuncias) a resolver situaciones arbitrarias que no revisten necesariamente largos procesos judiciales, y lograr que se hagan valer los derechos y garantías que se derivan de una la relación tributaria de derecho.

En virtud de lo antes expuesto, se propone a la Defensoría del Pueblo crear de manera urgente, una dependencia que asuma la defensa de los derechos y garantías del contribuyente y demás usuarios del sistema tributario; haciendo uso de defensores delegados con competencias Nacionales, Estadales y Municipales, designados en concurso abierto de credenciales con el objeto fundamental de lograr la pretendida seguridad jurídica y, en consecuencia, la protección de la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Gaceta oficial N.º 5.908, Extraordinaria, Caracas 19 de febrero de 2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). «Technical Data: La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva N.º OC-6/86». Acceso el 10 de noviembre de 2023. https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=13&lang=en

Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. (Gaceta Oficial N.º 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020).

Decreto N.º 1.423 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. (Gaceta Oficial N.º 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014).

Decreto N.º 1.424 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. (Gaceta Oficial N.º 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014).

- Díaz Valdez, Julio César. «El bloqueo del acceso de los contribuyentes a los portales web de la administración tributaria como vía de hecho para la reedición del inconstitucional solve et repete». *Guayana Moderna*, n.º 12 (aprobado para publicarse el 16 de diciembre de 2023). SSN: 1856-7916.
- García Amado, Juan Antonio. «Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas». Acceso el 10 de noviembre de 2023. <https://www.si-lex.es/validez-vigencia-y-aplicabilidad-de-las-normas-juridicas>
- Héctor Turuhpial Cariello. *La actividad Administrativa*. Caracas: CIDEP, 2021.
- Jarach Dino. *Curso de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Ediciones CIMA, 1980.
- Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios. (Gaceta Oficial N.º 6755 Extraordinario de fecha 10 de agosto de 2023).
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (Gaceta Oficial N.º 2.818 Extraordinario de fecha 01 de julio de 1981).
- Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (Gaceta Oficial N.º 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010).
- Moya Millán, Edgar José. *Derecho Tributario Municipal*. Caracas: Mobilibros, 2006.
- Pérez, Efraín. «Aproximación al Acto Administrativo». En *La protección de los derechos frente al poder de la administración*, 115-134. Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 2014.
- Pérez Luño, Antonio. «La seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia». *Boletín de la facultad de Derecho*, n.º 15 (2000): 25-38.
- Prince Torres y Gómez Torrealba. «La Voracidad Fiscal: Un fenómeno actual en Venezuela». *Revista Honoris Causa* Vol. 14, n.º 2 (2022): 212-226. ISSN: 2244-8217.
- Providencia Administrativa N.º 0073 de fecha 6 de febrero de 2006. (Gaceta Oficial N.º 38.389 de fecha 02 de marzo de 2006).
- Quintero, Alberto Blanco-Urbe. «La Trascendencia de los Derechos Humanos, como pilares supremos y preeminentes del ordenamiento jurídico venezolano». En *Administración Tributaria. Conmemoración de los 20 años del SENIAT XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, 635-637. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014.
- Romero-Muci, Humberto. «Los Derechos Humanos como condición de Validez de los Tributos». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 157 (2018): 1213-1240.
- Tipke Klaus, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes (Bestuerungsmoral und Steuermoral)*. Trad. Pedro Manuel Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia N.º 278 de fecha 29 de abril de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163350-278-29414-2014-11-0038.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia N.º 00301 de fecha 15 de marzo de 2016). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/186237-00301-15316-2016-2014-0106.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia N.º 00661 de fecha 03 de noviembre de 2022. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/320422-00661-31122-2022-2013-1336.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia N.º 43 de fecha 19 de enero de 2011. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00043-19111-2011-2010-0016.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia N.º 1028 de fecha 09 de mayo de 2000). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01028-090500-4807.HTML>

La neobanca en Venezuela: aspectos de regulación

Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 397-424

Resumen: La Resolución N° 033.23 emitida por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) en fecha 26 de julio de 2023, y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.693 de fecha 16 de agosto del presente año, mediante la cual se autoriza el funcionamiento del primer neobanco en el sistema bancario venezolano, se constituye en un hecho sin precedentes en el sector financiero nacional, mediante el cual el ente regulador da un paso de suma importancia en el desarrollo y modernización del negocio bancario venezolano, reconociendo de manera formal la viabilidad legal de los neobancos en Venezuela, a su vez de constituir el referente regulatorio principal sobre el cual apuntalar futuras transformaciones de la banca tradicional venezolana, a la par de lo que viene sucediendo en el mercado bancario mundial.

Palabras clave: Neobancos; regulación; sector bancario.

Neobanking in Venezuela: regulatory aspects

Abstract: Resolution No. 033.23 issued by the Superintendency of Banking Sector Institutions (SUDEBAN) on July 26, 2023, and published in the Official Gazette of the Bolivarian Republic of Venezuela No. 42,693 dated August 16 of this year, through which authorizes the operation of the first neobank in the Venezuelan banking system, constitutes an unprecedented event in the national financial sector; through which the regulatory entity takes a step of utmost importance in the development and modernization of the Venezuelan banking business, recognizing formally the legal viability of neobanks in Venezuela, in turn constituting the main regulatory reference on which to support future transformations of traditional Venezuelan banking, on par with what is happening in the global banking market

Keywords: Neobanks; regulation, banking sector.

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello; Diplomado en Derecho Bancario por la misma Institución con experiencia profesional de más de 10 años en el sector bancario.

La neobanca en Venezuela: aspectos de regulación

Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 397-424

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Neobanca. Aspectos generales. 2. Regulación de los neobancos. 3. Regulación en Venezuela.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La irrupción de nuevas modalidades de negocios en la industria financiera mundial apalancadas en la denominada “tecnología financiera” ha modificado de manera irreversible la forma de entender la actividad bancaria a nivel global.

En este sentido, se ha pasado de un esquema operacional en donde las actividades financieras eran gestionadas exclusivamente por los bancos tradicionales a través de sus oficinas y sucursales físicas a un ecosistema caracterizado fundamentalmente por el desarrollo y aplicación de plataformas tecnológicas, y en donde han irrumpido entidades innovadoras que ofrecen servicios y productos exclusivamente a través de canales digitales.

Entre esas entidades innovadoras, destacan los neobancos, que son básicamente un tipo de institución financiera que opera exclusivamente de manera digital, utilizando canales y medios tecnológicos y que no tienen sucursales u oficinas físicas, ofreciendo a sus clientes servicios financieros exclusivamente digitales.

El modelo de negocio bancario apalancado en la estructura de un neobanco ha demostrado traer múltiples beneficios para todos los actores involucrados, destacándose su capacidad, a través de la aplicación de la tecnología, de ofrecer a los usuarios una verdadera experiencia digital centrada en el cliente.

El auge de los neobancos, concebidos por muchos como el futuro de la banca¹, por supuesto que ha impactado en la regulación del sector, tradicionalmente uno de los más densamente normados en cualquier jurisdicción.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello; Diplomado en Derecho Bancario por la misma Institución con experiencia profesional de más de 10 años en el sector bancario.

¹ De conformidad al reporte *Global FinTech MarketPlace: Technologies, Applications and Services 2021-2026*, los neobancos y el mercado Fintech en general tendrán un crecimiento anual a una tasa compuesta del 13,7% que llevará a este mercado a alcanzar los 190.000 millones de US\$ para el año 2026. <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2021/09/21/2300294/28124/en/Insights-on-the-FinTech-Global-Market-to-2026-Growing-Adoption-of-Non-Bank-Option-to-Manage-Money-is-Driving-Growth.html>

Al respecto, se ha producido un movimiento regulatorio a nivel mundial dirigido a darle viabilidad legal, a través de la uniformidad normativa, a la figura de los neobancos como entidades financieras integrantes del sistema bancario nacional, allí donde dicha figura es reconocida.

En Venezuela, con la autorización otorgada a la entidad bancaria “*N58 Banco Digital Banco Microfinanciero*” para su funcionamiento dentro del sistema bancario nacional², la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), a través de la Resolución N° 033.23 de fecha 26 de julio de 2023, ha procedido a darle viabilidad normativa a la figura de los neobancos, lo cual coloca a Venezuela en el mapa de las jurisdicciones que expresamente reconocen y regulan la neobanca como un modelo de negocio autorizado dentro de su sector bancario.

En el presente artículo se analizan aspectos relativos a la regulación de los neobancos, a través de tres secciones. Una primera sección revisará aspectos generales relacionados con la neobanca, mientras que en una segunda sección se revisarán los diferentes sistemas de autorización aplicables hoy en día a los neobancos a nivel global.

Finalmente, una tercera sección revisará algunos aspectos puntuales de la regulación de la neobanca en Venezuela que pueden derivarse de la ya mencionada Resolución N° 033.23 dictada por la SUDEBAN.

1. Neobanca. Aspectos Generales

1.1. Definición

El término neobanca hace referencia a un modelo del negocio bancario que se caracteriza por la prestación de servicios financieros exclusivamente a través de herramientas digitales. A su vez, las entidades que prestan este tipo de servicios son denominados neobancos.

Una definición precisa de neobanco nos la brinda la investigación realizada por los autores Pérez-Vázquez, Prieto-Baldovino, Díaz-Pertuz y Noboa-Silva³:

Los Neobancos, son instituciones financieras digitales que ofrecen servicios bancarios completos a través de plataformas en línea y aplicaciones móviles. A diferencia

² Resolución SUDEBAN N° 033.23, de fecha 26 de julio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.693 de fecha 16 de agosto de 2023.

³ Pérez-Vázquez, M.A., Prieto-Baldovino, F.H., Díaz-Pertuz, L.A., & Noboa-Silva, A. (2023). Los Neobancos: Un nuevo modelo de negocio en el ecosistema financiero global en tiempos de COVID-19 y su impacto en la economía colombiana. *Económicas CUC*, 44(2). DOI: Acceso en fecha 5 de noviembre de 2023. <https://doi.org/10.17981/econcuc.44.2.2023.Econ.4>

de los bancos tradicionales, estas entidades, no tienen sucursales físicas y operan enteramente en línea, ofreciendo un servicio financiero eficiente y a un menor costo.

Arslasnian & Fisher (2019) señalan que, los Neobancos, también llamados bancos virtuales, bancos digitales, bancos desafiantes o bancos neo, se diferencian de sus competidores incumbentes por su enfoque innovador en la prestación de servicios financieros. Glushchenko et al. (2019) describen a estas entidades como bancos completamente en línea, sin sucursales físicas, construidos en nuevas plataformas tecnológicas que contrastan con la infraestructura obsoleta de los bancos tradicionales.

La entidad financiera *BBVA*, al hacer referencia a los neobancos indica lo siguiente:

Los neobancos constituyen una nueva generación de entidades financieras que ofrecen servicios de intermediación bancaria de manera 100% digital. Surgidos de la mano de la transformación digital en Reino Unido y Alemania, han tenido una rápida expansión en Europa y en los últimos años están introduciéndose también en América Latina⁴.

Este modelo de negocio es el resultado directo del desarrollo exponencial de la tecnología aplicada a las finanzas y más específicamente, a los servicios bancarios, iniciado en un primer momento por entidades tecnológicas totalmente ajenas al sector, que bajo la modalidad de *startups* o empresas *fintech*, comenzaron a encontrar nichos de mercado en varios servicios tradicionales de la banca, como el ahorro y los medios de pago.

La importancia que el desarrollo tecnológico y la consecuente digitalización de los servicios bancarios tiene en la evolución de los neobancos y del negocio bancario en general es descrita por los ya mencionados autores Pérez-Vázquez, Prieto-Baldovino, Díaz-Pertuz y Noboa-Silva de la siguiente forma⁵:

Los bancos digitales, a diferencia de los bancos tradicionales, ofrecen servicios novedosos a través de una fuerte interfaz digital, a menudo diseñada para atraer a grupos específicos de consumidores. En ese sentido, la llegada de estos negocios, obedece al alto grado de digitalización del sector bancario, y cuyas innovaciones de tecnología financiera se denomina *Fintech* (Japparova y Rupeika-Apoga, 2017), ofreciendo un portafolio de financiero similar a los de la banca tradicional (OCDE, 2020).

⁴ «Neobancos: ¿Qué son y cómo operan?», *Banco BBVA*; 17 de septiembre de 2021; acceso el 5 de noviembre de 2023, <https://www.bbva.com/es/neobancos-que-son-y-como-operan/>

⁵ Pérez-Vázquez, M.A., Prieto-Baldovino, F.H., Díaz-Pertuz, L.A., & Noboa-Silva, A. (2023). Los Neobancos... <https://doi.org/10.17981/econuc.44.2.2023.Econ.4>

Esta digitalización de los servicios financieros trajo consigo una transformación de los procesos comerciales bancarios, considerándose viable y eficiente, debido a que brinda apoyo a los procesos relacionados con atraer clientes, aumentar la lealtad de la marca, una mejor comprensión de las necesidades del cliente, servicio personalizadas, mejorar las fuentes de ingresos y disminuir los niveles de costos (Japparova y Rupeika-Apoga, 2017).

Por otra parte, y como consecuencia de esa disminución de costos en las operaciones bancarias, los neobancos están generalmente en mejor posición financiera para acometer inversiones en plataformas tecnológicas que permitan fortalecer aún más la calidad de los canales digitales mediante los cuales prestan sus servicios, haciendo énfasis en la accesibilidad permanente de sus clientes, en la experiencia digital del mismo y en el desarrollo de productos y servicios más personalizados, utilizando tecnologías como el *big data* y el *machine learning*, entre otras.

A lo anterior debe sumarse que, al tratarse de entidades nacidas con un ADN digital, por lo general presentan ventajas competitivas frente a la banca tradicional en áreas claves como flexibilidad organizacional, liderazgos transformacionales e innovación, lo cual les permite desarrollar productos y servicios en principio más personalizados y cercanos a sus clientes, en tiempos relativamente más cortos que los bancos tradicionales.

Sobre los aspectos diferenciadores entre la banca tradicional y los neobancos, el sitio web⁶ de la Consultora *Coinscrap Finance* indica lo siguiente:

La principal diferencia entre ambos tipos de entidades es su origen: los neobancos nacen exclusivamente del entorno digital, mientras que los bancos tradicionales que ofrecen la misma cartera de servicios online son considerados de la banca digital, pero no neobancos.

Los neobancos basan su funcionamiento en la informática y minería de datos para ofrecer servicios personalizados de índole financiera. Sin embargo, la mayoría de estos bancos se enfocan principalmente en los servicios personales, salvo unas cuantas excepciones.

⁶ «Neobancos: que son y que les diferencia de la banca tradicional »;13 de octubre de 2022; Coinscrap Finance; acceso el 6 de noviembre de 2023, <https://coinscrapfinance.com/es/fintech-news/neobancos-que-son-y-que-les-diferencia-de-la-banca-tradicional/>

1.2. Origen de la Neobanca. Startups, Fintechs y Neobancos

Un rápido repaso sobre el origen, desarrollo y evolución de la neobanca nos lleva al año 2008, cuando, y por motivo de la crisis financiera global producida en ese año, la confianza del público en el sector bancario alcanzó los niveles más bajos en décadas, algo dramático si se considera que es precisamente la confianza pública uno de los pilares sobre los cuales se sostiene el negocio bancario.

El sitio web de *World Finance*⁷ explica lo anterior de la siguiente forma:

La crisis financiera mundial de 2008 provocó la pérdida de millones de empleos y billones de dólares en capital financiero. Para muchos, la culpa residía directamente en el sector bancario y en los individuos que se enriquecieron gracias a las regulaciones de *laissez-faire* y las inversiones especulativas.

La ola de ira que desató la crisis se sigue sintiendo hasta el día de hoy. Los resultados de una encuesta de YouGov del año pasado cuentan la historia de una industria que no ha logrado reparar el daño causado hace una década: en Italia, solo el 37 por ciento de las personas encuestadas declararon que confían en su banco (...). En Francia, apenas el 27 por ciento de la gente cree que los bancos son una fuerza para el bien; en Japón, la misma cantidad piensa que los bancos actúan en el mejor interés de sus clientes.

Con la confianza en el sector bancario en niveles históricamente bajos, un grupo de empresas emergentes ha vislumbrado una oportunidad notable, una oportunidad que tal vez no se presente nuevamente en décadas. Ha surgido un nuevo tipo de institución financiera exclusivamente digital conocida como “neobanco” (a veces denominado “banco retador”) para capitalizar el sentido resentimiento hacia los titulares de la industria.

Ese grupo de empresas emergentes que visualizaron una extraordinaria oportunidad de beneficiarse del descontento del público con la banca tradicional, fueron las denominadas *startups*. Repasar el origen y desarrollo de la neobanca es necesariamente repasar a su vez el nacimiento de estas empresas emergentes denominadas *startups* con su posterior evolución en empresas *fintech*.

Dos aspectos marcan e identifican fundamentalmente a una *startup*: una sólida base tecnológica y un alto grado de capacidad innovadora. Las *startups* a su vez pueden ser clasificadas o discriminadas en varios tipos, dependiendo de la perspectiva del análisis.

⁷ «The unstoppable rise of neobanks», World Finance; acceso el 7 de noviembre de 2023; <https://www.worldfinance.com/banking/the-unstoppable-rise-of-neobanks>

El *Blog* de la consultora tecnológica española *Hubspot*⁸ identifica hasta cinco (5) tipos de *startups*: (i) escalables; (ii) sociales; (iii) comprables, (iv) primarias y (v) secundarias.

A los efectos de nuestro estudio, nos interesa hacer énfasis en las denominadas *startups* escalables, las cuales, siguiendo nuevamente a la consultora *Hubspot*⁹:

(...) son posiblemente el tipo más popular entre estos negocios. Se caracterizan por tener una idea que pueden explotar a un bajo costo y reproducirla en diversos contextos.

Estas *startups* generalmente son del sector tecnológico, ya que con recursos modestos pueden llegar a todo el mundo y ofrecer el mismo servicio en todos lados. Algunas de las áreas de negocios para *startups* escalables más populares son:

- *Fintechs*: empresas que aplican tecnologías en la gestión financiera (...)

Como se ve, las denominadas empresas *fintechs* evolucionaron a partir del modelo de *startup escalable*, consiguiendo un nicho de mercado en operaciones que tradicionalmente venían siendo prestadas por las entidades bancarias tradicionales, por lo que una empresa *fintech* no sería otra cosa que una *startup* dedicada exclusivamente a las finanzas, tal como lo explica a su vez la entidad financiera *Santander*¹⁰:

Una *startup* es una empresa de nueva creación que, gracias a su modelo de negocio escalable y al uso de las nuevas tecnologías, tiene grandes posibilidades de crecimiento. Esta tipología empresarial está ganando fuerza en los últimos años. Por ejemplo, aquellas que se dedican a las finanzas, conocidas como *startups fintech*, en América pasaron de casi 5.700 en 2018, a más de 10.700 a finales de 2021, según Statista. A esta región le sigue el conjunto de *startups fintech* de Europa, Oriente Medio y África, con más de 9.300 empresas.

Ahondando más en el concepto de lo que es una empresa *startup fintech*, Martínez Navarro¹¹ nos indica lo siguiente:

⁸ «¿Qué es una startup? Definición, características, tipos y ejemplos», *Hubspot*; última actualización en fecha 9 de marzo de 2023; acceso el 7 de noviembre de 2023; <https://blog.hubspot.es/sales/que-es-startup>

⁹ «¿Qué es una startup?...» *Hubspot*.

¹⁰ «¿Qué es una startup?» *Santander*; 21 de abril de 2022; acceso el 7 de noviembre de 2023; <https://www.santander.com/es/stories/que-es-una-startup#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20una%20startup%20y,tiene%20grandes%20posibilidades%20de%20crecimiento>.

¹¹ Tomas Martínez Navarro, «Fintech en el sector bancario: sus externalidades positivas y la necesidad de un nuevo marco regulatorio», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, 2020, pp 241-277; acceso el 8 de noviembre de 2023; <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-241-277.pdf>

A la luz del *fintech*, los nuevos actores son conocidos como *fintech startups* en razón de las iniciativas de negocios destinadas al sector financiero, que tienen como propósito usar la tecnología para llevar a cabo actividades propias de los bancos y otros prestadores de servicios, generando soluciones que satisfacen nuevas necesidades de los clientes y transforman el modo como estos ahorran, solicitan prestamos, invierten, movilizan, pagan y guardan su dinero, además la forma en que tales instituciones trabajan internamente para poner a disposición toda su oferta al público.

Desde el punto de vista técnico, un neobanco no es más que una empresa *fintech*, dado que bajo la figura de la neobanca se encuentra presente un modelo de negocio dirigido directamente al sector financiero, y que hace uso de la tecnología para generar soluciones innovadoras a las necesidades de los clientes y usuarios bancarios. Bajo la perspectiva técnica, los términos *fintech* y neobanco son básicamente lo mismo y pueden ser usados como sinónimos.

Sin embargo, es posible encontrar algunas diferencias entre las empresas propiamente *fintech* y los neobancos, ya no desde el punto de vista técnico, sino en relación a la forma en que ambas entidades conciben la prestación de los servicios bancarios.

El sitio web de la entidad Bancolombia¹² plantea un interesante enfoque diferenciador entre una *fintech* y un neobanco:

Dentro de las startups, encontramos una ramificación de emprendimientos que se enfocan en desarrollar servicios financieros y que se denominan *fintechs*, Los Neobancos técnicamente, se pueden considerar una *fintech* y su definición más aceptada es la de una entidad financiera que ofrece los mismos servicios que la banca tradicional pero que opera de manera 100% digital.

A partir de aquí podemos encontrar numerosas definiciones que nos ayudan a entender mejor este mundo, (...) en el mundo digital podríamos encontrar tres categorías dentro de las entidades financieras:

1. Apps de bancos tradicionales: llevan a dispositivos móviles e internet algunos productos y servicios de la banca tradicional-**multiproducto**-.
2. *Fintechs*: se especializan en un nicho determinado (préstamos, etrading, crowdfunding, pagos, etc)-**monoproducto**-.
3. Neobancos: entidades bancarias 100% digitales, no tienen oficinas físicas y no necesariamente tienen una licencia bancaria. **-multiproducto-**.

¹² «Startups, *Fintechs* y Neobancos: ¿son lo mismo?» Bancolombia; 28 de julio de 2022; acceso el 8 de noviembre de 2023; <https://www.bancolombia.com/educacion-financiera/inversiones/startups-fintech-neobancos#:~:text=Las%20Fintechs%20al%20ser%20compa%C3%B1%C3%ADas,de%20una%20forma%20100%25%20digital.>

Bajo el anterior enfoque, la diferencia fundamental entre una empresa *fintech* propiamente dicha, y un neobanco, sería que las primeras se enfocan solamente en un nicho determinado de la actividad bancaria, mientras que los neobancos, a semejanza de los bancos tradicionales, se dirigen a prestar servicios bancarios integrales; no se limitan en principio a un solo nicho del sector.

Similar enfoque parece concluir Martínez Navarro¹³, quien al referirse específicamente a las empresas *fintechs*, hace referencia al término “desagregación” de funciones que hacen este tipo de compañías, de cara la cadena de valor integral que componen los servicios ofrecidos por los bancos tradicionales, en el siguiente sentido:

En este contexto, en el que el impacto de la tecnología va más allá de su simple utilización en la actividad bancaria, se reconoce, por una parte, que los bancos (incumbents) permanecen como las instituciones con mayor importancia sistémica en la economía por tener el monopolio en la emisión de crédito, recepción de ahorros, servidor de pagos y otras actividades en los mercados financieros; pero, por otra, que las *fintechs* startups están transformando el modo en que se ofrecen los productos y servicios, porque sus propuestas desagregan los elementos que forman parte de la cadena de valor del negocio, centrándose sobre uno o varios servicios ofrecidos directamente o por medio de alianzas por vía digital; mientras que en la estructura tradicional todos estos servicios son ofrecidos de manera integrada, no separada, por un mismo proveedor y con énfasis en el relacionamiento físico a través de las sucursales bancarias.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, puede concluirse que un neobanco es una *startup fintech* desde el punto de vista técnico, pero susceptible de ser diferenciado a su vez de esta última partiendo desde un enfoque que coloca el énfasis de la distinción en la modalidad de prestación de los servicios financieros.

Bajo la anterior premisa, el modelo del neobanco enfoca la visión del negocio bancario desde un aspecto integral del mismo (multiproducto) a semejanza de lo que hace la banca tradicional, y a contracorriente del enfoque de una *fintech*, que se concentra en un solo nicho del servicio bancario (monoproducto).

Si a lo anterior le agregamos la vertical regulatoria que viene acompañado por el reconocimiento normativo de la figura y su previa autorización u otorgamiento de licencia bancaria para operar en el sistema bancario allí donde el ordenamiento jurídico lo permite, se ve aún con más claridad que un neobanco es susceptible de diferenciarse claramente, desde varias verticales, de una empresa *fintech*, constituyendo una categoría especial dentro del estudio y análisis de estas entidades digitales.

¹³ Tomas Martínez Navarro, «Fintech en el sector bancario...»

2. Regulación de los Neobancos

2.1. Sistemas de autorización

La irrupción del modelo de la neobanca ha tenido su repercusión en la regulación bancaria, considerando que históricamente el sistema financiero en cualquier jurisdicción suele ser de los más densamente regulados a todo nivel. A raíz del desarrollo y evolución de la figura de los neobancos, era cuestión de tiempo para que los distintos entes de regulación bancaria comenzaran a establecer las primeras normativas dirigidas a regularlos.

En el caso particular de la neobanca, el énfasis regulatorio se ha canalizado hacia los sistemas de autorización establecidos para darle viabilidad normativa a este modelo de negocios. En este sentido, el denominado *Consultative Group to Assist The Poor* (CGAP)¹⁴ en un estudio realizado en diciembre de 2021¹⁵, ha identificado hasta tres enfoques regulatorios actualmente vigentes en el mundo:

1. Algunos países han creado una categoría de licencia especial para los bancos digitales además de la categoría de banca tradicional existente.
2. Otros países prefirieron seguir un enfoque de autorización por etapas para los bancos digitales (o todos los bancos), donde los nuevos jugadores deben o pueden pasar por una fase de restricción antes de convertirse en un banco con licencia completa.
3. Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones no han creado una licencia de categoría separada para los bancos digitales, y no les ofrecen pasar por un enfoque gradual de licencia.

A continuación, revisaremos brevemente cada uno de estos enfoques regulatorios, siguiendo en su totalidad para esta sección los datos y conclusiones contenidos en el referido estudio realizado por la CGAP titulado “*Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?*” del año 2021.

¹⁴ El CGAP es una organización independiente de investigación fundada en 1995, con sede en Washington, cuyo objetivo principal es avanzar en la inclusión financiera a nivel mundial, especialmente de los sectores más desfavorecidos. A través de investigaciones y alianzas con proveedores financieros mundiales. Está ubicado en la sede del Banco Mundial.

¹⁵ «*Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?*»; CGAP; diciembre de 2021; acceso el 9 de noviembre de 2023; <https://www.cgap.org/research/reading-deck/digital-banks-how-can-they-be-regulated-to-deepen-financial-inclusion>

2.1.a. Sistema de autorización con licencia especial

Desde la perspectiva de este enfoque regulatorio, los neobancos requieren de una licencia especial de parte de los entes reguladores a efectos de iniciar operaciones en el sector bancario. En este sentido, se establece una categoría especial y única de licencia bancaria para bancos digitales, totalmente diferenciada de la que se otorga a los bancos tradicionales.

Entre las jurisdicciones que actualmente mantienen un enfoque regulatorio de este tipo, se destacan Hong Kong, Corea del Sur, Filipinas, Malasia, Singapur y Taiwan, todas ubicadas en el continente asiático.

De conformidad al estudio realizado por la CGAP en el año 2021, uno de los objetivos que persigue este enfoque regulatorio de licenciamiento especial es promover de manera particular la innovación y la inclusión financiera, fomentando a su vez una apertura regulatoria dirigida hacia nuevos actores, distintos a los grupos financieros que tradicionalmente han tenido el control del sector bancario tradicional.

Un aspecto a destacar de este enfoque regulatorio es el referido a la prohibición expresa que estas jurisdicciones imponen a los neobancos de poseer sucursales u oficinas físicas, lo cual es una de las diferencias fundamentales en relación a las licencias otorgadas para los bancos tradicionales. Dicho en otras palabras, para aspirar a obtener una licencia de banca digital, el modelo de negocio de la entidad solicitante no debe integrar oficinas físicas en su infraestructura de servicios.

Sobre este aspecto puntual la CGAP indica:

«Todos estos países tienen algunas restricciones sobre la presencia física de los bancos digitales. Y la mayoría de ellos no permiten la apertura de sucursales. Sin embargo, estas restricciones pueden sofocar la innovación alrededor de la distribución física y colocar un mayor obstáculo para los clientes de proveedores de servicios de bajo costo en áreas rurales, quienes todavía necesitan canales físicos para transacciones básicas y donde las sucursales pueden jugar un rol importante en la distribución del efectivo¹⁶».

Lo anterior no significa la ausencia total de presencia física de los neobancos. De hecho, en la mayoría de estas jurisdicciones se exige por lo menos una oficina física que sirva de domicilio principal de la entidad.

La valoración hecha en el estudio de CGAP sobre este sistema de regulación concluye lo siguiente:

¹⁶ «Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?...»

La creación de una nueva categoría de licencia puede no ser necesaria. Donde los bancos tradicionales y los bancos digitales puedan ofrecer un servicio similar en la gama de productos y servicios, plantean riesgos similares y son mejor regulados de la misma manera. Por el contrario, en la práctica, un régimen de concesión de licencias a medida es difícil de implementar sin crear un campo de problemas y oportunidades de juego desigual para el arbitraje regulatorio.

(...) Sin embargo, lo que está claro es que los bancos digitales más exitosos no son necesariamente aquellos países con un régimen de licencia de banco digital específico; algunos países tienen licencias bancarias digitales, otros tienen bancos digitales (Kerse y Jenik, 2020).

2.1.b. Sistema de autorización por fases

Bajo este sistema regulatorio, los neobancos pasan por unas etapas previas de prueba (fase de restricción o periodo de movilización) antes de obtener una licencia de autorización completa para poder prestar servicios financieros. En la denominada fase de restricción o periodo de movilización, la entidad solicitante de la licencia solo podrá ejercer una serie limitada de actividades y operaciones durante la vigencia de la referida fase.

Ejemplo de este sistema lo podemos encontrar en el Reino Unido, donde este sistema de regulación se aplica indistintamente, se trate o no de un banco digital.

Sobre la regulación británica, el informe de la CGAP nos dice lo siguiente:

El Reino Unido no tiene un régimen de licencias independiente para los bancos digitales. Sin embargo, un solicitante de licencia bancaria puede optar por pasar por una ruta de movilización (...) antes de convertirse en un banco con licencia completa.

(...) Esta ruta permite a los nuevos bancos asegurar más inversiones, contratar personal, invertir en sistemas de TI y comprometerse con proveedores externos, debido a que ya son un banco autorizado, pero no sujeto a todos los requisitos de capital. Este periodo es generalmente más adecuado para fintechs que para actores promovidos por accionistas con bolsillos para invertir fuertemente en la fase inicial.

Se destaca de lo anterior como el denominado “periodo de movilización” es entendido por la jurisdicción británica como un tiempo en el cual la entidad solicitante de la licencia puede aprovechar el referido periodo para asentarse desde varias verticales de suma importancia para el negocio: inversiones, proveedores, capital humano y tecnología, entre otros, durante un tiempo que no superaría el año calendario (12 meses). Igualmente se permite al ente solicitante de la licencia recibir depósitos del público, pero de manera limitada.

Esta modalidad del sistema de autorización por etapas (ruta de movilización) ha tenido un enorme uso en la jurisdicción británica desde que entró en vigencia en el año 2013. Según datos de CGAP, el 60% de las empresas que obtuvieron una licencia bancaria entre 2013 y 2018 recibieron una autorización restringida al inicio de sus operaciones, entre los que se destacan los neobancos *Starling Bank*¹⁷ y *Monzo Bank*¹⁸.

La valoración que hace la CGAP sobre este sistema de regulación de autorización por etapas es predominantemente positiva, sobre todo para las empresas *fintech*:

Este enfoque podría ser interesante y útil para las *fintechs* que puedan necesitar la fase restringida para construir sistemas e infraestructura de TI, elevar el capital requerido, reclutar personal, aportar la experiencia necesaria, involucrarse con terceros y garantizar que sus operaciones cumplan plenamente con todos los requisitos.

Permite a los solicitantes atraer el nivel requerido de inversión durante la fase restringida ya que los financiadores son conscientes de que el solicitante está en el camino de convertirse en un banco con licencia completa.

Una estrecha colaboración con el regulador durante la fase restringida podría facilitar el proceso de concesión de licencias para que los solicitantes comprendan que es lo que el regulador espera de ellos, antes de convertirse en un banco con licencia completa. Esto puede impactar positivamente en el nivel de cumplimiento de los nuevos bancos durante la fase restringida y posteriormente, luego de obtener la licencia completa.

Como resultado de todo esto, se puede permitir la entrada de pequeños actores disruptivos, que pueden ofrecer productos y servicios más asequibles a los menos atendidos, teniendo ventaja en modelos de negocios innovadores y menores costos operativos.

(...) Los legisladores deberían profundizar en el impacto potencial de un enfoque de este tipo en la inclusión financiera¹⁹.

Rescatamos tres puntos mencionados por la CGAP: el primero el relacionado con la consolidación de inversiones requeridas para el funcionamiento de la entidad; el segundo el relacionado con las buenas relaciones de coordinación con el ente regulador y de *compliance* normativo inherente a la actividad bancaria, y un tercero el referido a la apertura del sector a nuevos actores que a través de la innovación y la tecnología puedan ofrecer mejores servicios a sectores tradicionalmente excluidos del sector financiero.

¹⁷ *Starling Bank*, neobanco con sede en Londres, entro en la ruta de movilización en julio de 2016 y obtuvo su licencia completa en abril de 2017.

¹⁸ *Monzo Bank*, neobanco con sede en Londres, obtuvo su licencia completa en abril de 2017.

¹⁹ «*Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?...*»

2.1.c. Sistemas sin licenciamientos especiales para neobancos

Este enfoque regulatorio es el de aplicación preferente en la mayoría de los países. Según la CGAP²⁰, citando datos de una encuesta hecha por el Banco de Pagos Internacionales (BPI) en 2020 entre 31 jurisdicciones, se confirma que la mayoría de las jurisdicciones objeto de la encuesta, aplican las normativas bancarias ya existentes a los neobancos que solicitan licencia o autorización, sin hacer distinciones ni realizar tratamientos diferenciados a los mismos.

Entre las jurisdicciones destacadas que aplican este sistema se encuentran Brasil, Alemania y Surafrica. Como se verá más adelante, Venezuela también adhiere a este enfoque regulatorio.

Entre las ventajas de este sistema, la CGAP nos indica lo siguiente:

Licencias de todos los bancos con una gama similar de actividades permitidas bajo el mismo conjunto de reglas es más claro para los solicitantes, independientemente de si tiene sucursales o no y del estado de su adopción tecnológica.

Este enfoque crea igualdad de condiciones y cierra la puerta a arbitrajes regulatorios entre bancos tradicionales y bancos digitales.

No obstante, advierte igualmente la CGAP, que, dependiendo del contexto de cada jurisdicción, este enfoque regulatorio pudiera generar obstáculos para la implementación de nuevas tecnologías en el sector, entre las que se destacan la exigencia de que los bancos deban operar a través de un número mínimo de sucursales bancarias (oficinas físicas), restricción de entrada para nuevos actores (accionistas) o no permitir el uso de proveedores de servicios en la nube²¹.

En este sentido se recomienda siempre por parte de los entes reguladores la revisión y constante actualización de las normativas vigentes, a efectos que las mismas sirvan como instrumento de promoción de los nuevos modelos digitales, antes de fungir de obstáculos para la implementación de los mismos.

²⁰ «*Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?...*»

²¹ La normativa venezolana trae una confusa disposición en el artículo 97, numeral 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, sobre la prohibición de trasladar al exterior los centros de cómputos y bases de datos de los usuarios bancarios, que sean determinadas como “principales”. A partir de esta ambigua e incompleta disposición (el legislador establece que la SUDEBAN debe dictar la normativa prudencial que calificará cuales bases de datos son las que deben entenderse como “principales”, hecho que no se ha producido hasta ahora) existe cierta tendencia a ver en esta disposición una prohibición regulatoria a los bancos venezolanos para contratar con proveedores de servicios en la nube que les permita almacenar en la misma información relativa a sus clientes o usuarios.

3. Regulación en Venezuela

3.1. Autorización del modelo de neobanca en Venezuela

La neobanca en Venezuela tuvo un avance regulatorio de suma importancia en el año 2023, cuando la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) emite la Resolución N° 033.23²² (en lo adelante *La Resolución*) mediante cual autoriza el funcionamiento del primer neobanco venezolano²³.

La importancia del referido acto administrativo autorizatorio radica en que, por primera vez en el sector bancario nacional se le da viabilidad normativa al modelo de la neobanca, significando un extraordinario avance en el desarrollo y evolución de todo el sector, que coloca a Venezuela en el mapa de las jurisdicciones que expresamente reconocen este innovador modelo de negocios.

Del contenido específico de *La Resolución*, se deriva un conjunto de aspectos regulatorios indicados a continuación.

3.1.a. Enfoque de la regulación venezolana

De conformidad a *La Resolución*, la normativa venezolana se adhiere al sistema de autorización mayoritariamente utilizado en el mundo financiero, mediante el cual la autorización a los bancos digitales se otorga de conformidad a la normativa bancaria existente, no haciendo distinción de ningún cuando el solicitante es un banco digital o una entidad bancaria tradicional.

En este sentido, el contenido de *La Resolución* señala expresamente que la autorización concedida en dicho acto administrativo está fundamentada en los artículos 7, 9, 12 y 18 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (LISB), que es la normativa vigente bancaria en Venezuela desde el año 2014.

Adicionalmente se debe advertir que la regulación venezolana no establece ninguna fase previa de restricción o movilización limitada para las entidades solicitantes, tal como se estila bajo el sistema de autorización por fases previamente revisado en la Sección II. No obstante lo anterior, sí se establece en *La Resolución* un plazo de noventa (90) días continuos contados a partir de la notificación respectiva, para que el banco digital autorizado proceda a iniciar operaciones.

²² Emitida en fecha 26-07-2023, y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.693 de fecha 16 de agosto de 2023.

²³ La entidad autorizada se denomina “N58 Banco Digital Banco Microfinanciero”.

Ese plazo de noventa días puede entenderse como un periodo establecido por el ente regulador para que el banco digital autorizado termine de finiquitar todas las actividades relacionadas con sus desarrollos tecnológicos, capital humano, procesos operativos y sistemas internos de control, posiblemente susceptible de alguna eventual prórroga de ser el caso.

3.1.b. Tipo de entidad autorizada y ámbito de operaciones

De conformidad a *La Resolución*, la entidad *N58 Banco Digital Banco Microfinanciero* está autorizada a prestar servicios bajo la figura de “Banco Microfinanciero”, el cual configura a su vez una de las modalidades de las denominadas “instituciones bancarias especializadas” establecidas por el legislador bancario.

A los efectos de la LISB²⁴, un Banco Microfinanciero tiene por objeto principal:

(...) fomentar, financiar o promover las actividades de producción de bienes y servicios de las pequeñas y medianas empresas, de la economía popular y alternativa, de los microempresarios y microempresas. Otorgando créditos bajo parámetros de calificación y de cuantía diferentes del resto de instituciones bancarias y realizan las demás actividades de intermediación financiera y servicios financieros compatibles con su naturaleza (...)

En este sentido, el ente regulador venezolano ha autorizado la viabilidad normativa del modelo de neobanca en Venezuela, pero por los momentos dirigido específicamente a un sector particular: el sistema microfinanciero, el cual es definido por la SUDEBAN de la siguiente forma:

Conjunto de entes u organizaciones públicos o privados que mediante el otorgamiento de servicios financieros y no financieros; fomenten, promocionen, intermedien o financien a personas naturales, microempresarios, y personas jurídicas organizadas en unidades asociativas o microempresas, en áreas rurales y urbanas²⁵.

El modelo de neobanca autorizado por *La Resolución*, está circunscrito al otorgamiento de servicios financieros y no financieros dirigidos a personas naturales, microempresarios y microempresas, los cuales serán prestados de manera 100% digital por la entidad autorizada, la cual podrá otorgar créditos bajo parámetros de calificación y cuantía alternos a los que establece la banca tradicional en Venezuela.

Lo anterior es cónsono con el ámbito de actividades de la neobanca a nivel mundial, donde la misma se concibe fundamentalmente como un instrumento que promue-

²⁴ LISB, Artículo 12.

²⁵ Resolución SUDEBAN N° 021.18 de fecha 05/04/2018, contentiva de las Normas relativas a las características y clasificación de riesgo del sistema microfinanciero y de las pequeñas y medianas empresas.

ve la inclusión financiera a través del ofrecimiento de productos y servicios a sectores tradicionalmente excluidos por la banca tradicional, incluyendo los pequeños y medianos empresarios.

3.1.c. Modelo de negocio y misión de la entidad autorizada

Según el contenido de *La Resolución*, la entidad autorizada presenta un modelo de negocio completamente compatible con las características de un neobanco, estableciendo una atención completamente digital apalancado en el desarrollo de la tecnología con el objetivo de crear productos y servicios bancarios flexibles y ágiles para los clientes, en un esquema 24 x 7.

En efecto, el modelo de negocio de la entidad autorizada está orientado:

(...) hacia la opción de un Banco 100% Digital enmarcado en el sector microfinanciero venezolano que pretende ofrecer una banca con capacidad de adoptar nuevos conceptos y tecnologías de manera rápida, con lo cual permite reaccionar de forma ágil a la demanda del mercado, atendiendo digitalmente a la necesidad del usuario, sustentado en tecnologías de la información (TIC) a través de la web y los diversos servicios móviles disponibles, orientada al consumidor mediante soluciones personalizadas basadas en el conocimiento del usuario, su interfaz, procesos en tiempo real y apertura a las redes sociales e internet²⁶.

En cuanto a la misión del neobanco autorizado, SUDEBAN indica lo siguiente:

Su misión consiste en proveer servicios y productos bancarios accesibles a todos, donde se disfrute de una economía tecnológica, brindando seguridad en la plataforma digital. La premisa es la redefinición de la forma de otorgar créditos con agilidad y mediante canales digitales que garanticen el acceso al capital que necesitan los clientes para crecer, crear empleo y potenciar la economía, con una gestión de riesgos adaptada a las mejores prácticas nacionales e internacionales, implantada en todos los niveles de gobierno corporativo del Banco Digital Microfinanciero²⁷.

Como puede observarse, el tema de la inclusión financiera está indicado expresamente en la misión del neobanco autorizado, asegurándose dicha inclusión a través de la oferta de productos y servicios accesibles para todos. De igual importancia es lo referido a la “redefinición” en la forma de otorgar créditos, en la cual se ratifica que la misma se hará exclusivamente a través de canales digitales que aseguren la agilidad de los mismos²⁸.

²⁶ Resolución SUDEBAN N° 033.23

²⁷ Resolución SUDEBAN N° 033.23

²⁸ Potencialmente a través de un *score* crediticio alternativo y complementario que utilice *big data* e inteligencia artificial, propio de la modalidad crediticia de los neobancos.

3.1.d. Operatividad 100% digital

Aspecto de suma importancia desde la vertical regulatoria, y que constituye un hecho sin precedentes en la normativa bancaria nacional, es la viabilidad normativa que la SUDEBAN ha otorgado, a través de *La Resolución*, a la posibilidad cierta de prestación de servicios bancarios en Venezuela en modalidad 100% digital, lo cual constituye una de las principales características del modelo de la neobanca.

Al respecto, la misma SUDEBAN indica, al referirse al enfoque de las actividades del neobanco *N58*, lo siguiente:

El enfoque se apoya en las nuevas tecnologías para ofrecer productos, cuyas operaciones y transacciones son 100% digitales, por medio de la web, APP y operaciones SMS, con acceso disponible y permanente las 24 horas de los siete (7) días de la semana²⁹.

Lo anterior supone el reconocimiento normativo a una realidad inherente al modelo de neobanca: la total y completa ausencia de oficinas físicas o sucursales en la prestación de los servicios bancarios, hecho que, a través de *La Resolución*, ha sido autorizado por la SUDEBAN, lo que crea un precedente administrativo de suma importancia para el desarrollo y modernización del sector bancario en Venezuela.

Si bien el reconocimiento y viabilidad normativa dada a través de la autorización regulatoria otorgada por la SUDEBAN de prestación de servicios bancarios en modalidad completamente digital se circunscribe actualmente al sector microfinanciero, nada obsta para que en un futuro cercano no pueda aprobarse una autorización similar para una modalidad de banca universal, que sería el siguiente paso regulatorio de envergadura que pudiera verificarse en la neobanca venezolana.

3.2. Impacto regulatorio

Revisados los principales aspectos del contenido de *La Resolución*, no queda dudas del gran impacto que a nivel regulatorio puede significar este acto administrativo autorizador para el desarrollo y evolución del sector bancario nacional, los cuales van desde la promoción de nuevos actores digitales para el sector hasta la eventual transformación, en el mediano plazo, de los modelos de negocios que actualmente hacen vida en la banca venezolana.

²⁹ Resolución SUDEBAN N° 033.23

3.2.a. Precedente administrativo

Una primera consecuencia que podemos derivar del contenido de *La Resolución*, es la posibilidad de ser utilizado como precedente administrativo formal para futuras solicitudes de autorización realizadas por entidades digitales y nuevos actores que aspiren a ingresar al sector bancario venezolano a través del modelo de la neobanca.

Al respecto, si bien la figura del precedente administrativo no es una fuente completamente vinculante para la Administración al momento de dictar decisiones en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, no deja de ser un recurso válido que puede servir de recaudo adicional a cualquier solicitud futura de autorización realizada al ente regulador que incluya como petición la autorización de un modelo de neobanca.

La importancia del precedente administrativo es explicada en esta forma por Araujo-Juárez³⁰:

La función del precedente administrativo en el Derecho Administrativo es importantísima, aunque no tenga el rango de fuente.

En efecto, son varias las funciones que cumple el precedente administrativo:

- i. Obliga a motivar el acto administrativo (Artículo 11, LOPA);
- ii. El acto administrativo que rompe el precedente administrativo incurrirá en anulabilidad manifiesta;
- iii. Constituye un control de la discrecionalidad mediante el juego del principio de igualdad; y
- iv. Tienen carácter vinculante en algunas materias (fiscal y financiera).

Lo anterior asume mayor probabilidad de certeza si, como en el caso del Banco Digital N58, otro neobanco dirigido exclusivamente al sector microfinanciero solicitara la debida autorización regulatoria, lo que supondría en principio el cumplimiento de las mismas condiciones establecidas para la entidad digital autorizada por *La Resolución*.

Menos claro se vería la fortaleza del precedente administrativo si se tratara de una entidad que, aunque autónoma igualmente de los sectores tradicionales de la banca, solicitara una autorización para ejercer como banco universal bajo un modelo de negocio de neobanca, o si la entidad solicitante estuviera relacionada de alguna forma con entidades previamente autorizadas por la SUDEBAN para funcionar como institución del sector bancario (por ejemplo, bancos universales).

³⁰ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo Parte General* (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), 233.

A todo evento, lo importante a resaltar es que ya existe un hecho autorizatorio del ente regulador que ha dado viabilidad normativa al modelo de negocio de la neobanca, y a partir de dicho precedente administrativo, queda abierta la vía regulatoria para autorizaciones posteriores a modelos similares de negocios.

3.2.b. Promoción de nuevos actores en el sector bancario venezolano

Otra consecuencia regulatoria que puede derivarse del contenido de *La Resolución* es la voluntad declarada del ente regulador de promover la incorporación de nuevos actores en el sector bancario venezolano, siguiendo la tendencia dominante en el mundo de la neobanca a nivel global.

En este sentido la CGAP³¹ ha indicado:

Los reguladores de todo el mundo reconocen la necesidad de aumentar la competencia en su mercado e impulsar su modernización, lo que traería mejores resultados para los clientes.

Esta es la razón por la que algunos reguladores querían atraer a nuevos jugadores con nuevos y distintivos modelos de negocios potencialmente disruptivos que puedan aprovechar las nuevas tecnologías para ofrecer mejores y más baratos servicios bancarios. La expectativa es que la entrada de un mayor número de bancos digitales puede atraer más competencia y empujar a los incumbents a responder mejorando sus ofertas con precios más bajos, mayor variedad y calidad de servicio que satisfagan mejor las necesidades de los clientes, incluidos los desatendidos.

A través de *La Resolución* se hace evidente que la SUDEBAN está propiciando la modernización del sector bancario venezolano a través del aumento en la competencia que significa la autorización de un neobanco para el sector microfinanciero, que cuenta con un modelo de negocio totalmente disruptivo en relación al sector bancario tradicional y que sin duda obligará a las entidades tradicionales a seguir mejorando sus ofertas de servicios, para no verse desplazados por estos nuevos actores en el corto y mediano plazo.

En este sentido, *La Resolución* puede entenderse como una invitación abierta para todas aquellas entidades digitales y sectores disruptivos que, apalancados en el modelo de neobanca, quieran ingresar como nuevos actores en el sector bancario venezolano.

³¹ «Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?...»

3.2.c. Fomento de la innovación en el sector

Otra consecuencia regulatoria evidente del contenido de *La Resolución*, es la intención declarada y expresa de la SUDEBAN de acometer políticas normativas que fomenten en todo momento el desarrollo y crecimiento de la innovación financiera en el sector bancario venezolano.

Dicha intención es conteste con lo declarado por muchas regulaciones a nivel mundial, especialmente aquellas que adoptan el enfoque regulatorio que prescribe el otorgamiento de licencias especiales para los neobancos (Malasia, Corea, Singapur) que declaran como objetivo fundamental al establecer dicho sistema, la necesidad de promover la innovación financiera a través de la autorización de entidades digitales totalmente diferenciadas de las entidades de la banca tradicional.

La regulación venezolana, sin llegar al punto de adoptar el enfoque regulatorio que distingue licenciamientos especiales para los neobancos, si contiene disposiciones que permiten deducir esa intención de fomentar en todo momento la innovación en el sector. Un ejemplo reciente lo constituye la normativa *fintech*³² dictada por la SUDEBAN en el año 2021, que regula de las condiciones de actuación de este tipo de empresas en el sector bancario.

Con la emisión de *La Resolución*, y a través de la viabilidad normativa brindada al modelo de la neobanca, no queda dudas de que la SUDEBAN reconoce y por ende fomenta la innovación financiera como una baza de suma importancia para el desarrollo del sector, lo cual sin dudas tendrá un efecto positivo determinante en aspectos inherentes al mismo, como por ejemplo la inclusión financiera, abaratamiento de costos, servicios más personalizados y apertura para nuevos actores en el mercado, siendo el cliente bancario el beneficiario final de todo este proceso.

3.2.d. Transformación de la banca tradicional

Como consecuencia indirecta del contenido de *La Resolución*, podemos mencionar la necesaria transformación que deberá producirse en la banca tradicional venezolana en relación al precedente administrativo que prácticamente le ha abierto las puertas del sector bancario a nuevos actores digitales.

Si bien la banca tradicional venezolana ha iniciado desde hace ya algún tiempo procesos internos de transformación digital que le han permitido diversificar sus ofertas en canales multimodales (digitales y físicos), actualmente las entidades que la confor-

³² Resolución SUDEBAN N° 001.21 de fecha 4 de enero de 2021, contentiva de las Normas que regulan los servicios de tecnología financiera (FINTECH); Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de fecha 6 de julio de 2021.

man presenta retos importantes referidos a su real capacidad para competir con entidades digitales como los neobancos, llegado el caso de producirse un ingreso importante de estos actores en el sector bancario venezolano.

Parte de esos retos se explican desde el punto de vista de limitantes derivadas de su naturaleza de banca tradicional: al tener toda una red de infraestructura física (oficinas y sucursales) diseñadas para atender un mercado que ya no existe, se ven obligadas a invertir en el mantenimiento de las mismas, con el consiguiente sacrificio financiero que esto conlleva, lo que a su vez les impide realizar nuevas inversiones en desarrollos tecnológicos de vanguardia.

Esta limitante se ve acrecentada por la política regulatoria del ente supervisor venezolano, que, si bien por un lado fomenta la innovación y la modernización del sector, por el otro parece totalmente cerrado a permitir acciones concretas que le permitan a la banca tradicional avanzar en el camino del desarrollo tecnológico. Un ejemplo claro de esto es la política regulatoria de impedir, muchas veces con argumentos pocos convincentes desde el punto de vista de la racionalidad administrativa, el cierre de oficinas y sucursales físicas solicitadas por la banca tradicional³³ no obstante las argumentaciones de peso expuestas por los mismos bancos que justifican dichos cierres.

A pesar de estas limitantes, creemos que del contenido de *La Resolución* se presentan igualmente nuevas oportunidades de transformación para la banca tradicional venezolana, las cuales pueden permitir su inserción efectiva como jugadores activos en el mundo de la neobanca, que pueden ir desde alianzas estratégicas con empresas *fintech* para desarrollar este modelo de negocio (corto y mediano plazo) hasta la transformación total de estas entidades en un neobanco (largo plazo).

3.3. Retos de la regulación

Al asumir la regulación venezolana un enfoque que viabiliza normativamente la figura de la neobanca en el sector bancario, se abre un abanico de retos sobre la misma regulación, que abarca la asunción de políticas e iniciativas que puedan permitir la inserción efectiva del desarrollo y la innovación financiera en toda la normativa prudencial que sea dictada al efecto.

Componente fundamental de ese abanico de retos debe ser la revisión y actualización de varias normativas actualmente vigentes, que, de una u otra forma, pudieran estar significando obstáculos y limitantes para el desarrollo pleno del modelo de neobanca y la innovación que el mismo trae aparejada.

³³ De conformidad a la Resolución SUDEBAN N° 194.11 de fecha 7 de noviembre de 2011, todo cierre definitivo de una agencia, oficina o sucursal, debe ser autorizado previamente por el ente regulador.

Entre esas normativas vigentes consideramos que una de primordial importancia es la relativa a las autorizaciones para el cierre de oficinas físicas de la banca tradicional. Bajo el entendimiento de que el modelo de negocio bancario puede prestarse sin necesidad de contar con este tipo de infraestructura (declarado por la misma SUDEBAN a través de *La Resolución*) se hace evidente que el tratamiento regulatorio dado hasta ahora en este tema, debería ser modificado a partir de los principios de racionalidad y oportunidad, inherentes a la actividad de la Administración.

Si el ente regulador venezolano ha entendido que, a través de la tecnología, es posible prestar un servicio bancario de calidad al cliente sin necesidad de contar con oficinas físicas (modelo de neobanca) no tendría entonces ningún sentido que a la banca tradicional se le siga exigiendo mantenerse atada a una infraestructura física que, antes de contribuir al desarrollo tecnológico y a la innovación, supone un serio obstáculo desde el punto de vista operativo y de gastos.

En este sentido, pudiera revisarse la conveniencia de establecer de un “mínimo” de oficinas físicas existentes para las entidades tradicionales, dependiendo de su tamaño, número de clientes y alcance geográfico nacional, y teniendo siempre presente aspectos relacionados con la viabilidad económica inherente al mantenimiento de esa infraestructura y la demanda real de clientes en esas oficinas.

Lo anterior se relaciona igualmente con el respeto a la libre competencia que debe promoverse en el mercado bancario. En este sentido, si la intención del ente regulador es promover y permitir la entrada de nuevos actores digitales en el sector, deberá tomar todas las acciones tendientes a permitir un “juego limpio” desde el punto de vista de la competencia entre estos nuevos actores y la banca tradicional.

Parte de esto pasa necesariamente por permitir un cauce regulatorio que les permita a las entidades tradicionales optimizar sus recursos financieros (por ejemplo, a través de la reordenación de su infraestructura física) en aras de poder mantenerse a la vanguardia del desarrollo tecnológico, que demanda importantes y cuantiosas inversiones. Una política regulatoria que le impida a las entidades tradicionales competir en igualdad de condiciones con los nuevos actores digitales (que al no tener oficinas físicas manejan costos operativos menores) sencillamente sería atentatorio a las reglas de juego limpio que informan a la libre competencia, sin mencionar que se estaría impidiendo el desarrollo efectivo de la innovación financiera y de servicios por parte de las entidades tradicionales.

Otro reto importante de la regulación será la eventual ampliación del modelo de la neobanca al segmento de la banca universal, sector donde hacen vida la mayoría de las instituciones bancarias en Venezuela, lo cual supone un paso natural en la evolución de este modelo de negocios en el sector bancario nacional.

De igual importancia pudieran ser objeto de revisión los requerimientos regulatorios para constituirse en accionistas de entidades bancarias, pudiendo sopesarse la posibilidad de flexibilizar algunos de ellos a efectos de ajustarlos a los objetivos declarados de la regulación de atraer nuevos actores al sector, principalmente provenientes del sector tecnológico.

Otra normativa que pudiese ser revisada con miras a su ampliación de cara al modelo de la neobanca es la normativa *fintech* emitida por la SUDEBAN, específicamente en lo relativo a las denominadas “alianzas estratégicas”³⁴ a que se hace mención en dicha normativa. En este aspecto, creemos que este tipo de alianzas pueden ser determinantes para futuros modelos de neobanca que incluyan la colaboración directa entre entidades tradicionales y empresas *fintech*.

Otro aspecto regulatorio susceptible de revisión es el que toca a los denominados “grupos financieros” y “empresas relacionadas”, los cuales en la actual regulación financiera presentan disposiciones confusas que, en todo caso, parecen prohibir y restringir estas figuras para el sector bancario³⁵.

En un esquema regulatorio que reconoce la viabilidad normativa de la figura de la neobanca, se hace sumamente importante revisar la temática de los grupos financieros, dado que la experiencia en el derecho comparado ha demostrado la importancia que, en el desarrollo de este modelo han tenido los neobancos surgidos precisamente como empresas relacionadas o subsidiarias de entidades bancarias tradicionales³⁶, las cuales aprovechan la experiencia de estas instituciones en el negocio bancario para apalancar aún más el potencial y alcance de la neobanca en el mercado donde actúan.

De igual importancia podría ser la eventual inclusión de disposiciones que incluyan de manera paralela a la regulación vigente, un sistema de autorización por fases (modelo británico) que permita una actuación restringida de las entidades solicitantes por un lapso de tiempo determinado, lo cual permitiría la ejecución de diversas actividades de prueba y coordinación con el ente supervisor antes de la incorporación total de la entidad solicitante al sector bancario venezolano.

Este sistema de autorización por fases luce ideal sobre todo para todos aquellos modelos de neobanca que requieran una “fase de prueba” o “*sandbox* regulatorio” antes de implementarse en el mercado, así como aprovechar la referida fase para asegurar más inversiones, optimizar sus desarrollos tecnológicos, contratar personal y blindar

³⁴ Resolución N° 001.21, Artículo 1.

³⁵ Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, Artículo 7.

³⁶ Por ejemplo, en Colombia, *Nequi*, que es el neobanco del grupo bancario Bancolombia. En similares términos, *Openbank*, el neobanco del grupo financiero español Santander.

sus sistemas de control interno y de riesgos.

Finalmente, la regulación bancaria sobre el modelo de neobanca en Venezuela tendrá que ajustar y actualizar sus disposiciones, en un proceso de desemboque en un cauce regulatorio que permita en el largo plazo una eventual transformación de una entidad tradicional en un neobanco, hecho que, a nuestra consideración, es algo que luce inevitable en lo que se refiere a la evolución de la banca a nivel mundial.

CONCLUSIONES

El desarrollo exponencial de la tecnología y su aplicación al sector de las finanzas ha traído como consecuencia el nacimiento de iniciativas de negocios que descubrieron en el sector bancario un nicho importante donde poder insertarse como actores relevantes.

Entre esas iniciativas de negocios, surgió el modelo de la neobanca, a través del cual y gracias al desarrollo de plataformas e interfaces tecnológicas, se tiene la capacidad de prestar servicios bancarios integrales sin necesidad de contar con oficinas y sucursales físicas, facilitando en el proceso la experiencia del cliente y ofreciendo a su vez productos y servicios más personalizados y flexibles.

El modelo de la neobanca ha penetrado con éxito en los distintos mercados financieros, y su crecimiento y desarrollo hizo necesario el desarrollo de la respectiva normativa regulatoria dirigida a darle viabilidad normativa a este modelo de negocios.

Actualmente existen en el mundo financiero tres sistemas o enfoques regulatorios dirigidos al tratamiento de la neobanca, haciéndose énfasis en el tema del otorgamiento de la licencia bancaria o autorización de funcionamiento.

La regulación venezolana adhiere al sistema de regulación que no hace distinción entre un banco digital y un banco del sector tradicional a efectos de su autorización, tal como quedó evidenciado con la autorización del primer neobanco venezolano en el mes de julio del año 2023.

La autorización normativa del primer neobanco venezolano se constituye en una señal de suma importancia para el mercado acerca de la voluntad del ente regulador de apuntalar la innovación del sector a través del fomento de nuevos actores digitales, lo que permite a su vez el crecimiento de la competencia y facilita la inclusión financiera de la población.

Al mismo tiempo, con la referida autorización se plantean importantes retos y oportunidades, tanto para las entidades que conforman la banca tradicional, como para la regulación vigente y futura a desarrollar por los entes reguladores del sector.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo-Juárez, José. «Derecho Administrativo Parte General». Caracas, Ediciones Paredes, 2007.
- Banco BBVA. «Neobancos: ¿Qué son y cómo operan? ». Acceso el 5 de noviembre de 2023. <https://www.bbva.com/es/neobancos-que-son-y-como-operan/>
- Banco Bancolombia. «Neobancos: Startups, Fintechs y Neobancos: ¿son lo mismo? ». Acceso el 8 de noviembre de 2023. <https://www.bancolombia.com/educacion-financiera/inversiones/startups-fintech-neobancos#:~:text=Las%20Fintechs%20al%20ser%20compa%C3%B1%C3%ADas,de%20una%20forma%20100%25%20digital>
- Banco Santander. «¿Qué es una startup?». Acceso el 7 de noviembre de 2023. <https://www.santander.com/es/stories/que-es-una-startup#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20una%20startup%20y,tiene%20grandes%20posibilidades%20de%20crecimiento>
- CGAP. «*Digital Banks: How Can They be Regulated to Deepen Financial Inclusion?*». Acceso el 9 de noviembre de 2023. <https://www.cgap.org/research/reading-deck/digital-banks-how-can-they-be-regulated-to-deepen-financial-inclusion>
- Coinscrap Finance. «Neobancos: que son y que les diferencia de la banca tradicional». Acceso el 6 de noviembre de 2023. <https://coinscrapfinance.com/es/fintech-news/neobancos-que-son-y-que-les-diferencia-de-la-banca-tradicional/>
- Hubspot. «¿Qué es una startup? Definición, características, tipos y ejemplos»,». Acceso el 7 de noviembre de 2023. <https://blog.hubspot.es/sales/que-es-startup>
- Martínez Navarro, Tomás. «Fintech en el sector bancario: sus externalidades positivas y la necesidad de un nuevo marco regulatorio». Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 13, 2020, Acceso el 8 de noviembre de 2023. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-241-277.pdf>
- Pérez-Vásquez, M.A., Prieto-Baldovino, F.H., Díaz-Pertuz, L.A., & Noboa-Silva, A. . «Los Neobancos: Un nuevo modelo de negocio en el ecosistema financiero global en tiempos de COVID-19 y su impacto en la economía colombiana». Económicas CUC. Acceso el 5 de noviembre de 2023. <https://doi.org/10.17981/econcuc.44.2.2023.Econ.4>
- World Finance. «The unstoppable rise of neobanks»,. Acceso el 7 de noviembre de 2023. <https://www.worldfinance.com/banking/the-unstoppable-rise-of-neobanks>
- Leyes y Normativas
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010. Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. Reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 21 de diciembre de 2010.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014. Ley de las Instituciones del Sector Bancario.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de fecha 6 de julio de 2021. Resolución SUDEBAN N° 001.21 de fecha 4 de enero de 2021, contentiva de las Normas que regulan los servicios de tecnología financiera (FINTECH).
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.708 de fecha 7 de julio de 2011. Resolución SUDEBAN N° 194.11 de fecha 7 de julio de 2011, contentiva de las Normas

para la apertura, traslado o cierre de agencias, oficinas, sucursales y centros de negocio e instalación y cierre de taquillas externas, taquillas asociadas, mostradores informativos, cajeros automáticos o electrónicos y otras modalidades de atención a clientes y usuarios y usuarias, en el territorio nacional.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.693 de fecha 16 de agosto de 2023. Resolución SUDEBAN N° 033.23 de fecha 26 de julio de 2023.

Resolución SUDEBAN N° 021.18 de fecha 05/04/2018, contentiva de las Normas relativas a las características y clasificación de riesgo del sistema microfinanciero y de las pequeñas y medianas empresas.

Elementos esenciales para la constitución y protección de la franquicia en Venezuela

Deysi Carolina Labrador Oliveros*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 425-447

Resumen: El presente trabajo aborda los elementos esenciales para la constitución y protección de la franquicia en Venezuela mediante la identificación de las características que debe presentar un negocio para convertirse en franquicia, así como la revisión de las disposiciones legales vigentes que puedan ser aplicadas a esta figura para su protección, siendo que en la actualidad no existe una disposición especial en la materia, lo que ha motivado que el contrato de franquicia sea la principal herramienta de regulación de la relación comercial entre las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Palabras clave: Franquicia, Contrato de franquicia, Normativa aplicable.

Essential elements for the constitution and protection of the franchise in Venezuela.

Abstract: *This paper addresses the essential elements for the constitution and protection of the franchise in Venezuela by identifying the characteristics that a business must present in order to become a franchise, as well as the review of the legal provisions in force that can be applied to this figure for its protection, being that at present there is no special provision on the matter, which has motivated the franchise contract to be the main tool for the regulation of the commercial relationship between the parties by virtue of the principle of autonomy of the will.*

Keywords: *Franchise, Franchise contract, Applicable law.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Gerencia de Proyectos, mención *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Diplomado en Gerencia Integral de Franquicias, Centro de Extensión, Desarrollo Ejecutivo y Consultoría Organizacional de la Universidad Metropolitana.

Elementos esenciales para la constitución y protección de la franquicia en Venezuela

Deysi Carolina Labrador Oliveros*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 425-447

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Consideraciones generales sobre las franquicias. 1.1. Origen, evolución y desarrollo de la franquicia. 1.2. La Franquicia. 1.3. Características de un negocio para convertirse en franquicia. 2. Marco jurídico de las franquicias en Venezuela. 3. El contrato de franquicia. 3.1. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia. 3.2. El contenido del contrato de franquicia.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La franquicia es un mecanismo de crecimiento y expansión de los negocios del tipo colaborativo, en donde dos partes, empresarios independientes, operando bajo una misma marca y ciertos conocimientos técnicos, comparten objetivos e intereses en común.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico venezolano no existe un marco regulatorio específico para la franquicia, encontrándose dispersa en varias normativas y regulaciones. Sin embargo, esta situación no ha sido un obstáculo para el desarrollo y consolidación de la franquicia en el mercado venezolano, pues los sujetos interesados han encontrado diversos mecanismos para garantizar su funcionamiento y contemplar los derechos y obligaciones que vinculan a las partes.

En este sentido, dentro de las actividades previas al otorgamiento de la franquicia, el franquiciante (dueño de un concepto de negocio) tendrá que desarrollar el paquete de instrumentos que sustenten el concepto, entre los que destaca la Circular de Oferta de Franquicia (COF) y los instrumentos financieros, así como aquellos que serán necesarios durante la fase preliminar de la negociación entre las partes para garantizar que el franquiciado no divulgue la información de la franquicia que obligatoriamente debe ser compartida por el franquiciante para que el candidato entienda el alcance del

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Gerencia de Proyectos, mención *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Diplomado en Gerencia Integral de Franquicias, Centro de Extensión, Desarrollo Ejecutivo y Consultoría Organizacional de la Universidad Metropolitana.

negocio que pretende emprender, también denominados acuerdos preparatorios, siendo los más comunes la carta de intención u opción de franquicia y los acuerdos de confidencialidad.

Asimismo, el contrato de franquicia se convierte en el principal instrumento por excelencia que deben suscribir las partes interesadas en la instalación, puesta en marcha y funcionamiento de una unidad bajo un determinado sistema de franquicia. En este instrumento se materializa el principio de autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual, pues como todo contrato, involucra un acuerdo de voluntades en el que franquiciante y franquiciado deben ver reflejados los derechos y obligaciones que ordenarán su relación comercial.

Reconociendo la relevancia que tiene la franquicia en el país, se debe incentivar a cada una de las partes ejerza en toda su extensión el rol que le corresponde dentro de la relación comercial, lo contrario sería una crónica de un fracaso anunciado.

1. Consideraciones generales sobre las franquicias

En líneas generales, el franquiciante es el sujeto que expande el negocio, mientras que franquiciado es la persona que hace la inversión necesaria para instalar y operar un concepto de negocio¹.

Una de las principales razones para plegarse al formato de franquicia obedece a la limitación de recursos de una empresa para crecer a través de la instalación de unidades propias, lo que se justifica bajo la teoría de los recursos escasos² No obstante, la decisión de franquiciarse podría obedecer más a aspectos prácticos que a económicos, siendo el sistema de franquicia una herramienta de negocio que favorece la rápida reproducción del negocio con mayor eficacia, menores riesgos financieros e inversión de recursos propios. Otra posibilidad que enmarca la decisión de franquiciarse podría “responder a la necesidad de acrecentar activos estratégicos, tales como marca, visibilidad de unidades o eficiencia de servicios (investigación, asistencia técnica, capacidades gerenciales), que hagan más competitivo el formato y potencien su valor a lo largo del tiempo”³.

¹ Aunque en la dinámica comercial se presentan casos en donde el franquiciado realiza la inversión, pero delega la operación y administración del negocio al franquiciante.

² “El problema económico fundamental para la sociedad es cómo conciliar el conflicto entre los deseos casi ilimitados de bienes y servicios de la gente y la escasez de recursos (trabajo, maquinaria y materias primas) con los que pueden producirse estos bienes y servicios”, David Begg, et al., *Economía* (Madrid: McGraw-Hill España, 2006), 3. <https://elibro.net/es/ereader/ucab/50090?page=34>.

³ Alberto Mirabal y Luis Sigala, «*Franquicia corporativa: ¿Red de sucursales o filiales con tutela extranjera?*» Debates IESA (2018): 20-22. <http://www.debatesiesa.com/debatesweb/wp-content/uploads/2019/02/Mirabal-Sigala-Franquicia-corporativa.pdf>

1.1. Origen, evolución y desarrollo de la franquicia.

La franquicia ha tenido gran relevancia desde sus orígenes⁴, a tal punto que se llega a comparar el impacto de su aparición con el de la Revolución Industrial⁵. No obstante, el surgimiento de la franquicia como la conocemos hoy se ubica entre la década de 1850 y 1860, cuando la compañía estadounidense I. M. Singer & Company, especializada en la producción de máquinas de coser, se enfrenta problemas debido a la amplia capacidad de producción de máquinas en contraposición a su limitada capacidad de distribución. Para solventar este inconveniente, la compañía delineó una estrategia que consistía en vender a los comerciantes nacionales las máquinas, y brindarles la capacitación necesaria para su operación. Posteriormente, se abrirían establecimientos bajo el régimen de concesión para la venta de las máquinas, correspondiendo a los comerciantes un determinado margen de ganancias sobre el producto de la venta.

Años más tarde, compañías como la Coca Cola, General Motors o Hertz Rent-a-Car, replicaron el sistema de franquicias de la empresa estadounidense con sus correspondientes variantes⁶.

Ahora bien, explica Llain que la franquicia “se desarrolló de manera más estructurada después de la Segunda Guerra Mundial, cuando esta figura se fundamentó “en la subordinación a la política comercial del franquiciado a un plan diseñado por el franquiciador, actuando la red como empresa única” (Lorenzetti, citado por Izusquiza, 2008, p. 12)”⁷.

En este sentido, si bien la explotación de un negocio a través del formato de franquicias no es reciente, hoy la globalización y los avances tecnológicos siguen impregnándola de la novedad y utilidad de otrora. Dentro de las causas de evolución y desarrollo de la franquicia, Bermúdez⁸ describe las siguientes:

- a. Las nuevas tendencias y modificaciones en el sistema de distribución.

⁴ “La mayoría de los autores ubican sus orígenes en la Edad Media, durante el periodo de las cruzadas, encontrándose evidencias de este sistema de negocio en los códigos mercantiles y el derecho consuetudinario de la época, así como en la recaudación de impuestos en Inglaterra y la organización de los monasterios cistercienses medievales-siglo XII-”. Karelys Osta, «Evolución histórica de la franquicia y su impacto en la economía mundial», *Ingeniería y Sociedad UC*. (s.a), 118-126. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/ingenieria/revista/n2-2006/2-7.pdf>

⁵ Guillermo Bermúdez. *La Franquicia: Elementos, Relaciones y Estrategias* (Madrid: ESIC Editorial, 2002), 67, <https://books.google.co.ve/books?id=kc3etZc7xSwC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

⁶ Por ejemplo, apunta Llain que “El sistema de Coca Cola era similar al de Singer en la medida en que otorgaba licencias a vendedores independientes, para que estos a su vez distribuyeran el producto bajo su propio riesgo, en territorios exclusivos a cambio de una contraprestación” Shirley Llain, «El contrato de franquicia internacional». *En Contrato de franquicia internacional en el marco del TLC Colombia-USA: perspectivas jurídicas y económicas*, ed. Silvana Insignares, 1-26. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte, 2015, <https://elibro.net/es/ereader/ucab/69978?page=17>

⁷ Shirley Llain, «El contrato de franquicia internacional...», 4.

⁸ Bermúdez, *La franquicia...*, 67-74.

- b. El sistema tradicional de distribución fue objeto de varios cambios, entre los que destacan: el aumento del tamaño de las empresas comerciales, la ampliación del mercado objeto, una mayor atención a la calidad del servicio, y la sinergia y economías de escala que alcanzaron las empresas como consecuencia de su volumen de compra, en donde los franquiciantes que actúan como central de compra de su red de franquiciados, obtienen importantes descuentos y en consecuencia un incremento a su competitividad.
- c. Las innovaciones tecnológicas.
- d. Las empresas franquiciantes tienen el compromiso de realizar inversiones tecnológicas para mantener su competitividad en el mercado, ya que mantenerse al margen de estos podría implicar su desaparición del mercado en un corto plazo, mientras que al franquiciado le corresponde aplicar el *know how* (o “saber hacer”) y emplear los elementos tecnológicos indicados.
- e. Los cambios sociológicos.
- f. Se puede analizar la transformación sociocultural en el mundo desde dos vertientes: i) Modificación de la estructura de bloques: Se caracteriza por la preeminencia de una estructura socio-política mundial diferenciada entre el bloque capitalista y el bloque comunista, con sus respectivos matices; y, ii) Cambios en las características del mercado: Existe una metamorfosis social caracterizada principalmente: 1) por una preferencia por la calidad de los productos que se adquieren y los servicios que se prestan, 2) por la necesidad de confiar en una marca o en un establecimiento, 3) la saturación del mercado con numerosos productos sustitutivos que cubren las mismas necesidades y la necesidad de un marketing específico que diferencia cada producto; y, 4) Cambio en la estructura familiar y en el papel social de la mujer.
- g. Eficiencia empresarial.
- h. Caracterizada principalmente por la profesionalización de los productos y servicios ofertados, mediante los cuales las franquicias ofrecen diversas respuestas a las necesidades de los grandes y pequeños empresarios, abordando aspectos como su estructura, gestión, poder de negociación y economías de escala, y al mismo tiempo responde a las necesidades de los consumidores que son cada día más sofisticadas y exigentes.
- i. Adecuada promoción del sector.
- j. Aunque los comerciantes son los protagonistas en el desarrollo del formato de franquicia, también debe reconocerse el relevante rol que desempeñan las distintas iniciativas que se utilizaron desde sus inicios para incentivar su expansión, tales ferias nacionales e internacionales y el surgimiento del asociacionismo, como estrategia de fortalecimiento del sector y de determinados colectivos que las integran.

1.2. La Franquicia

La franquicia es una estructura de negocio colaborativa que coloca la “fórmula del éxito” de un concepto probado y reconocido al alcance de otros. En general, la franquicia permite que el franquiciante explote sus intangibles en forma segura y explore otros mercados (nacionales o internacionales), sin correr los riesgos que originalmente conlleva realizar tales actividades de forma independiente.

El profesor Morles define la franquicia de la siguiente forma:

La franquicia ha sido descrita como una técnica de colaboración empresarial mediante la cual una empresa (franquiciador o franquiciante) que ha ideado y experimentado un producto, un servicio o un particular proceso productivo o distributivo, concede a empresarios independientes (franquiciados o franquiciatarios) autorización para producir y vender, para vender o para prestar servicios, bajo los signos distintivos y con las modalidades o técnicas de comercialización del concedente, a cambio de un pago inicial o de entrada y pagos periódicos compuestos de una parte fija y otra variable en función de las ventas del franquiciado⁹.

Esta denominada técnica de colaboración empresarial se produce entre el franquiciante y el franquiciado, quienes son jurídica y económicamente independientes. En esta relación comercial el franquiciado tendrá que desarrollar el negocio exactamente en los mismos términos y condiciones establecidos por el franquiciante, ya que de ello depende en gran medida el éxito del concepto que se pretende replicar.

Otro aspecto a destacar del concepto de franquicia, es el referido a la compensación que recibe el franquiciante de manos del franquiciado, por concepto de su incorporación a la red y la capacitación que este recibe para operar el concepto (derecho de entrada), así como por el derecho de uso de las marcas y la asistencia técnica y continuada (regalías comerciales o *royalties*), y aportes por publicidad corporativa y local a la unidad franquiciada (contribuciones por publicidad). Sin embargo, según sea la naturaleza del negocio a franquiciar, se pueden incorporar otros conceptos, tales como, cánones de alquiler de mobiliario o equipos, entre otros.

Ahora bien, la base de cálculo para las referidas contraprestaciones debe derivarse de un minucioso análisis económico del negocio, en donde se evalúen aspectos como requerimientos de inversión, rentabilidad, cálculo de intangibles, flujo de contraprestaciones y conformación de fondos publicitarios. Corresponde al franquiciante, por tanto, determinar la forma de cálculo de los pagos periódicos, pudiendo establecer montos fijos o variables (o ambos) en función de los niveles de comercialización de productos y servicios de realice el franquiciado.

⁹ Alfredo Morles. *Curso de Derecho Mercantil: Los contratos mercantiles, Derecho concursal*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 2475.

Finalmente, cabe resaltar la temporalidad que envuelve el otorgamiento de una franquicia y la asignación de un ámbito geográfico específico para su explotación, aspectos que serán profundizados más adelante.

1.3. Características de un negocio para convertirse en franquicia.

La franquiciabilidad de un concepto de negocio, es decir, su potencialidad para convertirse en franquicia, se debe revisar a la vista de las características identificadas por Arredondo, Palacios, Seijas y Di Egidio¹⁰, y reiteradas en su mayoría por Riera¹¹, a saber:

a) Debe ser repetible.

Riera lo define como “la posibilidad que un determinado negocio sea susceptible de ser repetido o clonado en otro(s) punto(s) operativos, manteniendo una homogeneidad en su actividad¹²”. La referida homogeneidad se alcanzará en la medida en que se puedan repetir la imagen, los procesos de imagen, capacitación, estandarización de la operación, y, en general, los elementos distintivos de un determinado concepto de negocio.

b) Debe ser transmisible.

El franquiciante debe ser capaz de transmitir los elementos distintivos de su negocio a los franquiciados, a cuyo efecto se debe desarrollar instrumentos (físicos y/o digitales) como instructivos o manuales operativos, así como cursos de capacitación (presenciales u online) para los operadores de concepto.

c) Debe contar con una marca reconocida y notoriamente exitosa.

Sin intención de abordar en este título aspectos más técnicos sobre las marcas, logotipos y demás signos distintos comerciales, es suficiente indicar que la marca comercial será aquella que permita identificar los productos o servicios que se comercializan en un determinado sistema de franquicia. Sobre esta característica surge la disyuntiva de qué debe ser primero, la fama o la franquicia. Al respecto, Riera concluye que “la fama, trayectoria y notoriedad de alguna marca sin duda brindarían elementos de seguridad, pero sobran experiencias en donde el formato de franquicia comienza a ser implementado por empresas en etapas muy previas de sus actividades¹³”.

¹⁰ Jorge Arredondo, et al. *Franquicias en Venezuela, Una escuela de emprendedores*. (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, Profranquicias y Revista Inversiones, 2000), 48-49.

¹¹ Alfonso Riera, *Lo elemental de las franquicias*. (Caracas: Italgráfica, 2013), 51-60.

¹² Riera, *Lo Elemental ...*,51.

¹³ Riera, *Lo Elemental ...*,55.

d) Debe tener un concepto atractivo.

El concepto de negocio debe tener características propias que lo hagan interesante a los consumidores y usuarios, tales como un producto o servicio único o exclusivo, una propuesta de valor relevante, una técnica innovadora, o una estrategia de mercadeo contundente, que a su vez sea difícil de copiar por los competidores. En este sentido, la percepción que tengan los clientes del concepto de negocio (y no necesariamente del reconocimiento de la marca) será un elemento determinante para el éxito de la franquicia.

e) Debe constituir una organización.

La operación bajo el formato de franquicia implicará que la empresa franquiciante deba incorporar una nueva gerencia o departamento dentro de su estructura organizacional, dado que será su responsabilidad el atender a la red de establecimientos y franquiciados. La referida atención puede estar referida a aspectos operativos, diseños de cursos de capacitación, escenarios financieros, esquemas legales a aplicar, asesoría continua, manejo de problemas sobrevenidos e incluso la potestad de evaluar nuevas ideas.

f) Debe tener la aceptación de los productos que se venden.

Los bienes y servicios que se ofrecen bajo una marca determinada deben ser aceptados por el público. Para ello Arredondo, Palacios, Seijas y Di Egidio, estiman que deben confluir el reconocimiento de los productos y servicios en diferentes mercados, su originalidad y duración.

g) Experiencia del personal.

Esta característica complementa la repetitividad del concepto y la necesidad de constituir una organización para apoyar y asistir a la red de franquiciados, dado que el personal que se encargará de elaborar (o apoyar, según se delegue a consultores especializados) los manuales operativos y los programas y sistemas de adiestramiento y capacitación, deberán estar suficientemente capacitados en el desarrollo y operación del concepto de negocio.

En este orden de ideas, la ausencia o dificultad para cumplir una o más de las características descritas, entorpecerá la correcta franquiciabilidad de un determinado concepto de negocio.

Paradójicamente, puede suceder que un negocio que haya sido franquiciando cumpliendo las mejores prácticas de la materia, no alcance el éxito esperado. Ello obedece a las condiciones cambiantes del mercado y, en mayor medida, de las gestiones gerenciales, administrativas y de atención del franquiciando de la unidad otorgada.

2. Marco jurídico de las franquicias en Venezuela

A diferencia de otros países como Estados Unidos de América, en Venezuela no se dispone de una legislación específica en materia de franquicias. Lejos de profundizar la conveniencia o no de esta situación, es pertinente reconocer que para el empresario venezolano la ausencia de una legislación específica no ha sido impedimento para llevar a cabo sus actividades y cumplir sus objetivos empresariales.

En Venezuela, la doctrina y la práctica comercial reconocen la existencia de la franquicia. Ante esa realidad surge la inquietud relativa al carácter civil o mercantil de esta figura. Al respecto, diversos autores concuerdan en el carácter mercantil e innominado de contrato de franquicia.

Al respecto, Briz afirma que “Por la naturaleza particular de las diversas prestaciones involucradas en el contrato de franquicia, el mismo es un contrato de carácter mercantil para todos los contratantes y, en consecuencia, las partes estarán sujetas fundamentalmente a dicha jurisdicción”¹⁴.

Para Arrieche “El contrato de franquicia se revela en la naturaleza mercantil, en virtud de lo contenido en el artículo 3 del Código de Comercio que describe los actos subjetivos de comercio”¹⁵, cuyo artículo es del tenor siguiente: “Se reputan además actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, y si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil”¹⁶.

Ciertamente, la práctica habitual es que el contrato de franquicia sea suscrito por personas jurídicas formalmente constituidas o comerciantes individuales, aun cuando es posible que sean igualmente suscritos por personas naturales, en el entendido que la franquicia tenga por objeto la ejecución de actos de comercio, manteniéndose bajo ambos supuestos como una relación contractual de naturaleza estrictamente mercantil.

No obstante, siendo el contrato de franquicia del tipo innominado o atípico, es entendible que, aunque regule principalmente relaciones de índole comercial, puede involucrar disposiciones de ramas distintas a la mercantil. Al respecto, Riera explica que la ausencia de legislación en materia de franquicia no significa su inexistencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

¹⁴ José Briz, Estudio práctico del Régimen Legal de las Franquicias en Venezuela (Caracas: Vadell Hermanos Editores, C.A., 2005), 44.

¹⁵ Tadeo Arrieche, «Los conflictos en los contratos de franquicia ante la ausencia de legislación especial». En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, editado por Diego Castagnino, 353-367 (Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), 2020).

¹⁶ Código de Comercio. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 475 (Extraordinaria), del 21 de diciembre 1955.

Además, las franquicias son un formato genérico dentro del que se manifiestan actividades muy diversas, en donde el mercado funge igualmente como agente regulador. En fin, no se trata de un “desorden jurídico”, como algunos han descrito, sino una regulación integral y genérica, pero dispersa¹⁷.

En este orden de ideas, dentro de las principales leyes y normativas de tradicional aplicación a las franquicias dentro del ordenamiento jurídico venezolano se encuentra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en donde se consagra dentro de los derechos económicos de los ciudadanos, específicamente en su artículo 112¹⁸, la potestad de dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las establecidas en la misma Constitución y las que establezcan las leyes. Asimismo, se contempla la promoción de la iniciativa privada y libertad de trabajo, empresa y comercio.

Seguidamente, respondiendo a la naturaleza mercantil del contrato de franquicia, será aplicable el Código de Comercio a tales relaciones, cuyo cuerpo normativo “rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”¹⁹.

Complementa el ordenamiento jurídico aplicable a la franquicia, aquellas normas de carácter general y especial en materia de contratos contenidas en el Código Civil, especialmente aquellas referidas a la capacidad legal de los contratantes, los vicios del consentimiento, el objeto y la causa del mismo, así como los derechos y obligaciones de las partes.

Por otro lado, adquiere especial protagonismo dentro del marco regulatorio bajo estudio, la Ley de Propiedad Industrial, ya que como se ha indicado en reiteradas ocasiones, la franquicia implica la suscripción de disposiciones sobre al licenciamiento del uso de marca y demás signos distintivos y conexos del concepto de negocio a replicar.

En materia de competencia cabe profundizar el análisis de la regulación aplicable en esa materia. Así pues, actualmente se encuentra vigente la Ley Antimonopolio, que derogó la denominada Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992). A pesar de las modificaciones que sufrió esta ley, se mantuvo la facultad sobre el Presidente de la República, en Consejo de Ministros (y sin necesidad de oír la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia), de exceptuar la aplicación de las prohibiciones contenidas en la Ley Antimo-

¹⁷ Riera, *Lo Elemental ...*, 72.

¹⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.908 (Extraordinario), del 19 de febrero de 2009.

¹⁹ Artículo 1 del Código de Comercio. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 475 (Extraordinaria), del 21 de diciembre 1955.

nopolio (2014), cuando lo considere conveniente al interés de la Nación, siendo uno de los supuestos previstos los referidos a representaciones territoriales exclusivas y las franquicias con prohibiciones de comerciar otros productos.

Ahora bien, durante la vigencia de la antigua Ley surgieron inconvenientes para el otorgamiento y operación de las franquicias, ya que se dependía de la labor interpretativa de la autoridad competente y ello no ofrecía la seguridad jurídica necesaria para el correcto desarrollo de la figura en el país. Tal como refiere Arredondo, Palacios, Seijas y Di Egidio, en aquellos años se esperaba que el organismo competente para el momento (Procompetencia) dictara un Reglamento de Excepción para el sistema de franquicias, lo que no ocurrió. No obstante, explican

Curiosamente emitieron unos lineamientos publicados en Gaceta Oficial, en donde se hace una reflexión interna y oficial denominada “lineamientos” en materia de franquicias”. Allí se estipula que si se cumplen las condiciones establecidas, Procompetencia no analizará la legalidad o ilegalidad del contrato dándolo por bueno²⁰.

Dichos lineamientos, aunque de vieja data, son el resultado de una Resolución de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia del Ministerio de Industria y Comercio, N° SPPLC-038-99, del 9 de julio de 1999, bajo la denominación “Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia”²¹, en la cual se exponen los límites permitidos en materia de franquicias, dado que el marco regulatorio existente prohíbe y sanciona conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta.

En este contexto, los referidos Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia hacen viable la repetición masiva de puntos comerciales homogéneos, en los cuales el franquiciante suele incurrir en prácticas prohibidas por la actual Ley Antimonopolio, entre las que suelen destacar: a) otorgar territorio exclusivo de operación, b) limitar la competencia del franquiciado, y, c) la obligación de vender o prestar servicios, productos fabricados exclusivamente por el franquiciador o por terceros designados por este.

Finalmente, integran necesariamente el marco regulatorio de las franquicias la normativa tributaria y laboral, respectivamente. En materia tributaria, se aplicarán las leyes y normativas que desarrollen los principales tributos que inciden en la actividad empresarial, siendo estos: el impuesto sobre la renta, impuesto al valor agregado,

²⁰ Jorge Arredondo, et al. *Franquicias en Venezuela...*, 190.

²¹ Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 35.865 (Extraordinaria), del 7 de enero de 2000.

impuesto a las grandes transacciones financieras, los impuestos aduaneros (en caso de aplicar), e impuesto a las actividades económicas (anteriormente denominado Impuesto de Patente de Industria y Comercio), así como aquellas relativas a los permisos, autorizaciones y/o habilitaciones concedidas por las Alcaldías correspondientes para operar un determinado negocio o unidad.

En materia laboral, corresponde referirse principalmente a la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT), que establece todo el marco regulatorio que debe respetar el franquiciante y el franquiciado en la contratación del personal que operará la franquicia conforme a los parámetros del sistema de franquicia.

En este punto es imprescindible destacar el tema referido a los grupos de empresas y las consecuencias que pudiere implicar dentro de un sistema de franquicia la declaración de existencia de un grupo económico en cuanto al aspecto laboral se refiere. Al respecto, Briz explica que

Al no existir una regulación especial en materia de franquicias que las catalogue como un grupo de empresas y que por consiguiente les endose algún tipo de consecuencia al respecto, la importancia de considerarlas como grupos empresariales dependerá de lo que las regulaciones ajenas a la materia de franquicia interpreten como tal, y las consecuencias serán pues, las que cada una de las leyes establezca. Tal es el caso de la materia laboral: si un tribunal considera que ante una demanda laboral puede probarse la existencia de un grupo de empresas entre el franquiciante y el franquiciado, entonces serán ambos responsables de cumplir con lo establecido en la sentencia.

Aparte de estos casos y exceptuando los supuestos de franquicias financieras o asociativas, el resto de los conceptos no configuran necesariamente un grupo de empresas, sino una agrupación contractual por colaboración²².

El desarrollo que ha tenido el análisis de los grupos de empresas en el ámbito de las franquicias y la solidaridad laboral involucrada, se evidencia en los diversos criterios jurisprudenciales que se han venido reiterando sobre la materia. En ese sentido, se destacan los siguientes:

Caso Ismael Arnaldo González Romero contra Pag Food, C.A. y Alimentos Arcos Dorados de Venezuela, C.A.²³, en el cual un empleado de la empresa franquiciada (Pag Food, C.A.) alegando el principio de unidad económica y por consiguiente la existencia de responsabilidad solidaria sobre la empresa franquiciante (Alimentos Ar-

²² José Briz, «Franquicia: Unidad económica Vs. Independencia jurídica». En *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, ed. por Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, 323-343. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 2012).

²³ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del día 19 de julio de 2007, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Julio/1592-190707-07301.htm>

cos Dorados de Venezuela, C.A.), pretendió el pago de conceptos laborales debidos en principio por la empresa franquiciada. Dentro de los criterios esgrimidos por la Sala destacan:

De lo anterior, observa la Sala que el sentenciador de alzada, luego de efectuar el análisis de la pruebas cursantes a los autos, estableció que las empresas Pag Food, C.A. y Alimentos Arcos Dorados de Venezuela, C.A. no conforman una unidad económica, por cuanto no se demostraron los presupuestos contenidos en la Ley Orgánica del Trabajo y en su Reglamento, para estar en presencia de un grupo de empresas, ya que ambas sociedades mercantiles tienen patrimonios separados, domicilios, representantes legales y accionistas distintos, y tampoco se pudo comprobar que una empresa ejerza el control sobre la otra o imponga obligaciones onerosas o persigan un mismo fin económico, dada la falta de elementos probatorios aportados al proceso.

Caso Belén Consuelo Rojas contra Team Estilist, C.A., Salón de Belleza Caritas, C.A., y, Salón de Belleza Margarita, C.A.²⁴, el cual tiene como base una acción de cobro de prestaciones sociales por parte de la demandante, quien trabajaba como manicurista para la marca “Sandro”, y cuyo resultado fue favorable para la demandante en primera y segunda instancia, al declararse solidariamente responsables a las codemandadas. No obstante, la parte demandada interpuso recurso de control de la legalidad contra la sentencia de alzada, de donde se destaca:

En armonía con lo expuesto, advierte la Sala que no es correcto afirmar -como erróneamente lo sustentó la recurrida-, la existencia de un grupo de empresas entre las codemandadas sólo por el hecho de que éstas desarrollan la explotación de la marca “Sandro”, en virtud del contrato de franquicia suscrito, por lo que considera preciso este Alto Tribunal verificar -además de este elemento-, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo si: a) existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o si los accionistas con poder decisorios son comunes; b) las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o c) desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración.

La revisión de la legislación aplicable al sistema de franquicias realizada hasta este punto permite reafirmar que, el contrato de franquicia es una estructura dinámica de negocio, en donde confluyen distintas áreas, con preeminencia en la materia mercantil. Dada la particularidad de la materia, siempre se apreciará la capacidad del empresario y sus asesores de construir un sistema de franquicia que abarque todos los aspectos necesarios para incrementar las posibilidades de éxito del concepto de negocio en el mercado.

²⁴ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 2 de marzo de 2010, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0119-2310-2010-09-224.html>

3. El contrato de franquicia

Dentro de la regulación legal dispersa que se evidencia en materia de franquicias, no se encuentra ninguna disposición que prohíba la celebración del contrato de franquicia de forma verbal. No obstante, dada la complejidad de esta figura al involucrar varias normativas, que además tienen distinta naturaleza, lo más conveniente para la seguridad jurídica de las partes, es la celebración del contrato de forma escrita a efectos de garantizar los elementos probatorios suficientes para eventuales casos de incumplimiento o resolución de controversias.

Para Arredondo, Palacios, Seijas y Di Egidio la franquicia representa un sistema de colaboración contractual, en el que hacen vida dos sujetos jurídicamente independientes e iguales:

De una parte, el FRANQUICIADOR, verdadero titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor y a un *know how* caracterizados por una serie de productos y/o servicios, presentados de un modo original y específico, y explotados según técnicas previamente experimentadas y de rentabilidad probada. De la otra parte el FRANQUICIADO, que obtiene con su integración en la red de franquicia, el derecho a comercializar y a explotar dichos productos y/o servicios en unas condiciones operativas, económicas y geográficas preestablecidas y controladas mediante la ASISTENCIA PERMANENTE del franquiciante²⁵.

Por su parte, Morles explica que siendo un contrato de colaboración

Es esencial que las partes cumplan las prestaciones recíprocas con la suficiente diligencia y con *animus cooperandi* desde la fase preliminar y a todo lo largo del contrato para que el producto o el servicio que obtenga el público se corresponda con la idea de calidad que forma parte del nombre franquiciado²⁶.

3.1. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia

Para desentrañar la naturaleza jurídica del contrato y su alcance, la doctrina desarrolla clasificaciones en atención a los caracteres técnico-jurídicos del contrato. De esta forma, el contrato de franquicia, se identifica principalmente bajo las siguientes categorías: bilateral (obligaciones para ambas partes del contrato), oneroso (cada una de las partes obtiene una ventaja o contraprestación), consensual (se perfecciona con el consentimiento de las partes), innominados (carecen de regulación legal específica, aun cuando sean reconocidos por la doctrina y en la práctica), adhesión (por que suele en-

²⁵ Jorge Arredondo, et al. *Franquicias en Venezuela...*, 25-26.

²⁶ Morles. *Curso de Derecho Mercantil...*, 2476.

tenderse que una de las partes puede imponerle a la otra las estipulaciones del contrato), e *intuitu personae* (se suscribe con atención a las facultades o condiciones individuales de uno de los contratantes).

De las características de los contratos de franquicias se destaca que la onerosidad no está circunscrita únicamente al pago de regalías y demás contraprestaciones aplicables por parte del franquiciado, dado que en la práctica el otorgamiento de franquicias conlleva beneficios indirectos como el posicionamiento de la marca y mayor exposición de las unidades dentro del mercado (valoración de intangibles).

Sobre el carácter innominado o atípico de estos contratos, Maduro enfatiza que

Dada la preeminencia en el Derecho Moderno del principio consensualista, la voluntad de las partes fija nuevos fines a las convenciones, hasta el punto de que en toda comunidad organizada son cada vez más frecuentes la existencia y celebración de contratos que no encajan en los tipos prefijados por el legislador²⁷.

En consecuencia, el contrato de franquicia es innominado y se caracteriza por constituir una combinación de otros contratos nominados, en donde toman protagonismo las estipulaciones respecto al licenciamiento del uso de la marca y demás signos distintivos, complementado por otros contratos que responderán a la naturaleza del negocio franquiciado, pudiendo contemplar disposiciones sobre contratos de obra, confidencialidad, arrendamiento, compra y venta de bienes muebles y/o inmuebles, entre otras. También destaca en este tipo de contratos el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual de las partes, con sus respectivos matices.

Es el caso que la autonomía de la voluntad (que no es igual a voluntad ilimitada o libertad sin sujeción a normas de orden público, como lo suelen interpretar, por ignorancia o mala fe, no pocos operadores jurídicos) es un componente esencial de la libertad de contratación (manifestación a su vez de la libertad individual, como lo son la libertad de asociación, de tránsito, de disposición de bienes propios, de trabajo, expresión, de voto, de participación, de emprendimiento con fines económicos, etc.), sin cuya promoción y garantía las sociedades sencillamente no pueden salir de la pobreza y progresar con orden, seguridad y libertad, por muy democrática que pueda querer o parecer ser, ya que solo donde hay libertad de contratación, así como sanción oportuna y ejemplar para quienes abusan de ella (es decir, donde hay acceso a la justicia y no impunidad), existe la *confianza* indispensable para intercambiar, cooperar y actuar con solidaridad y reconocimiento de los otros como seres humanos dotados de igual dignidad²⁸.

²⁷ Maduro, Eloy y Emilio Pittier. *Curso de obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008), 559 – 560.

²⁸ Luis, Herrera, «Reflexiones a propósito de la progresiva eliminación de la autonomía de la voluntad en el derecho venezolano». En *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, ed. por Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 345-364.

Respecto a la adhesión, el contrato de franquicia debe ser elaborado en principio por el franquiciante, con intervención de su equipo legal o de asesores externos especializados en materia de franquicias. En este tipo de contrato de franquiciante tiene una posición dominante, siendo que a este le corresponde abarcar todos los extremos del negocio para garantizar que las nuevas unidades franquiciadas alcancen el grado de homogeneidad requerido. En esta línea de razonamiento se encuentra la justificación para catalogar al contrato de franquicia dentro de la categoría de contrato de adhesión.

No obstante, la preeminencia del franquiciante en la redacción del contrato no es un capricho, al contrario, obedece a razones intrínsecas de la relación comercial a desarrollarse, pues es precisamente el franquiciante quien conoce el negocio en toda su extensión y tiene la capacidad para diseñar los distintos elementos que facilitarán la relación entre las partes.

Sobre este aspecto, Morles reconoce que, a pesar de concebirse el contrato de franquicia como un contrato de adhesión, la realidad es que “como ningún otro contrato negociado, el de franquicia está usualmente precedido de largas negociaciones preliminares”²⁹. Estando esto en contradicción con la posición de Maduro sobre el contrato de adhesión, al referir que

La otra parte no está en capacidad de discutir las estipulaciones que le son presentadas y de allí que en el contrato de adhesión no hay ni conversaciones previas, ni negociación, ni siquiera la posibilidad de discutir alguna de las cláusulas del contrato impuesto por la otra parte³⁰.

En este sentido, la práctica demuestra que los franquiciados tienen una participación activa en la elaboración de los contratos de franquicia, ya que replicar un negocio en economías y entornos tan dinámicos requiere que las partes se reúnan y analicen las particularidades propias que envuelven el otorgamiento de una unidad en un determinado territorio, no siendo lo mismo otorgar una franquicia para operarla en la capital del país, que instalarla en un estado del interior del país.

Otro caso que refleja la necesidad de interacción con el franquiciado, puede ser la oportunidad de emplear recursos de su propiedad para la operatividad del nuevo negocio, siendo un caso común aquellos candidatos que cuentan con locales y/o mobiliario y equipos, que pueden ser considerados al momento de la negociación, redundando en la disminución de la inversión establecida.

²⁹ Alfredo Morles. *Curso de Derecho Mercantil...*, 2476.

³⁰ Maduro, Eloy y Emilio Pittier. *Curso de obligaciones...*, 569.

Pudiera pensarse que la rigidez de los contratos de franquicias y de las estructuras operativas de los sistemas de franquicias, resta potencialidad y eficacia a este formato de negocio, cuando la experiencia práctica demuestra que estos son precisamente los factores que contribuyen a su éxito.

3.2. Contenido del contrato de franquicia

Aunque cada relación comercial es distinta, en general el contrato de franquicia deberá incluir y desarrollar los siguientes aspectos esenciales:

- Objeto del contrato: Se establece el compromiso del franquiciante de otorgar al franquiciado una franquicia para operarla bajo un determinado concepto de negocio.
- Contraprestaciones: Se indican los montos por los conceptos que correspondan, siendo los más comunes: Derecho de entrada, regalías comerciales y contribuciones por publicidad (corporativa y/o local), así como las condiciones de pago por parte del franquiciado.
- Obligaciones del franquiciante: Se detallan aquellas actividades relacionadas con la asistencia por parte del franquiciante, quien girará las instrucciones indispensables para la instalación y funcionamiento de la unidad otorgada en aras de procurar una forma óptima de operarla (incluye capacitación preapertura y asistencia continua).
- Obligaciones del franquiciado para instalar y operar la franquicia.
- Políticas de proveeduría que debe seguir el franquiciado para ofrecer y comercializar los productos y servicios de la franquicia. Asimismo, se incluyen disposiciones sobre precios sugeridos para la comercialización de productos y servicios.
- Previsiones sobre las condiciones del establecimiento inmobiliario en donde funcione la franquicia.
- Autorización al franquiciado para usar las marcas y demás distintivos de la franquicia durante la explotación del concepto, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el contrato (licenciamiento de uso de marcas).
- Designación del territorio geográfico donde el franquiciado podrá operar el negocio previa aprobación del franquiciante y la declaración de su exclusividad, en caso de aplicar.
- Condiciones en las que se podría realizar la cesión de derechos y obligaciones del contrato.
- Supuestos en que procederá la terminación anticipada del contrato, así como las obligaciones por terminación.

- Vigencia del contrato, estableciendo las condiciones para la renovación del contrato y la prórroga automática, en los casos en que aplique.
- Indicaciones respecto al sistema administrativo y de seguridad, así como de las pólizas de seguros que se deben contratar.
- Disposiciones sobre el carácter confidencial de la información entregada por el franquiciaste (Manual operativo y demás instrumentos de la franquicia).
- Disposiciones relativas al incumplimiento de las obligaciones consagradas en el contrato, así como el establecimiento de las medidas correctivas que se aplicarán en tales supuestos.
- Delimitación de la responsabilidad del franquiciado respecto a sus trabajadores.
- Fijación de garantías personales.
- Mecanismo de resolución de conflictos.

Dentro de los elementos listados, algunos merecen especial referencia en razón de su relación directa con el sistema de franquicia. El primero de ellos es el referido a la protección de los elementos de propiedad intelectual que conforman el concepto de negocio franquiciado, entre los que destacan:

- La marca:

Noetinger provee una definición amplia, pero útil de marca: “Es un signo que distingue un producto de otro o u servicio de otro”³¹. No se concibe un contrato de franquicia sin una marca asociada. No obstante, Moreno enfatiza en la importancia del aspecto económico del concepto

La marca es tan importante que su justificación se encuentra en su concepción misma y como un bien intangible dentro de activo social. En efecto, hay marcas que representan el aspecto más importante del activo de una empresa, y que si se retirara o se modificara por cambio de forma de la marca, es posible que todo el aparato utilidades y ganancias dejara de tener sentido³².

- *Know how*, los secretos y la información confidencial:

Los Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia lo definen como el “conjunto de conocimientos prácticos no patentados derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado”³³.

³¹ Fernando Noetinger, «Los derechos de propiedad intelectual en el sistema de franquicias», en *Congreso Internacional. Propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, ed. por Universidad de Margarita (Mérida: Editorial venezolana, C.A., 2004), 615-643.

³² Moreno, *Temas de propiedad industrial* (Bolivia: Moreno Baldivieso Estudio de Abogados, s.f.), 72.

³³ Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 35.865 (Extraordinaria), del 7 de enero de 2000.

Si bien existen caracteres propios de los sistemas de franquicia que al pasar de los años permanecen, y son precisamente la razón de su éxito, también es cierto que una de las características del *know how* es su constante evolución, dado que el entorno en el que se desenvuelven las franquicias es cada día más dinámico, tanto por los avances tecnológicos y comerciales, como por cambios en los gustos e interés de los clientes.

En respuesta a este dinamismo, resulta beneficioso que entre el franquiciante y su red de franquiciados se tiendan los puentes necesarios para que exista una comunicación constante y fluida, para que los franquiciados se sientan en la confianza de compartir aquellos aspectos que constituyen oportunidades de mejora dentro de la operación actual del concepto de negocio.

Por su parte, el secreto es un concepto cuyo tratamiento no es unánime en la doctrina, para algunos el *know how* es más amplio que el secreto, para otros, es lo contrario, mientras que otro grupo considera que son lo mismo. Para este trabajo, se acogerá el criterio de Noetinger, quien, al realizar una ponencia sobre la materia en estudio, decidió que era conveniente estudiar el know-how, los secretos y la información confidencial como conceptos similares.

En este sentido, cuando un empresario a partir de una serie de experiencias exitosas genera un concepto de negocio capaz de replicarse para obtener los mismos resultados, surge la necesidad de proteger esas experiencias. Es en este punto donde Noetinger explica la interacción de los tres elementos analizados:

Esos desarrollos podrán dar lugar a innovaciones protegibles a través de una patente de invención. En muchos otros casos no será posible acceder a este tipo de protección por no reunirse los requisitos que las leyes respectivas impongan. Y habrá casos en los que aun cuando esa innovación sea patentable la decisión sea de no patentarla protegiéndolo como un secreto industrial³⁴.

Tal es el caso de Coca-Cola, que prefirió proteger su receta a través del secreto industrial, estando dentro de sus ventajas el que su protección no está limitada a un plazo determinado. En este sentido, si bien el *know how*, el secreto y la información confidencial son elementos importantes del contrato de franquicia, el franquiciante deberá seleccionar la forma más idónea para proteger su propiedad intelectual.

Otro de los aspectos a destacar dentro del contenido del contrato de franquicia, es el referido a su duración, ya que la misma debe responder a un cálculo estimado de un tiempo prudencial que permita la recuperación de la inversión total efectuada por el franquiciado, así como un tiempo mayor de generación de ganancias, en otras palabras, el retorno y la capitalización de la inversión.

³⁴ Noetinger, «Los derechos de propiedad intelectual en el sistema de franquicias», 631.

Por otro lado, aplicando el principio de la autonomía contractual, las partes pueden convenir en la constitución de garantías, pudiendo el franquiciado de forma personal (en el entendido de que haya suscrito el contrato de franquicia a través de una compañía), constituirse como fiador solidario y principal pagador de todas y cada una de las obligaciones que asume en virtud de la firma del contrato de franquicia.

Para impedir que el franquiciado utilice los conocimientos adquiridos durante la operación de una franquicia, es común incorporar a los contratos la prohibición de ejercer, directa o indirectamente, un comercio similar al operado durante la vigencia de su contrato de franquicia, e incluso después de verificado su vencimiento o terminación anticipada por cualquier causa. De acuerdo a lo establecido en los Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia, esta prohibición será por un periodo razonable no superior a un año, en el territorio donde haya operado la franquicia.

Finalmente, cabe destacar la necesidad de remarcar el carácter mercantil de la relación contractual, de manera que deben incorporarse cláusulas en donde se manifieste expresamente que el franquiciado a través del vehículo jurídico que seleccione, será el único y exclusivo patrono y responsable de sus empleados y de todas las personas que contrate o utilice para la operación de la unidad franquicia, es decir, incluir disposiciones de exclusión de cualquier responsabilidad laboral entre el franquiciante y el franquiciado.

En síntesis, aunque en Venezuela no exista una normativa específica que regule la franquicia, un contrato de franquicia que esté debidamente estructurado y aborde cada uno de los aspectos que correspondan al tipo de negocio franquiciado, permitirá que la relación entre el franquiciante y el franquiciado sea positiva, y si bien no garantizará el éxito del formato, abonará el camino para este.

CONCLUSIONES

Aunque la franquicia ha evolucionado favorablemente, no debe olvidarse que es igualmente una fuente de riesgos, ya que el éxito no está garantizado. En este sentido, el franquiciante y el franquiciado deben cumplir a cabalidad las funciones que le correspondan dentro de un determinado sistema de franquicia.

La franquicia es un modelo operativo que permite la optimización de recursos en las organizaciones, impulsando el reconocimiento de la marca y la rápida expansión de la red en un determinado territorio. No obstante, el éxito o fracaso de los negocios que se impulsan bajo este concepto está determinado en gran medida por la capacidad de los empresarios y emprendedores de evaluar la verdadera franquiciabilidad de su negocio, para lo cual constituye una buena guía la verificación de las características que a lo largo del tiempo los especialistas han determinado como elementos de necesario cumplimiento para las empresas que tienen la intención de convertirse en franquicia.

En la actualidad existen profesionales capacitados para el desarrollo de proyectos de franquiciabilidad, quienes, junto a los empresarios y emprendedores, aportan su experiencia para diseñar los instrumentos esenciales para la comercialización de las franquicias.

En el proceso de comercialización de las franquicias, caracterizado por la negociación de las partes, se pueden suscribir contratos preparatorios, así como compartir información confidencial relacionada con el aspecto financiero y operacional del negocio. No obstante, también es posible prescindir de tales instrumentos y pasar directamente a la suscripción del contrato de franquicia.

Cabe destacar que hay casos en que el franquiciado carece de experiencia empresarial, por lo que debe ser lo suficientemente inquisitivo con el franquiciante para evitar ser víctima de ofertas engañosas e incompletas en las que se sobrevaloran la rentabilidad y las ventajas de la franquicia ofertada.

Aunque el contrato de franquicia carece de una regulación especial en el ordenamiento jurídico venezolano, no es menos cierto que tiene la particularidad de permitir que las partes desarrollen la figura en atención a las características únicas de su negocio, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Sin lugar a duda, se trata de una facultad que conlleva una gran responsabilidad, por lo que los encargados de elaborar los instrumentos para la comercialización de la franquicia y, en especial, el contrato de franquicia, deben contar con la agudeza para identificar los elementos que van a potenciar el cumplimiento de las expectativas de las partes, entendiendo que el éxito de uno es el éxito del otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Arredondo Jorge, Luis Palacios, Rolando Seijas y Dante Di Egidio. *Franquicias en Venezuela, Una escuela de emprendedores*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, Profranquicias y Revista Inversiones, 2000.
- Arrieche, Tadeo. «Los conflictos en los contratos de franquicia ante la ausencia de legislación especial». En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, editado por Diego Castagnino, Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), 2020.
- Begg, David, Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch, Andrés Fernández. *Economía*. Madrid: McGraw-Hill España, 2006. <https://elibro.net/es/ereader/ucab/50090?page=34>.
- Bermúdez, Guillermo. *La Franquicia: Elementos, Relaciones y Estrategias*. Madrid: ESIC Editorial, 2002. <https://books.google.co.ve/books?id=kc3etZc7xSwC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- Briz, José. *Estudio práctico del Régimen Legal de las Franquicias en Venezuela*. Caracas: Vadel Hermanos Editores, C.A., 2005.

- Briz, José. «Franquicia: Unidad económica Vs. Independencia jurídica». En *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, editado por Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, 323-343. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 475 (Extraordinaria), del 21 de diciembre 1955.
- Código Civil (1982). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.990 (Extraordinaria), del 26 de julio de 1982.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.549, del 26 de noviembre de 2014.
- Herrera, Luis. «Reflexiones a propósito de la progresiva eliminación de la autonomía de la voluntad en el derecho venezolano». En *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, editado por Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, 345-364. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 (Extraordinario) del 07 de mayo de 2012.
- Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 35.865 (Extraordinaria), del 7 de enero de 2000.
- Maduro, Eloy y Emilio Pittier. *Curso de obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- Mirabal Alberto y Luis Sigala, «Franquicia corporativa: ¿Red de sucursales o filiales con tutela extranjera?» *Debates IESA* (2018): 20-22. <http://www.debatesiesa.com/debatesweb/wp-content/uploads/2019/02/Mirabal-Sigala-Franquicia-corporativa.pdf>
- Moreno, Ramiro Baldivieso. *Temas de propiedad industrial*. Bolivia: Moreno Baldivieso Estudio de Abogados, s.f.
- Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: Los contratos mercantiles, Derecho concursal*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- Noetinger, Fernando. «Los derechos de propiedad intelectual en el sistema de franquicias». En *Congreso Internacional. Propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, editado por Universidad de Margarita, 615-643. Mérida: Editorial venezolana, C.A., 2004.
- Osta Karelys, «Evolución histórica de la franquicia y su impacto en la economía mundial», *Ingeniería y Sociedad UC*. (s.a), 118-126. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/ingenieria/revista/n2-2006/2-7.pdf>
- Riera, Alfonso. *Lo elemental de las franquicias*. Caracas: Italgráfica, 2013.
- Shirley Llain, «El contrato de franquicia internacional». En *Contrato de franquicia internacional en el marco del TLC Colombia-USA: perspectivas jurídicas y económicas*, ed. Silvana Insignares, 1-26. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte, 2015, <https://elibro.net/es/ereader/ucab/69978?page=17>

Luis Sanojo y su impronta en el Derecho Mercantil

(Calabozo, 18-11-1819 / Caracas, 27-01-1878)

Edison Lucio Valera Cáceres*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 449-467

Las ideas de un pueblo transmitidas a otro encuentran ahí mejoras y adelantamiento por el trabajo agregado de multitud de inteligencias que se auxilian y completan. La historia contemporánea, que de tanto sirve por su enseñanza y sus ejemplos, quedaría si no anulada, por lo menos lenta y de menos utilidad por lo mismo, si no existiesen facilidades para comunicación ente los hombres. ¡Gloria, pues, al comercio que ha contribuido tan poderosamente a hacer más rápida esa comunicación!

LUIS SANOJO¹

Introito

Percatándonos que la obra de SANOJO *Exposición del Código de Comercio, con su texto*, está cerca de cumplir un siglo y medio, desde su publicación se ha considerado oportuno preparar un agasajo que describa, en su justo mérito, la imborrable estela que sus enseñanzas han dejado en millares de discípulos, no solo en las áreas del Derecho Civil y Procesal, sino en el Derecho Mercantil donde se destacó como principal comentarista de su Código y patriarca de su doctrina.

Sirva, entonces, esta modesta semblanza para lisonjear la memoria de uno de los juristas más preclaros y prolijos de nuestro siglo XIX y las páginas de la *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* como plataforma para los homenajes a que son deudores los juristas venezolanos por todos los parabienes que han disfrutado al abreviar de una vasta obra que legó SANOJO a sus coterráneos en devoción a la ciencia jurídica.

1. Orígenes

Oriundo de Calabozo, villa heroica que fue protagonista de la consolidación de la República, le correspondió transitar en su juventud por la maltrecha ciudad colonial que había sufrido los estragos de la Guerra de Independencia, tal paisaje agreste no

* **Universidad de Los Andes** (Mérida-Venezuela), Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil I Personas. **Universitat de Barcelona** (Barcelona-España), **Máster en Derecho de Familia e Infancia**. **Universidad Metropolitana** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Civil.

¹ *Vid. Exposición del Código de Comercio, con su texto* (Caracas: Imprenta Nacional, t. I, 1874), p. 8; también en: «Introducción al Código de Comercio», en *Primer libro venezolano de literatura, ciencias y bellas artes: Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho* (Caracas: Asociación Venezolana de Literatura, Ciencias y Bellas Artes, 1895), p. 154

amaino su ánimo, sino que lo influjo de candor patriótico que con precocidad demostró hacia las letras y humanidades.

Así, todavía mozo se trasladó a la Capital de la República donde se graduó de Bachiller en Filosofía con notas sobresalientes (1838) en la ya para esa fecha centenaria Universidad Central, continuara con sus estudios en Derecho que coronaría primero con el grado de Bachiller en Derecho Civil (1844) y de seguida ese mismo año con el grado de Licenciado en Derecho Civil². El doctorado en Jurisprudencia le fue esquivo, pues no poseía para entonces los recursos necesarios para sufragar los aranceles que daban paso a la máxima *laurea*³.

Tal hecho no le restará ímpetu a sus dotes científicas, los cuales supo evidenciar con creces a través de la erudición de sus textos jurídicos, verdaderos monumentos para el foro nacional y que reposan en las antiguas bibliotecas como testimonio impeccedero de su talante de jurisperito.

De allí que muchos le atribuyan con justicia un título, tal vez más valioso y huido, el de ser «Padre de la jurisprudencia nacional», entendiendo por «jurisprudencia», en su vieja acepción, como ciencia del Derecho, equivalente entonces a «patriarca de la ciencia jurídica patria», y que COUTURE con su elegancia denomina, en su clásico decálogo, princets fori.

Para nuestro consuelo nadie ha dudado de tan merecido reconocimiento, más cuando después de fijadas las bases políticas de la naciente República, urgía acometer la labor de dotar de leyes vernáculas a la nación para la consolidación de la libertad y la paz de sus ciudadanos. Fue SANOJO protagonista de excepción en la elaboración de instrumentos jurídicos fundamentales para todo Estado civilizado: Constitución, códigos y leyes⁴, así como doctrinario de excepción en una época donde escaseaban los títulos enfocados en el Derecho nacional.

² Vid. *Anuales de la Universidad Central de Venezuela*, año II, t. II, n.º 1. Caracas (1901), pp. 495, 951 y 955. Cfr. Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo, sus tiempos, su personalidad y su obra», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XXII, n.º 8, Caracas (1956), pp. 107 y ss.

³ Cfr. *Diccionario de Historia de Venezuela* (Caracas: 2.ª, Fundación Polar, t. p-z, 1997), pp. 542 y 543. Señala Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo, jurista y publicista venezolano. Carta al señor don Ambrosio Montt», *Revista Chilena*, t. XI, Santiago (1878), p. 236, «No le sirvieron de introductores a la vida pública, ni dones de fortuna, ni ejecutorias de linaje, ni siquiera la vocería de la demagogia. Nacido en honrada y humilde medianía, no halló preparada la plaza que debía ocupar, y hubo de conquistarla a fuerza de virtud, de estudio y de tesón en sus propósitos de llegar a ser algo». Cfr. José Manuel HERNÁNDEZ RON, «Cumbres jurídicas guariqueñas: Roscio, Sanojo e Itriago Chacín (continuación)», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 16, n.ºs 1-2, Caracas (1951), pp. 187, comentaría «Sus padres lo mandaron a estudiar a Caracas, donde trabajaba para sostenerse»; Nicolás VEGAS ROLANDO, «El Licenciado Luis Sanojo», *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, t. LXIV, n.º 254, Caracas (1981), p. 388, «no pudo obtener el título de doctor por no haber podido sufragar los derechos que se pagaban por ese título, que eran 500 Pesos».

⁴ Vid. Juan José MENDOZA, Luis SANOJO y Julián VISO, *Proyectos de leyes sobre régimen hipotecario y créditos privilegiados* (Caracas: Imprenta de M. M. Zarzamendi, 1861), II, 95 pp. Se refiere a diversos proyectos: de Ley sobre Privilegios e Hipotecas (título I. De los créditos privilegiados; título II. De las hipotecas; título III. Del registro del derecho de propiedad, de los derechos restrictivos o modificativo de este, de los créditos privilegiados sobre inmuebles y del derecho

2. El gran comentador

Si bien la gloria de ser el primer codificador nacional estaba ya reservada para otros hombres probos, siendo que el pergamino de prócer iniciador le compete al Licenciado Francisco ARANDA y su Código de procedimiento de 1836⁵; en el campo civil, el mérito le pertenece a Julián VISO y su intervención en la confección del Código Civil de 1862⁶ –de vigencia fugaz⁷ y discutible– y con el Código de 1867, realmente puesto en vigor⁸; en el área mercantil, la paternidad del Código de Comercio de 1862 sería colegiada.⁹

hipotecario; título IV. Del orden de los acreedores); de Ley sobre Registro Público (deroga la Ley 17-03-1838 sobre oficinas de registro); de Ley sobre Retracto Convencional; de Ley sobre Cesión de Bienes y Ley sobre acción ejecutiva (estas últimas modifican las normas de Código de Procedimiento Judicial de 1836).

⁵ Vid. Ángel Francisco BRICE, «El Código de Procedimiento Judicial de 1836 y su repercusión en el procedimiento vigente», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 1, n.ºs 1-2, Caracas (1936), p. 60, «Ese Código fue obra exclusiva de ARANDA y como bien dijo su biógrafo Juan Vicente SILVA, “será siempre un testimonio inmortal de su sabiduría y de su talento”». Cfr. Humberto CUENCA, *El Derecho Procesal en Venezuela* (Caracas: UCV, 1956), pp. 24 y 25, «Redactado en un lenguaje claro, preciso y sencillo, tuvo inmediata acogida popular, pues venía a sustituir aquel rancio castellano, lleno de arcaísmos y latinazgos» propio de las leyes coloniales, «el Código de ARANDA marcó el comienzo de nuestra emancipación jurídica».

⁶ Hay que destacar que previamente se había intentado constituir varios cuerpos codificadores, el primero surgió de la propia Constituyente de 1830, que en palabras de Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes» en *Primer libro venezolano de literatura, ciencias y bellas artes: ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho* (Caracas: Asociación Venezolana de Literatura, Ciencias y Bellas Artes, 1895), pp. 169 y 170, «había nombrado tres comisiones, una para redactar el Código penal; otra el de procedimiento criminal y otra para una ley de jurados; pero solo el señor Pedro Pablo DÍAZ, miembro de la última, presentó en el Congreso de 1832, un proyecto de ley para el establecimiento del juicio por jurados». Posteriormente, por Decreto de 1835, se creó nueva comisión para redactar «cuatro proyectos de códigos, civil, criminal, militar y de comercio con sus respectivos procedimientos» –vid. *Recopilación de leyes y decretos de Venezuela* (Caracas: Imprenta de la Opinión Nacional, t. I 1830-1840, 1884), p. 219–, nombrándose para ello a Francisco ARANDA, Francisco DÍAZ, Francisco CARABAÑO, Tomás HERNÁNDEZ SANAVRIA y Juan Nepomuceno CHAVES; por Decreto de 1840, se reforma la anterior y se reduce la tarea a «tres proyectos de Códigos, a saber: el civil, el criminal y el de comercio, con sus respectivos procedimientos», –ibid., p. 564–, repetirían como miembros ARANDA y DÍAZ y se sumaría Juan José ROMERO, se entregaría únicamente un proyecto de Código de Comercio sin que se discutiera; por Decreto de 1853 se acuerda «auxiliar al Doctor Julián VISO para que pueda continuar la redacción de los Códigos Civil y Penal y los de los respectivos procedimientos» –vid. *Leyes y decretos de Venezuela* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, t. III 1851-1860, 1982), p. 113–, VISO cumpliría parcialmente entregando el civil, el cual no tuvo fortuna en el Congreso –vid. Julián VISO, *Proyecto de Código Civil* (San Juan de los Morros: Editorial C.T.P., 1955, facsímil de la edición de 1854)–; por Resolución del Ejecutivo el 1857, se constituye otra comisión para redactar el Código de Comercio, compuesta por José Isidoro ROJAS, Guillermo ESPINO, Casiano SANTANA y Manuel MUÑOZ CASTRO sin resultado y, finalmente, por Decreto de 1860 se crea la comisión integrada por José REYES, Lucio SISO y Juan José MENDOZA, sin entregar ningún instrumento. Cfr. Helen L. CLAGETT, *A guide to the law and legal literature of Venezuela* (Washington: The Library of Congress, 1947), pp. 17 y 18; Nicomedes ZULOAGA, «Datos históricos sobre la codificación en Venezuela», *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, n.º 6, Caracas (1938), p. 325 –también en: *Revista del Ministerio de Justicia*, n.º 29, Caracas (1959), pp. 33-56–. Véase también José Ignacio HERNÁNDEZ G., «Bases para el estudio de la codificación durante el guzmancismo», *Revista de Derecho Público*, n.ºs 161-162, Caracas (2020), p. 138. Referencias de los intentos de conformar comisiones codificadoras en materia civil y penal anteriores a 1830 se pueden cotejar en Gonzalo PARRA ARANGUREN, «Los antecedentes de la codificación Civil y el Derecho Internacional Privado venezolano (1810-1862)», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB*, n.º 2, Caracas (1966), pp. 81-87; Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, *Historia del Derecho Mercantil venezolano* (Caracas: Universidad Monteávila-UCAB, 2015), pp. 30 y ss.

⁷ El propio Luis SANOJO, *Instituciones de Derecho Civil venezolano* (Caracas: Imprenta Nacional, t. IV, 1873), pp. 478 y 479, comenta: «La legislación española, la colombiana y la venezolana, estuvieron en vigor, como hemos dicho, hasta el 19 de abril de 1863, cuando se puso en práctica el Código expedido el 28 de octubre de 1862, que las derogó. Corta fue la duración de este cuerpo de leyes, pues habiendo sustituido al Gobierno que lo expidió otro, este dio un decreto, fecha 8 de agosto del mismo año de 1863, por el cual quedó derogado el Código (...) y restituidas a su fuerza y vigor las leyes que antes de su expedición regían en el país».

SANOJO siempre estuvo a la vanguardia del movimiento codificador, primero ofreciendo sus comentarios sobre los primigenios textos legales¹⁰, que dieron inicio a un nuevo tratamiento del Derecho ya sistematizado en cuerpos unificados y coherentes, que abandonan las leyes arcaicas y longevas legadas de la Madre Patria, y, después, interviniendo directamente en la preparación de las actualizaciones de tales instrumentos.

Ahora bien, su primacía como comentador de nuestros principales cuerpos legales es indiscutible¹¹, labor con la cual se dotó al foro nacional de una sabia doctrina de la que era prácticamente huérfana, pues la que se manejaba en los gabinetes y estrados era de autores foráneos –españoles, franceses e italianos en ese orden–, muy reconocidos por su autoridad científica, pero que obviamente ignoraban las realidades del Derecho nativo, incluso hoy después de más de una centuria de emanadas de su señera pluma, sus explicaciones, comentarios e instituciones sigue siendo consultados para la correcta interpretación de los institutos más tradicionales.

Y si a lo anterior se le suma que a SANOJO le correspondió a lo largo de su vida diversas responsabilidades públicas de las más altas y estimadas, su estela aumenta. Pero hay que advertirlo de una vez, los altos escaños no son sinónimo de éxito seguro, por ejemplo, el destino lo colocó en 1848 en la magistratura como juez de Ocumare del Tuy y con ello en un infausto rol que lo privó por una década de otros destinos. En efecto, su efímero periplo por la judicatura implicó el juzgamiento de ciertas causas políticas que por el rigor de la ley que atribuía a los culpables –concretamente: pena capital, la

⁸ Instrumento legal criticado por Luis SANOJO, *Juicio sobre el Código Civil* (Caracas: Imprenta de El Federalista, 1867), p. 4, cuando señala: «La precipitación con que procedieron nuestros redactores, ha sido tal, que han adoptado el proyecto – de Código Civil de GARCÍA GOYENA– hasta con sus errores de imprenta, como vamos a demostrarlo con algunos ejemplos que hemos encontrado en el estudio que hemos hecho del Código».

⁹ En efecto, Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., p. 172, comenta que «En 1861 una Junta de comerciantes de Caracas tomó la iniciativa de hacer redactar un Código de Comercio para someterlo a la aprobación del Gobierno, que ejercía entonces el general José Antonio Páez, con facultades dictatoriales; el Gobierno acogió la idea y por resolución de octubre de ese año nombró a la misma comisión que habían elegido los comerciantes, compuesta por los señores doctor José REYES, Isaac J. PARDO, Fernando Antonio DÍAZ y Modesto URBANEJA (...) La comisión redactora del Código de Comercio, presentó su proyecto que no fue otro que el mismo de 1844 de los señores ARANDA, DÍAZ y ROMERO, revisado». Cfr. Gustavo RODRÍGUEZ, «Nota introductoria», *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, n.º 19, Caracas (1972), p. 8; Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, *Historia del Derecho*..., p. 149.

¹⁰ En efecto, escribiría obras dedicadas a cada uno de los primeros códigos –procedimiento (1836), Comercio (1862) y Civil (1867)– y salvo el referido al Código de ARANDA los libros se publicarían casi simultáneamente a los textos legales comentados. Cfr. José Manuel HERNÁNDEZ RON, «Cumbres jurídicas...», p. 193, «El Licenciado SANOJO es, pues, “el primero que a título de comentarista hace formal incursión en el campo de la ciencia jurídica”».

¹¹ Cfr. Rogelio PÉREZ PERDOMO, *Ideas del Derecho y cultura jurídica en Venezuela* (Caracas: UNIMET, 2017), p. 82, SANOJO «es probablemente el jurista más conocido del siglo XIX venezolano. Fue el primer gran comentarista del Código de Comercio (1862) y del Código Civil (1873)». Apuntará Jesús María PORTILLO, «Prólogo» del libro de Francisco OCHOA, *Exposición del Código Penal venezolano* (Maracaibo: Imprenta Bolívar-Alvarado, 1888), p. 9, «El Licenciado Luis SANOJO, tan ilustrado como laborioso jurisconsulto, inició en Venezuela el estudio de la legislación comparada, ya en la prensa periódica, ya en doctas monografías; pero principalmente en sus comentarios al Código de Comercio de la dictadura Páez, en sus *Instituciones de Derecho Civil venezolano* y en sus comentarios al Código de Comercio vigente; también comentó aquel malogrado jurista dos códigos de procedimiento, el llamado arandino y el de 1873».

cual fue impuesta en consecuencia¹²—, los azores de la rencilla política le atribuyeron un descrédito que no le correspondía en propiedad, sino en todo caso al sistema jurídico-político, siendo él mero aplicador del Derecho. BECERRA, aludirá a este episodio en los siguientes términos:

Su paso por ella fue breve y fue además desgraciado. Tócale juzgar a los conspiradores de 1846, y aplicarle la terrible penalidad de aquellos tiempos, de ahí la fama de draconiana severidad que luego lo prosiguió en su carrera política, sin que los propagadores del mentiroso cargo quisiesen recordar que la severidad estaba en la ley, no en el juez, y que salvo una sola excepción, todos los reos de muerte fueron agraciados por el Gobierno¹³.

Pero sería miope el que no ataje que tal golpe del destino fue un punto de inflexión para el desarrollo de una vida profesional dirigida, ahora, al ejercicio libre¹⁴ y al empeño por el estudio tesonero de los fundamentos jurídicos de los institutos llevados ante el balancín del togado¹⁵. Por lo dicho, la primera obra madura¹⁶ que nos obsequia

¹² Cfr. Nicolás VEGAS ROLANDO, «El Licenciado Luis Sanojo»..., pp. 388 y 389, «SANOJO lo que hizo, en tal oportunidad, fue aplicar precisamente una ley promulgada por Antonio Leocadio GUZMÁN, cuando fue secretario del Interior en 1830, la cual se denominó Ley de Conspiradores, conforme a ella, los delitos de conspiración contra el Estado correspondían a la jurisdicción de los tribunales ordinarios», el propio GUZMÁN, líder de esa sublevación, señalaría años después: «el señor SANOJO resistiendo las impetuosas corrientes de las pasiones políticas obró como verdadero juez y con cabal rectitud». Para ser más precisos, el conmutar la pena de muerte a que eran castigados los reos de graves delitos, era una responsabilidad del Ejecutivo que normalmente aplicaba en dicha época, «Así que pecan, por lo menos, de apasionados, los que califican a SANOJO de injusto, o lo pretendieron descalificar, tildándolo de “duro conservador”, cuando el duro no era él, sino la propia Ley, ya los romanos decían: *dura lex sed lex*» (p. 390). Cfr. Antonio Leocadio GUZMÁN, *Datos históricos sur americanos* (Bruselas: Typographie V. Ch. Vanderauwera, t. II, 1878), p. 363, también diría «¡Vuestros jueces! Sí: hubo un DÍAZ FLORES (Francisco), y hubo un SANOJO, y quizás algún otro, digno, entre la turba de vuestros buitres y sus pichones» (t. III, p. 150). Sobre este asunto véase *Causa célebre por su iniquidad. La de supuesta conspiración del redactor de “El Venezolano” Antonio L. Guzmán en 1846* (Caracas: Imprenta de La Opinión Nacional, tomos I-IV, 1884). Vid. Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 112, «Este fallo, lleno de terrible dureza, pero en verdad, de la terrible dureza de la ley; es una prueba del carácter austero de SANOJO y de su laudable criterio firme, indesviable, inflexible, en cuanto se tratara de aplicar la ley». Al final de sus días reflexionaría SANOJO sobre el Poder Judicial y sostendría: «Dar al Ejecutivo algún poder sobre los jueces es entregarle la República para que la gobierne a su antojo, es destruir toda regla, romper la Constitución» —reproducido en Rogelio PÉREZ PERDOMO, «Obra de Luis Sanojo: La permanente vigencia», *Cuadernos Unimetanos*. n.º 16, Caracas (2008), p. 8—.

¹³ Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo...», p. 238. Cfr. Pedro DÍAZ SEIJAS, «Luis Sanojo al Panteón Nacional», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 72-73, Caracas (1978), p. 312, «El joven magistrado empezaba a paladear los grumos amargos de la violencia política. Para unos fue “draconiano”, para otros hubo de cumplir con su deber».

¹⁴ Vid. Luis SANOJO, «Informe» en *La Lagunita y el Ancón, o sea, una causa sobre prescripción de aguas (seguida por la Sra. Vicenta Ibarra de Castro y el Sr. Ramón de Castro contra el Sr. Luis González)* (Caracas: Imprenta de G. Cóser, 1852), pp. 4-20; Luis SANOJO, *Causa de las señoras Carolina L. de Liborius y Carolina L. de Olavarria con Chartier y Olavarria, en liquidación, sobre nulidad de un contrato* (Caracas: Imprenta independiente, 1865) 57 pp. (folletos).

¹⁵ Vid. Antonio Rafael YANES, *Índice general de la Revista del Ministerio de Justicia* (Caracas: 2.ª, Ministerio de Justicia, 1968), p. 286, «Los atropellos de 1848, le hicieron abandonar la toga de la magistratura y dedicarse al estudio y a la profesión».

¹⁶ Previamente funda la publicación *El Foro* —periódico de jurisprudencia— (1856-1864, con interrupciones), en la cual realizara constantes aportes y polemizará con su contemporáneo VISO, años después algunas de aquellas controversias serán rescatadas del olvido y compiladas —vid. Luis SANOJO y Julián VISO, *Estudios escogidos. Seguidos de ensayos polémicos entre ambos autores* (Caracas: Ministerio de Justicia, «Selección y nota preliminar» de G. KUMMEROW, 1959), *passim*—; véase uno de dichos episodios en: «Una polémica entre VISO y Sanojo en 1856», *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, n.º 7, Caracas (1957), pp. 9-49; también en: *Revista del Ministerio de Justicia*, n.º 52, Caracas

sería producto de la práctica forense, la consulta de los clásicos foráneos y los devaneos por la doctrina más moderna que llegó a sus manos, preparada en los nueve años que le siguen a su breve excursión por la judicatura. Se alude a los comentarios al Código procesal de ARANDA¹⁷.

El Código arandino –como se le conoce comúnmente– fue un texto excepcional y, tiempo después, ya publicado el Código de Procedimiento Civil de 1873, SANOJO señalaría:

El sistema que domina en él es el mismo que se inauguró en 1836 y que en cuarenta años de práctica ha salido triunfante y como tal aprobación de parte de todos, que no ha faltado quien haya visto mal la refundición que ahora se ha hecho de él, mejorándolo notablemente así en su plan como en sus disposiciones¹⁸.

Las virtudes de esta obra lo trae nuevamente al foco de los acontecimientos gubernativos y con ello su intervención como diputado de la Convención de Valencia, donde además prepara las «Bases» de lo que será la Constitución de 1858¹⁹, la suscribirá como secretario de Relaciones Exteriores (cargo que ocupó por seis meses: agosto-1858 a febrero 1859) –lo que hoy sería ministro o canciller–. Y dentro de estas últimas funciones le tocará intervenir y firmar el tratado con Brasil de demarcación de límites fronterizos²⁰ e intervenir en la disputa con los Estados Unidos sobre un alter-

(1965), pp. 109-152, donde se indicará en la «Nota preliminar», «En *El Foro*, en efecto, gracias al espíritu analítico y a la profunda voluntad de trabajo del Licenciado SANOJO, se estudiaron durante un período apreciable, con serena objetividad, innumerables problemas teóricos y prácticos de la vida jurídica nacional» (p. 11). Augusto MIJARES, *Don Julián VISO* (Caracas: Fundación Eugenio Mendoza, 1960), p. 61, comenta: «En *El Foro* publicó don Julián VISO, además del proyecto constitucional mencionado –de mayo de 1858–, numerosos trabajos de jurisprudencia en general, y algunos de ellos en polémica con el director Licenciado SANOJO». Apunta Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo...», p. 243, «*El Foro* tenía en efecto, como miras principales, someter a la publicidad y a la discusión doctrinaria los procedimientos y fallos de los tribunales y juzgados de la República, estudiar las reformas que demandaba el régimen procedimental vigente, preparar el necesario ensanche de la legislación civil en todo lo que se refiere al estado de las personas; apoyar y fortificar la independencia de la administración de justicia en general; hacer en fin la centinela de la seguridad individual tan maltratada por la intemperancia de las autoridades políticas y la debilidad de los jueces, en tiempo de facciones y revueltas».

¹⁷ *Vid. Comentarios al Código de procedimiento judicial de Venezuela* (Caracas: Imprenta de Sanojo y Escobar, 1857). En esta materia le precede la obra de Pedro Pablo CASTILLO y Julián VISO, *Código de procedimiento ilustrado* (Valencia: Imprenta Nueva, 1851), pero de «simple glosa», según comenta Gonzalo PARRA ARANGUREN, «Discurso de orden pronunciado con motivo del traslado de los restos del Licenciado Luis Sanojo al Panteón Nacional», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 74, Caracas (1978), p. 169. *Cfr.* Humberto CUENCA, *El Derecho Procesal...*, pp. 27 y 28, «Nuestra primera obra de índole procesal fue el *Código de procedimiento ilustrado* (...) una auténtica glosa del Código ARANDINO (...) El libro de CASTILLO y VISO es un breve comentario al pie de cada artículo, con acertadas apreciaciones en las que se revela la influencia preponderante que todavía en esta época ejercen sobre los juristas de mediados del pasado siglo, autores coloniales».

¹⁸ *Vid. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su texto* (Caracas: Imprenta Federal, 1876), pp. 6 y 7.

¹⁹ *Vid. Actos de la convención nacional de Venezuela (5 de julio de 1858-3 de febrero de 1859)* (Caracas: Imprenta de M. M. Zarzamendi, 1859), *passim*; *Las constituciones de Venezuela* (Caracas: 3.ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, «Estudio preliminar» de A. R. BREWER-CARÍAS, t. I, 2008), pp. 757 y ss. *Cfr.* Helen L. CLAGETT, *A guide to the law...*, p. 61, «Los términos liberales de esta Constitución se basaron en un proyecto presentado por el jurista y escritor Luis SANOJO».

²⁰ *Vid. Leyes y decretos...*, t. III, pp. 875-878. *Cfr. Anexos ao Relatório da repartição dos negócios estrangeiros* (Río de Janeiro: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1870), pp. 157 y ss.

cado en la isla de Aves²¹, esta última de gran importancia geoestratégica. También fue brevemente secretario de Interior y Justicia en dos oportunidades (1858 y 1861)²².

Llamado por sus dotes de jurista a intervenir ahora como codificador, se incorporó en una nueva comisión codificadora (1868-1869), que por vaivenes de la política no logro su cometido²³.

Una comisión de jurisconsultos, entre los que él figuró de los primeros, quedó encargada de revisar el proyecto de Código Civil. SANOJO emprendió entonces la doble tarea de la codificación en el seno de la comisión, y la de la difusión de las doctrinas que iban dando vida a la obra, desde las columnas de la prensa²⁴.

Más adelante y después de otros episodios traumáticos que implicó restricción al bien máspreciado que es la libertad (1870), es reivindicado el prócer de las letras jurídicas y se incorpora a la más célebre de las comisiones codificadoras (1872) y así emprende junto a otros jurisperitos la tarea de actualizar los principales instrumentos legales del país, a saber: Códigos Civil, de Comercio, Penal, Militar, Fiscal y los de Procedimiento Civil y Criminal²⁵.

²¹ Vid. *The Aves Island case, with the correspondence relating thereto and discussion of law and facts* (Washington: Senado de los Estados Unidos, 1861), *in totum*.

²² Gonzalo PARRA ARANGUREN, «Discurso de orden...», p. 168, indica: «En algunos papeles en posesión de sus descendientes se menciona el desempeño gratuito por el Licenciado Luis SANOJO durante algunos meses del cargo de ministro de la Corte Superior de Justicia en los tiempos de la Guerra de los Cinco Años» (también denominada «Guerra Federal» o «Guerra Larga», 1859-1863). Revisando algunos números del *Registro Oficial*, se ha confirmado que SANOJO aparece suscribiendo colegiadamente varios fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia en el año de 1862, sentencias de fecha 10 de julio; 14 de julio; 25 de septiembre y 27 de octubre –*vid. n.ºs* 45, Caracas (16-07-1862), pp. 356 y 357; 62 (29-10-1862), p. 491, y 64 (08-11-1862), p. 507–. También, como miembro de la Corte Superior del Segundo Distrito, sentencias de fecha 18 de febrero, 10 de marzo –incluso aquí salva su voto como conjuetz–, 4 y 28 de noviembre, 3 de diciembre, todas de 1862 y 21 de febrero de 1863 –*vid. n.ºs* 25 (19-03-1862), p. 197; 37 (06-06-1862), pp. 290 y 291; 70 (06-12-1862), pp. 556 y 557; 77 (10-01-1863), pp. 613-615, y 87 (25-02-1863), pp. 693 y 694–. También, consta en la memoria de la Alta Corte Federal, que en la sesión del 28 de junio de 1876, integra la senaria para suplir las faltas accidentales del juez de primera instancia del Distrito Federal; en sesión de 11 de enero de 1877, conforma la terna para canciller de la Corte Superior del Distrito Federal; así como en la sesión de 21 de julio de 1877, se le incluye en la lista de 15 integrantes para conjuettes de la Corte a escogerse por sorteo. Vid. *Memoria de la Alta Corte Federal* (Caracas, Imprenta Nacional, 1877), p. 146, y la *Memoria de 1878*, pp. 137 y 162.

²³ Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., p. 173, señala: «El 27 de octubre de 1868, el Ejecutivo nacional creó una comisión (...) compuesta del licenciado Luis SANOJO, licenciado Manuel CADENAS DELGADO, Licenciado Cecilio ACOSTA, licenciado Juan ROJAS PAÚL y doctor Ramón FERNÁNDEZ FEO, para que examinaran el Código Civil vigente y proyectaran las reformas que debieran hacerse y para que formulara un proyecto de Código de procedimientos judiciales. Inició sus trabajos la comisión, y aun el licenciado ACOSTA presentó a la cámara su proyecto; pero triunfante el general GUZMÁN BLANCO en 1870, declaró, por decreto de 27 de abril de ese año, que “quedaban desconocidas por la Revolución las leyes, contratos, decretos, resoluciones y demás actos expedidos desde el 28 de junio de 1868, hasta ese día” (...) Este decreto inspirado en el mismo espíritu de intransigencia que el de 8 de agosto de 1863, anuló algunas leyes y decretos importantes del Congreso de 1869, y el decreto sobre codificación a que nos hemos referido».

²⁴ Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo...», p. 254. Fue SANOJO un asiduo colaborador de la prensa nacional, destacándose sus artículos difundidos en el diario *El Federalista* (1863-1870).

²⁵ Inicialmente la sección encargada del Código Civil la conformaban Diego Bautista BARRIOS, José REYES y Ramón F. FEO, incorporándose posteriormente SANOJO y Diego Bautista URBANEJA. Cfr. Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., p. 173. Cfr. Alejandro URBANEJA ACHELPOHL, «El Código Civil de 1873. El Código de Procedimiento Civil de 1873. El Código de Comercio de 1873», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 33, n.ºs 54-55, Caracas (1973), p. 15, «En los codificadores de 1873, todos fervientes patriotas, hubo mucha sabiduría y lucidez de talentos, eran

Se podrá expresar sin rubor: ¡Qué compendio de reglas tan magnificas fue el Código Civil de 1873!, instrumento que siguió las tendencias más modernas para la época –Código Civil italiano de 1865²⁶– fruto maduro de años de reflexión²⁷ y que a la fecha se podría sostener que aunque se han efectuado diversas reformas –1880, 1896, 1804, 1916, 1922, 1942 y 1982– figuras como el Registro Civil o la interdicción²⁸ siguen rigiéndose por los postulados fijados en el «Código de Guzmán Blanco»²⁹. RANGEL LAMUS en su juicio sobre el Código Civil de 1873 indicará:

El legislador del 73 no se limitó a copiar pura y simplemente el Código que tomó como modelo, sino que en muchas de sus disposiciones realizó una labor útil de adaptación a las circunstancias del medio (...) Sea como fuere, es preciso reconocer que el Código de 1873 constituye un verdadero monumento legislativo, pues a través de todas las reformas a que ha estado sujeto desde entonces nuestro ordenamiento civil, muchas de las reglas de aquel Código, aun en instituciones de carácter fundamental, todavía conservan su vigencia³⁰.

de la élite social de la época en la cual vivieron, elegidos por el jefe de Estado, general GUZMÁN BLANCO, aun cuando en actuaciones de este algunos de ellos le fueran adversos, pero que, para la obra codificadora por cumplir tuvo el acierto de llamarlos, convencidos de la integridad de los mismos como garantía de la pureza de sus mentes, en búsqueda de la perfección adecuada al desarrollo armonioso de Venezuela en la vida jurídica».

²⁶ Señala Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., pp. 173 y 174, «No copiaron, sin embargo, nuestros codificadores servilmente el Código italiano, pues se separaron en no pocos puntos de él, ya para amoldarlo a nuestras costumbres o para hacerle aquellas reformas que juzgaron lo mejoraban». El propio SANOJO advertía sobre la labor de codificar «Deberán examinar el estado del Derecho en la República (...) nuestro grado de instrucción, nuestros hábitos, nuestras tradiciones, para respetar, en cuanto sea posible y conveniente, circunstancias tan variadas», citado en Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 124.

²⁷ Afirmaría como oráculo Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo...», p. 257, «Su contingente en la formación del Código Civil venezolano y la exposición comentada que en seguida hiciera de las doctrinas de ese Código, fueron su última labor, sin disputa la más seria y durable de toda su vida».

²⁸ También es cierto que tanto el Registro como los modelos de protección de las personas con discapacidad mental e intelectual demandan urgentes cambios, así en lo tocante a la primera figura aunque se sancionó la Ley Orgánica de Registro Civil en 2009, incorporando un sistema de archivo digital y automatizado tales adecuaciones no se han cristalizado, lo que implica que en la práctica el catastro sigue siendo muy similar al diseñado en 1873 cuando se secularizó y dejó de ser religioso; en lo concerniente a la interdicción e inhabilitación y la respectiva tutela o curatela, tales sistemas demandan una transformación hacia un modelo centrado en los derechos humanos que tengan como fundamento el paradigma que se desprende de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁹ La vinculación del Ilustre Americano con el referido cuerpo civil no obedece a que le correspondió su aprobación como jefe del Gobierno, también se le adosa una intervención activa, tal es el caso de Jesús María PORTILLO, «Intervención positiva del Ilustre Americano en la redacción de los códigos» en *Ofrenda que tres admiradores del Ilustre Americano le presentan por su feliz arribo a las playas venezolana* (Maracaibo: Imprenta Bolívar-Alvarado, 1886), p. 70, quien llegó a sostener que «Guzmán discutió como abogado los códigos de su patria, haciendo triunfar muchas veces sus opiniones contra hombres tan eminentes» y para que no se crea que su juicio es meramente lisonjero reproducen al propio SANOJO que en el Prólogo a sus *Instituciones de Derecho...*, t. I, p. vii, apunta: «El Código Civil, cuya exposición emprendimos, fue obra de una comisión nombrada por el Gobierno, la cual lo discutió en su mayor parte con el jefe de la Nación, y este, digámoslo al paso, cedió de sus opiniones en muchos puntos a las observaciones de la comisión, y las sostuvo en otras, consignándolas en el Código». Ejemplo de esto último sería el tema de los esponsales –«matrimonio por ministerio de la ley»– qué contrario a lo que sostenían los expertos, el Mandatario promovió su propia visión que incorporaría a la Ley de matrimonio civil de enero de 1873, que posteriormente paso a formar parte del Código Civil. *Vid.* Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., p. 174; Alejandro URBANEJA ACHELPOHL, «El Código Civil...», p. 19.

³⁰ Amenodoro RANGEL LAMUS, «Prólogo. El Código Civil de 1873 y sus antecedentes legales» en *Código Civil sancionado por el general Guzmán Blanco* (Caracas: Congreso de la República, 1873), p. xvii.

Se puede sostener entonces, que la labor de redactor de leyes, sumada a la de comentarador de ellas, fueron la amalgama perfecta para la producción de una doctrina que sirvió de semillero a las demás generaciones que se formaron y se siguen formando, con su elevada sapiencia.

Debemos al licenciado Luis SANOJO, ilustrado codificador, un *Comentario al Código de procedimiento judicial* (1857); las *Instituciones de Derecho Civil venezolano* (1873); un *Comentario al Código de Comercio* (1873) y un *Comentario al Código de Procedimiento Civil* (1873), obras todas ricas en buena doctrina y escritas en estilo claro y elegante, han sido el complemento indispensable a la nueva legislación que recibió el país³¹.

Ductor de juventudes en diversos centros educativos: colegios «El Salvador del Mundo» y «Santa María»³² y aunque «amaba la enseñanza de las ciencias» la cátedra universitaria le fue evasiva³³, ZULOAGA indicaría: «Fue siempre partidario del profesorado libre o *privatim docentes*, que sostiene en su tratado de *Derecho político* como medio más adecuado de llevar los más aptos al desempeño de la Cátedra»³⁴.

SANOJO, fue uno de los hombres más liberales y progresistas que ha tenido el país; que auxiliado por una vastísima instrucción literaria y científica, derramó a raudales los conocimientos jurídicos en la prensa, en el profesorado y en sus libros, que son hoy casi el exclusivo guía de la generalidad de los que se dedican a la práctica de las leyes³⁵.

³¹ Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., pp. 175. Cfr. Antonio Rafael YANES, *Índice general*..., p. 286, «Su labor como codificador y publicista es de todos conocida: sus *Comentarios* del Código Civil y del de procedimiento, su obra *Derecho político*, escrita en un estilo sobrio y de una claridad admirable, hablan a los contemporáneos de cómo fue de sabia, de útil y de fecunda la noble existencia de este probo venezolano».

³² El Colegio de Santa María se anunciaba como una «casa de educación y de instrucción primaria, mercantil y científica» en *El Federalista* -n.º 33, Caracas (07-09-1863), p. 4-. SANOJO sería profesor de Historia universal, Filosofía, Gramática latina y Lengua francesa. Cfr. Luis Eduardo AVELEDO MORASSO, *El licenciado Agustín Aveledo, "Prócer de la paz". Una visión de dos facetas de su vida: la de educador y la de filántropo* (Caracas: UCAB-Universidad Monteávila, 2002), p. 95.

³³ Cfr. Miriam CARMONA RODRÍGUEZ, «Luis Sanojo García: educador venezolano del siglo XIX» en *Educadores en América Latina y el Caribe: de la Colonia a los siglos XIX y XX* (Tunja, COLCIENCIAS, D. E. SOTO ARANGO et al. editores, t. III, 2011), p. 163, «SANOJO nunca fue profesor de la Universidad, pero sí se desempeñó como docente particular en el área de jurisprudencia».

³⁴ Nicomedes ZULOAGA, «Doctor Luis Sanojo», *El Cojo Ilustrado*, n.º 46, Caracas (15-11-1893), p. 405. Cfr. José Manuel HERNÁNDEZ RON, «Cumbres jurídicas...», p. 183; Nicolás VEGAS ROLANDO, «El Licenciado Luis Sanojo»..., pp. 390, «Ejerció como *privatim docente* mediante el cual ofreció un medio para la completa preparación jurídica de los abogados, enseñando a sus discípulos, principalmente en Derecho Civil y de Gentes». Una elocuente síntesis, producto de los constantes devaneos con el poder y de las responsabilidades públicas que ocupó, es su obra: *Estudios sobre Derecho político*. Imprenta de Espinal e Hijos. Caracas, 1877. PORTILLO, al reseñar el anterior libro, señalará «en SANOJO resaltaba el aspecto a la vez filosófico y práctico de la ciencia constitucional y que una de las ventajas que tiene la obra de SANOJO, es la forma literaria», parafraseado en Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 130.

³⁵ Nicomedes ZULOAGA, «Doctor Luis Sanojo», p. 405.

3. Sanajo iniciador de la doctrina mercantil

Como se indicó, el origen de nuestra codificación ha estado envuelta en episodios traumáticos, que, al mismo tiempo, no dejan de ser curiosos por estar enmarañados por los juegos de la política³⁶. Por ello nuestro primer Código Civil (1862), que estaba llamado a ser una modesta gloria para la historia patria, no tuvo una vigencia efectiva y lo propio paso con el inaugural Código de Comercio, que en el mismo año de su publicación (1862) fue reformado y «sustituido» parcialmente por otro texto³⁷.

Entonces, en febrero 1862 nace³⁸ nuestro primer Código de Comercio y fenece al apenas salir de la imprenta³⁹ al ser «reformado» el 29 de agosto de ese mismo año, sobreviviendo al decreto de derogación de toda la legislación de Páez⁴⁰, hasta que fue finalmente derogado por el Código de 1873.

Imaginemos ahora la desazón de SANOJO que con arrestos había preparado para el foro nacional una obra dirigida a la explicación de ese primer instrumento sistemático regulatorio de nuestro Derecho Mercantil, que apenas salido de la imprenta, el Código objeto de estudio ha perdido vigor. En efecto, el Código de Comercio de febrero de 1862, fue rápidamente olvidado por la vorágine de la practicidad, al extremo de que el conocimiento de su contenido hoy en día se le debe en parte a SANOJO que, a

³⁶ Vid. Gert KUMMEROW, «Selección y nota preliminar» en Luis SANOJO y Julián VISO, *Estudios escogidos...*, p. 5, «La historia de la codificación en Venezuela no puede ser construida con base en una línea uniforme, ininterrumpida. La historia de la codificación en nuestro país es, en gran parte, la reproducción de esos altibajos, de esas profundas conmociones, que han sacudido siempre las raíces más profundas de la vida americana».

³⁷ Vid. nota al artículo de Luis SANOJO, «Código de Comercio» en *La codificación de Páez* (Caracas: Academia Nacional de la Historia, A. ARELLANO MORENO coord., t. II, 1975), p. 39, «En 1862 se editaron dos Códigos de Comercio: uno corresponde al 15 de febrero de 1862 y fue publicado dos veces en el *Registro Oficial*, debido a que en la primera publicación se deslizaron algunos errores. Y un segundo Código de Comercio de fecha 29 agosto de 1862». En realidad el Código de febrero se publicó una sola vez en el *Registro Oficial* y concluida esta se dictó una Resolución de la Secretaría de Interior y Justicia mediante la cual se corrigen por falla de imprenta «algunos errores sustanciales de publicación del Código de Comercio» que corresponde a 31 artículos –vid. *Registro Oficial* n.º 41 (28-06-1862), pp. 321-323–. Cfr. Héctor GRISANTI LUCIANI, *Antecedentes de nuestra legislación civil y mercantil* (Caracas: s/e, 2002), pp. 99-106.

³⁸ En realidad, debe indicarse que el referido Código de Comercio fue concebido muchos años antes, cuando en el marco de la comisión codificadora de 1840, Francisco ARANDA, Francisco DÍAZ y Juan José ROMERO presentaron un proyecto al Consejo de Gobierno por etapas, entregando los dos primeros libros en abril de 1842, el libro III en 1843, el IV en 1844 y, el último, libro V en marzo 1845, pero sin suerte de su sanción. Vid. Gustavo RODRÍGUEZ, «Nota introductoria»..., pp. 7 y 8. Cfr. Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., p. 172; Helen L. CLAGETT, *A guide to the law...*, p. 25; Héctor GRISANTI LUCIANI, *Antecedentes de nuestra...*, p. 11.

³⁹ El Código de febrero se publicó por entregas, la *vacatio legis* era hasta el 19 de abril –vid. *Registro Oficial* n.º 20 (22-02-1862), p. 153–, pero para esa fecha no se había terminado de publicar todo el texto –vid. *Registro Oficial* n.ºs 21 (01-03-1862), pp. 163-168; 22 (05-03-1862), pp. 169-173 (Libros I y II); 23 (08-03-1862), pp. 178-182; 24, (15-03-1862), pp. 191 y 192; 25 (19-03-1862), pp. 199 y 200; 26 (26-03-1862), pp. 206-208 (Libro III); 27 (02-04-1862), pp. 213-216; 28 (09-04-1862), pp. 222-224; 29 (16-04-1862), pp. 230-232 (Libro IV), y 40 (25-06-1862), pp. 313-316 (Libro V)–, por tales razones el 27 de junio se dicta un Decreto fijándose su vigencia para el 5 de julio –vid. *Registro Oficial* n.º 41 (28-06-1862), p. 323–. Cfr. Gustavo RODRÍGUEZ, «Nota introductoria»..., pp. 8 y 9.

⁴⁰ Vid. Decreto de 1863 en el cual «se declara en su fuerza y vigor las leyes civiles y criminales que estaban vigentes el día 15 de marzo de 1858», quedando derogados los Códigos Civil, Penal, de Enjuiciamiento y Procedimiento de 1862 y 1863 respectivamente, exceptuándose expresamente el Código de Comercio (artículo 1) –*Recopilación de leyes y decretos de Venezuela* (Caracas: Imprenta de la Opinión Nacional, t. IV 1861-1870, 1890), p. 267–.

través de su modesta obra, permitió conservar este valioso instrumento precursor de la codificación mercantil⁴¹.

En efecto, si bien el Código de Comercio de agosto de 1862 fue una reforma principalmente de aspectos de estilo y otros puntuales de carácter sustancial, sería el que trascendería, pues la versión primigenia por la manera en que se ordenó su publicación no llegó a masificarse y, por tal motivo, es entendible que los juristas de esa época perdieran interés en examinar dicho texto que solo tuvo una vigencia formal de meses⁴², siendo la versión de agosto la que perduro en la retina de los estudiosos.

Pero, ¿cómo ha podido SANOJO preparar sus comentarios tan aceleradamente?, en el sentido de que para el 12 de marzo de 1862 ya había reservado los derechos de autor del *Código de Comercio explicado y comentado* y el 17 de ese mismo mes se difunde un aviso en *El Independiente* en el cual se anuncia que el texto se encuentra «en prensa» y estará listo «a finales de abril o principio de mayo», lo que permite deducir que el autor debió estar enterado de primera mano sobre el proyecto de Código de Comercio para así tener preparada y remitir a la imprenta su obra una vez se sancionará el texto legal.

La explicación parte de tomar en cuenta que el origen de dicho Código está en el antiguo proyecto –concluido en 1845⁴³– y que ya el autor había comenzado a madurar la idea de escribir unos comentarios, además el futuro Código no fue enteramente discutido y los cambios a los que pudo ser objeto no fueron sustanciales de tal forma que obligaran a rehacer la obra. Por otra parte, Junta de Comercio de Caracas, que fue la que tomó como iniciativa el nombramiento de una comisión para la preparación

⁴¹ Vid. A. ARELLANO MORENO en nota al pie del artículo de Luis SANOJO, «Código de Comercio»..., p. 39, destaca que «El primer Código, del 15 de febrero del 62, explicado y comentador por el Licenciado Luis SANOJO es el que reproducimos hoy. Cabe observar que este Código no aparece en ninguna de las recopilaciones de leyes y decretos que se han hecho en el país».

⁴² En todo caso, durante su exigua vigencia se aplicó, como lo evidencia el Decreto del 11 de agosto de 1862, mediante el cual Páez como jefe supremo de la República y en atención a la ley III, título I del libro V del Código de Comercio, delimita la jurisdicción de los tribunales mercantiles –vid. *Registro Oficial* n.º 50 (20-08-1862), p. 394–. También podría citarse la sentencia del Tribunal de Comercio de Caracas, de 9 de octubre de 1862, en lo que se refiere a excepción de incompetencia, en el cual el juzgador aplica para su resolución el artículo I, ley IV, título I del libro V del Código de Comercio «... la compra de mercancías para venderse, es un acto de comercio, que somete a la jurisdicción del tribunal mercantil a “toda clase de personas”» –vid. *Registro Oficial* n.º 61 (22-10-1862), pp. 487 y 488–, aunque para esa fecha ya se había reformado el Código de febrero por el de agosto de 1862, el texto de ambos en lo que aquí se refiere es idéntico: «Artículo.- I. Son actos de comercio que someten a la jurisdicción de los tribunales mercantiles a cualquiera clase de personas: 1.º Toda compra de frutos, de ganados y de mercancías hecha para venderlos...» –vid. Luis SANOJO, *Código de Comercio explicado*..., p. 175, y *Recopilación de leyes*..., t. IV, p. 210–.

⁴³ De hecho, como parafrasea Héctor GRISANTI LUCIANI, *Antecedentes de nuestra...*, p. 16, el informe con que se acompañó el Código de 1862 y que preparó la comisión encargada de su revisión señaló: «sirviéndoles de base y principal guía el proyecto de Código elaborado por los señores Licenciado Francisco ARANDA, Dr. Francisco DÍAZ y Licenciado Juan José ROMERO, que desde los años 44 y 45 vio luz pública (...) A tal fin, requirieron la presencia de uno de los redactores del proyecto de Código de los años 44 y 45, es decir al Dr. Francisco DÍAZ, con quien discutieron cuantas alteraciones “hemos hecho o pretendido hacer”».

de un Código de Comercio en 1861 y que el Gobierno ratifica⁴⁴, es la promotora de la tristemente olvidada *Revista Mercantil y Económica*, con carácter bimensual, cuya redacción estaba a cargo del propio SANOJO⁴⁵ y que inicia su publicación el 6 de enero de 1862, tribuna desde la cual se seguirá de cerca los acontecimientos vinculados a la preparación del primigenio Código y se reportarán sus novedades⁴⁶. Esa inclinación inquisitiva por las reformas y los cambios de las instituciones le sería muy característico y por ello afirmaría en un ensayo difundido en *El Foro* titulado «Código nacional»:

Creemos de absoluta necesidad que antes que los Códigos sean sancionados sean sometidos a la revisión de la Corte Suprema y acaso de alguna otra comisión y sobre todo publicados para que el país se imponga de los proyectos y expresen los hombres inteligentes su juicio sobre materia de tanta importancia. Esto contribuirá poderosamente a la perfección de la obra y a la gloria del que tenga la fortuna de ponerle el sello⁴⁷.

En definitiva, al encontrarse SANOJO familiarizado con el Proyecto y en constante contacto con sus proponentes, pudo contar con la información sobre su contenido, lo que le asegurara la primacía de su estudio y difusión, aunque formalmente se sustituyó por el Código de Comercio de agosto de 1862, las variaciones fueron en gran parte cosméticas⁴⁸ y la utilidad de su obra se extenderá sobre este último texto legal.

⁴⁴ Vid. resolución mediante el cual se nombra la comisión –*Registro Oficial* n.º 2 (11-12-1861), p. 10–, y comunicación de la Junta de Comercio –*Registro Oficial* n.º 18 (12-02-1862), pp. 137 y 138–, dirigida al secretario de Interior y Justicia, sobre el Proyecto de Código de Comercio donde se indica que revisado el texto se sugieren dos modificaciones, de las cuales una fue tomada en cuenta.

⁴⁵ Cfr. Gustavo RODRÍGUEZ, «Nota introductoria»..., p. 10.

⁴⁶ Vid. Luis SANOJO, «Código de Comercio», p. 39, este trabajo corresponde a una compilación de opúsculos originalmente difundidos en la *Revista Mercantil y Económica* –no se ha podido acceder a sus ejemplares, pero su texto permite deducir que el inicio debe ser de marzo–, donde se comentan las más resaltantes novedades del Código de Comercio de febrero de 1862 y que para la fecha todavía no había concluido su entera publicación en el *Registro Oficial*.

⁴⁷ Citado en Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 124. Cfr. Luis SANOJO, *Juicio sobre...*, p. 1.

⁴⁸ Indica Gonzalo PARRA ARANGUREN, «Discurso de orden...», p. 176, «el nuevo texto solo reprodujo los preceptos anteriores, con ciertas variantes de estilo y de forma, aun cuando también incorporó la “quiebra por alzamiento” prevista en la legislación española». Vid. Jesús María PORTILLO, *Definiciones del Derecho reunidas y extractadas de algunos textos sobre Derecho romano, de los códigos patrios y de Bello, Álvarez, Mourlon, Lastarria, Sanojo, Bastiat, José Garnier, Calvo y otros expositores de las diversas ramas del Derecho* (Caracas: 2.ª, Imprenta de Antero Hermanos, 1880), p. 44, «Quiebra por alzamiento se llamó aquella en que se oculta, distrae o disimula maliciosamente el todo o parte de los bienes para defraudar a los acreedores, aunque no se ausente el quebrado. El Código mercantil actual comprende la quiebra por alzamiento en la fraudulenta». Cfr. Leopoldo BORJAS, «Desarrollo de la legislación mercantil en Venezuela», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB*, n.º 14, Caracas (1972), p. 23, «Aunque entre los dos textos de los Códigos de 1862 hay diferencias, las mismas no justificaban la promulgación del segundo»; Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, *Historia del Derecho...*, p. 152, «En todo caso, el Código del 15 de febrero apenas estuvo en vigencia 54 días (desde el 5 de julio hasta el 28 de agosto de 1862) y sus diferencias con el Código de 29 de agosto no son significativas». Así, por ejemplo, si se compara los artículos 1 al 12 de la ley 1, título I del libro primero de ambos Códigos, solo se observan cambios formales, como los siguientes: artículo 2 «hubiere cumplido» por «ha cumplido», «podrá» por «puede», «concederá» por «concede», «juzgue» por «juzga», «o donde» por «y donde»; artículo 5 «le estuviere» por «le está», «concederá» por «concede»; artículo 6 «ejerciere» por «ejerce»; artículo 8 «será hábil» por «la mujer es hábil»; artículo 9 «autorizaré» por «autoriza», «quedará» por «queda»; artículo 10 «quedará» por «queda», «dejaré» por «deja»; artículo 11 «estén» por «están», «podrán» por «pueden», y artículo 12 «ocultaren» por «ocultan», y «quedarán obligadas por lo que hicieren o estipularen» por «quedan obligadas por lo que hagan o estipulen» –vid. Luis SANOJO, *Código de Comercio explicado...*, pp. 1 y 2, y *Recopilación*

Ahora bien, en cuanto al fondo, algunos autores han expresado un juicio desfavorable sobre el Código de Comercio de 1862, considerándolo «sumamente defectuoso»:

... baste decir que sus redactores apenas debieron consultar como obra más vasta sobre el Derecho Mercantil a PARDESSUS, quien si es un príncipe de la ciencia, por ser uno de sus fundadores, dista mucho de ALAUZET, quien aprovechándose de los trabajos de aquel y de EMERIGON, MASSE, BORSARI, DALLOZ y todos los que le precedieron, ilumina esta rama del Derecho de tal modo, que, se necesita nuevos sucesos en la vida mercantil de los pueblos, para que bajo su influencia nazcan nuevas ideas⁴⁹.

Por su parte, SANOJO celebrará la sanción del nuevo instrumento legal «con tanta mayor razón cuanto tenemos motivos para asegurar que el Código está a la altura de la ciencia en el siglo, redactado con arte y maestría, y apropiado a las costumbres y demás circunstancias del país»⁵⁰, también destacará más adelante, en el «Prólogo» de su obra, que las leyes vetustas heredadas del Viejo Mundo, no respondían ya a las necesidades del comercio de su época y, por tanto:

Era necesaria, según lo expuesto, la formación de un Código de Comercio, que llenase ese gran vacío de nuestra legislación, y se ha querido satisfacer esa ya urgente necesidad con el Código que a continuación publicamos. No se dieron los encargados de su redacción a la estéril pretensión de aparecer originales, y se aprovecharon de los trabajos legislativos de otros pueblos que nos han precedido en carrera de la civilización⁵¹.

de leyes..., t. IV, p. 164—. Ahora bien, en otras partes si se hicieron reformas de fondo, por ejemplo, ley 1, título 1 del libro V, que trata sobre la Administración Judicial en materia de comercio, la referida ley 1 del Código de febrero está compuesta por 30 artículos; por su parte, la del Código de agosto se integra por 26 disposiciones, lo que implica que además de los puntuales cambios de forma se suprimieron los siguientes artículos: 16 (referido al orden en que se decidirán las causas), 18 (sobre la posibilidad del tribunal de compeler a testigos a comparecer), parcialmente el 19 (la segunda parte referente a la responsabilidad de los conjuces), 21 (sobre la inexistencia de fuero), 22 (sobre certificaciones de documentos por el tribunal), 25 (sobre el libro de sentencias), 26 (archivo de los expedientes), 28 (aplicación de las disposiciones generales sobre juzgados ordinarios a los tribunales mercantiles) y 29 (sobre como proceder en los lugares donde no se establezcan tribunales de comercio), otros se dividieron en varias disposiciones –*vid.* Luis SANOJO, *Código de Comercio explicado...*, pp. 169 y 171, y *Recopilación de leyes...*, t. IV, pp. 208 y 209—.

⁴⁹ Jesús María PORTILLO, «Del progreso de los códigos» en *Ofrenda que tres admiradores del Ilustre Americano le presentan por su feliz arribo a las playas venezolana* (Maracaibo: Imprenta Bolívar-Alvarado, 1886), p. 82. *Vid.* Julio OLAVARRÍA ÁVILA, *Los códigos de comercio latinoamericanos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961), p. 387, apunta: «su construcción y redacción son sumamente primitivas y en ocasiones simple».

⁵⁰ Luis SANOJO, «Código de Comercio...», p. 39. Vale destacar que el Código de Comercio en su ley 1, título 1 del libro V –tanto en su versión original (artículo 27), como en la reforma (artículo 21)– establecía que los jueces de comercio en enero publicaría sus estadísticas del año anterior con «las observaciones que la experiencia le ha sugerido para mejorar el procedimiento y la legislación comercial y para precaver y reprimir abusos»; en tal sentido, el juez de comercio de Caracas, Ignacio Oropeza, remite sus observaciones en un informe bastante completo donde indica, en el ítem «1.º Código en general», «Nuestro Código de Comercio, observado en su plan general, me atrevo a calificarlo de excelente. Tomado de las mejores fuentes, abraza las doctrinas aprobadas por la práctica de las naciones más avanzadas en este ramo de legislación, y en la parte que introduce novedades por razón de localidades y costumbres, consulta inteligentemente la brevedad de los juicios sin dañar la garantía de las fórmulas. Los acreedores tienen toda la seguridad posible de que sus derechos no serán burlados por la astucia del fraude; y el deudor honrado tiene a su vez todas las consideraciones que la civilización y la humanidad han sancionado en favor de la desgracia» –*vid.* *Registro Oficial* n.º 82 (31-01-1863), pp. 652-654—.

⁵¹ Luis SANOJO, *Código de Comercio explicado...*, p. v. *Cfr.* Luis SANOJO, *Instituciones de Derecho...*, t. I, p. vi, «El legis-

En cuanto a sus comentarios, SANOJO sigue el prototipo propio de los exegetas de su época⁵², en la cual si bien consultaban doctrina de autoridad omitían las citas, aunque no deja de destacar en el caso de sus explicaciones al Código de Comercio de 1862, que tiene como guía a PARDESSUS⁵³. En tal sentido, seguirá la estructura del instrumento estudiado y añadirá de seguida a cada sección los comentarios respectivos, así como las referencias necesarias para mantener una perspectiva sistemática de todo el texto.

Ya en escena el Código de Comercio de 1873 –preparado por Manuel CADENAS DELGADO e Isaac J. PARDO⁵⁴–, indicará PORTILLO: «En cuanto al Código Mercantil, creo que es menos claro que el Civil, y no tan filosófico como este, lo cual, si bien se

lador nunca puede romper de una manera brusca con el pasado, ni desatender de todo punto los hábitos e inclinaciones de los habitantes del país en todo esto debe procederse con gran prudencia y mesura para evitar en lo posible las perturbaciones que acompañan siempre a todo cambio». Por lo último indicado, Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN, «Una breve apostilla sobre: *Historia del Derecho Mercantil venezolano* del profesor Morles». En: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Edición Especial, Caracas (2021), p. 178, sostiene «El Derecho Mercantil venezolano, así como el Derecho venezolano en general, es el producto de muy variadas influencias, como lo es también la población venezolana (...) es la suma o el producto de muchas “influencias” u “orígenes”, que entre ellos resultan en un producto muy diferente a la adición de sus partes individualmente consideradas».

⁵² Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 129, «SANOJO, como comentarista, perteneció a la Escuela de la Exégesis y bien puede considerarse como miembro destacado de ella». Cfr. Humberto CUENCA, *El Derecho Procesal...*, p. 32, «Con SANOJO se clausura la etapa de la glosa complementaria del texto legal y él inicia la del comentario expositivo».

⁵³ Vid. Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, «La presencia del Derecho Mercantil en la universidad venezolana», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 1, Caracas (2018), p. 24 (numeración propia), recuerda: «Jean-Marie PARDESSUS (1772-1853), jurista francés, había sido el autor, entre otras obras, de tres libros famosos, que deben haber sido los que tuvo a la mano SANOJO: *Cours de droit commercial* (1813-1817, 4 volúmenes), *Collection des lois maritimes antérieures au dix-huitième siècle* (1828-1845, 6 volúmenes) y *Traité du contrat et des lettres de change* (1809, 2 volúmenes). PARDESSUS, quien fue consejero de la Corte de Casación y profesor de la Universidad de París, también había publicado en 1821 en París una relación de obras denominada *Bibliothèque du Droit Commercial*».

⁵⁴ Vid. el Decreto de 1872, creando una comisión general para redactar los códigos civil, mercantil, penal y militar, así como los respectivos códigos de procedimiento, correspondiéndole la revisión del Código de Comercio a CADENAS DELGADO y PARDO (artículo 2) –vid. *Recopilación de leyes y decretos de Venezuela* (Caracas: Imprenta de La Opinión Nacional, t. v 1870-1873, 1884), p. 149–. Nicomedes ZULOAGA, «Códigos y leyes»..., pp. 174, sostiene: «El Código de Comercio de 1873, es el mismo Código de Comercio de 1862 o de la dictadura, notablemente mejorado y ampliado, de acuerdo con los progresos de la doctrina jurídica». Cfr. Ángel Francisco BRICE, «Discurso leído en la sesión solemne de la Academia, en conmemoración del cincuentenario del fallecimiento del Licenciado Manuel Cadenas Delgado», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 13, n.º 1-2-3-4, Caracas (1948), p. 59, comenta sobre CADENAS DELGADO «en 1868 fue miembro de la Comisión nombrada para examinar el Código Civil vigente para la fecha y proyectar las reformas que debieran hacerse a dicho Código, así como para formular un Proyecto de Código de Procedimientos Judiciales. Por decreto de septiembre de 1872, el Ilustre Americano le nombró, junto con Isaac J. PARDO, miembro de la Comisión encargada de revisar el Código de Comercio; con tal carácter redactó el Código de 1873. Y en 1895 formó parte de la Comisión encargada de redactar un Código de Procedimiento Civil, autora del Proyecto que culminó en el que fue sancionado en 1897». Alejandro URBANEJA ACHELPOHL, «El Código Civil...», p. 32, «El Código de Comercio de 1862, fue derogado por el de 1873, habiendo tenido los codificadores por modelos cuando a este elaboraron el Código de Comercio francés de 1807 y el español de 1829». PARDESSUS indicaría sobre el referido Código español «su nuevo Código es mucho más perfecto que todos los que han salido a la luz hasta ahora. Porque aunque sus redactores no hubiesen hecho otra cosa, sino aprovecharse de los Códigos de las demás naciones, aún en esto mismo merecería muchos elogios su prudencia; pero han hecho mucho más y en esto han dado prueba de su sabiduría» –citado en Leopoldo BORJAS, «Desarrollo de la legislación...», p. 22–.

considera, no es culpa del codificador, sino resultado indispensable del asunto, desde luego que los usos y costumbres que no tienen fuerza en el Derecho Civil si la tienen en el Mercantil»⁵⁵. BRICE señalará:

El Código de Comercio del 73 derogó el de 29 de agosto de 1862, el cual adolecía de serios defectos y de fallas tan importantes que lo hacían un cuerpo de leyes imperfecto para regir las transacciones que debían esperarse del impulso renovador que los hombres del «Septenio» pensaban darle al movimiento mercantil e industrial de la época...

La mayor parte de las indicadas reformas consignadas en el Código del 73 permanecen en la vigente legislación, por lo que puede decirse, por tanto, sin lugar a error, que CADENAS DELGADO con su Proyecto echó las bases del Derecho positivo Mercantil venezolano de nuestros tiempos⁵⁶.

MORLES HERNÁNDEZ, a la distancia, es más objetivo en su juicio sobre el texto legal, «el Código de Comercio de 1873 no es el mismo de 1862 ni tampoco es una obra maestra. Esta última valoración constituye, sin duda, una exageración, pero lo que sí es cierto es que este Código representó un progreso para la legislación mercantil venezolana, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista del contenido»⁵⁷.

El tenaz Licenciado preparará una obra para comentar dicho instrumento con mayor densidad que la que dispuso para explicar el Código de febrero de 1862⁵⁸, pues además del aumento de las materias reguladas en el nuevo Código, se sumaría una década de lecturas y estudios, de allí que exprese de entrada la siguiente «Advertencia»:

... en castellano hay muy poco escrito en la materia y como no todos son entendidos en lenguas extranjeras, no estará de más un libro que esponga, en nuestra lengua, los principios de jurisprudencia mercantil que han menester los que tienen intervención en estos asuntos...⁵⁹

⁵⁵ Jesús María PORTILLO, «Del progreso de los códigos»..., p. 85. En todo caso, «son acreedores a una mención honorífica los Códigos Mercantil y Civil. Ambos se distinguen por una gran claridad en el estilo y por una precisión metodológica en la exposición» (p. 84).

⁵⁶ Ángel Francisco BRICE, «Discurso leído...», pp. 59, 60 y 63. *Cfr.* Alejandro URBANEJA ACHELPOHL, «El Código Civil...», p. 36, al referirse a los códigos de 1873, sostiene «Son obras maestras, no ajenas a la rigidez de la crítica anhelante de la perfección, que mal pudiera negar en sus autores el propósito preclaro de alcanzarla, para hacer efectivo con la justicia, el triunfo del Derecho en Venezuela».

⁵⁷ Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, «La presencia del Derecho...», p. 25.

⁵⁸ Helen L. CLAGETT, *A guide to the law...*, p. 27, comentará sobre tales obras: «Ambos trabajos se consideran eruditos y autorizados, al igual que sus comentarios sobre los códigos en otros campos».

⁵⁹ Luis SANOJO, *Exposición del Código de Comercio...*, t. 1, p. i.

Recuérdese que SANOJO cultivó el estudio de las denominadas leguas muertas –latín y griego– y fue asiduo traductor de doctrina y jurisprudencia inglesa y francesa que difundía en *El Foro*⁶⁰, *después aprendería italiano lo que le facilito el manejo de dicha legislación que influyo en su labor como codificador*⁶¹.

El texto de SANOJO se inoculó fácilmente en la doctrina nacional, pues no existía ninguna obra completa que obsequiara una visión integral de los institutos mercantiles, además del hecho que su fama le precedía en temas de explicación erudita de la legislación codificada, de allí que MORLES HERNÁNDEZ subrayaría:

El libro de Aníbal DOMINICI, publicado en Caracas en 1891, junto con los libros de Luis SANOJO, fueron los únicos textos que explicaban la materia completa del Código de Comercio venezolano. Con esos libros se enseñó el Derecho Mercantil en la Universidad de Caracas y seguramente también en la de Mérida, pues no hay noticias de la publicación de manuales o tratados sobre esa materia en esta última universidad. Probablemente, se encuentren algunos apuntes de las clases de algún profesor, costumbre muy antigua de la universidad venezolana⁶².

Después de las obras de SANOJO y DOMINICI, que tienen como parangón el emanar de grandes maestros y comentaristas que cultivaron tanto la disciplina civil como mercantil con destreza, hubo que esperar varias décadas para ya entrado el siglo XX encontrar una obra de gran relevancia como es la de PINEDA LEÓN⁶³ que sirvió de transición entre la exegesis decimonónica⁶⁴ y la doctrina científica donde se inscriben

⁶⁰ Ángel Francisco BRICE, «Licenciado Luis Sanojo...», p. 116, apuntará sobre SANOJO: «En las páginas de *El Foro* encontramos trabajos jurídicos notables sobre temas diversos; trataba las instituciones desde sus fuentes y las estudiaba en los autores romanos, franceses, italianos e ingleses, en sus obras originales; porque además del castellano, sabía griego, latín, francés, inglés y traducía el italiano; era un verdadero políglota».

⁶¹ Comentara el propio SANOJO en una epístola fechada el 22-12-1870, «Yo mismo me admiro de lo que he estudiado en estos ocho meses. He hecho un estudio profundo de WHEATON, he aprendido mucho Derecho Civil, he recordado mi latín y hasta mí poco de griego, sin dejar de leer por esto a TÁCITO nuestro amigo y nuestro supremo consolador». *Vid.* Henry WHEATON, *Elements of international law* (Londres: 1836). *Cfr.* Ricardo BECERRA, «El Dr. Luis Sanojo...», pp. 240, 244 y 257, «El folletín *El Foro* sucedieron las hermosas biografías del Civilizador DE LAMARTINE, algunos de los estudios de MACAULAY sobre la caída de los Estuardos y el advenimiento al trono de los príncipes de la casa de Orange y fragmentos, escogidos de las obras de MADAMA DE STAËL y de Benjamín CONSTANT; al mismo tiempo que en la sección de fondo aparecían periódicamente los más notables artículos de la *Revista* de la legislación francesa y la exposición de las doctrinas con que los tribunales británicos resolvieron, según su viejo sistema, cada caso particular en la aplicación del Derecho». *Vid.* también la traducción que publica de Alphonse DE LAMARTINE, *Historia de César* (Caracas: Rojas Hermanos, Libreros-Editores, 1856), 300 pp.

⁶² Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, «La presencia del Derecho...», p. 26.

⁶³ Pedro PINEDA LEÓN, *Principios de Derecho Mercantil* (Mérida: Artes Gráficas, 1943), 528 pp. *Vid.* Alfredo MORLES HERNÁNDEZ, «La presencia del Derecho...», p. 30, «Es el primer manual o curso sobre la materia mercantil que se publica en el siglo XX en Venezuela sin seguir el método de la exégesis del Código de Comercio utilizada con anterioridad por SANOJO y por DOMINICI». *Cfr.* Nayibe CHACÓN GÓMEZ y Edison Lucio VARELA CÁCERES, «Semblanza del profesor Pedro Pineda León», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 8, Caracas (2022), pp. xi y ss.

⁶⁴ Luis SANOJO, *Instituciones de Derecho...*, t. 1, p. vii, aclara sus reales pretensiones al comentar los códigos por él estudiados, «No es nuestro ánimo juzgar sus disposiciones a la luz de los principios filosóficos, sino únicamente exponerlas y explicarlas dar las reglas que nos parezcan más adecuadas para la recta aplicación y tratar de sortear desde luego las dificultades que puedan ofrecerse en la práctica; no se espere, pues, de nuestra parte aquel juicio, que en manera alguna nos comprometemos a exponer».

Roberto GOLDSCHMIDT, Carlos MORALES, Alejandro TINOCO, Leopoldo BORJAS H., Ely Saúl BARBOSA PARRA y el propio MORLES HERNÁNDEZ, entre otros.

Queda en evidencia, entonces, la impronta que SANOJO dejó en la doctrina nacional, pero también hay rastros en otras latitudes. Así, aludiéndose a su doctrina mercantil, la misma es citada en textos foráneos, como de Argentina⁶⁵, Uruguay⁶⁶, Guatemala⁶⁷ o España⁶⁸, por solo citar algunas fuentes asequibles.

El legado de SANOJO ha pervivido a su época, pues sus obras todavía hoy se consultan y se atesoran como una muestra sincera de gratitud por haber fijado el camino a las juventudes⁶⁹, que han sabido seguir y acrecentar en beneficio de las ciencias jurídicas venezolanas.

Su ilustrado pensamiento liberal –en idea y ejecución⁷⁰–, aunque olvidado por muchos, descuello en estos momentos aciagos que se atraviesan y resuena como oráculo:

Establecido el comercio libre, los pueblos tendrán necesidad los unos de los otros, y el interés que estos tengan en la prosperidad de aquellos engendrará odio a la guerra, el mayor de los males a que está sujeta la humanidad...

No es, pues, la buena organización del Gobierno suficiente garantía contra los abusos que puede cometer el Estado, si se le permite mezclarse en lo que no es de su resorte.

El papel del Estado respecto de las instituciones sociales de que venimos tratando, ha de reducirse a administrarles justicia, como a cualquiera individuo o corporación. Garantir la libertad de las creencias y su espontáneo desarrollo, de la educa-

⁶⁵ Ernesto QUESADA, *Estudios sobre quiebras* (Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1882), pp. 56, 81, 104 y 105, donde además destaca: «El Código de Comercio de Venezuela, sancionado por GUZMÁN BLANCO, en 20 de febrero de 1873, es, como ya dije, sumamente adelantado», por su parte el autor no se limita a indicar cuál es nuestra legislación vigente, sino que le dedica varios parágrafos –393 al 398– a las reformas introducidas con el Código de 1873 en especial «–Opiniones de SANOJO. –Controversias» (pp. 275-279). Véase del mismo autor: «Las quiebras de las sociedades anónimas en el Derecho argentino y extranjero», *Nueva Revista de Buenos Aires*, año II, t. IV, Buenos Aires (1882), pp. 101 y 124. Norberto PIÑERO, «La prescripción en el derecho cambiario (parte III)», *Revista Jurídica*, t. I, Buenos Aires (1884), pp. 103 y 104, cita a SANOJO como expresión de la doctrina en donde su legislación mercantil siguió el modelo francés.

⁶⁶ Juan A. MÉNDEZ DEL MARCO, *Derecho Internacional Privado de la unidad y pluralidad de quiebras* (Montevideo: Universidad de Montevideo, Tesis de doctor en jurisprudencia, 1894), p. 27.

⁶⁷ Su doctrina sobre acto de comercio es citada en el «Informe de la Comisión Codificadora», especie de Exposición de motivos que acompaña al Código de Comercio de 1877. *Vid. Código de Comercio de la República de Guatemala* (Guatemala: Imprenta la Luna, 1877), p. viii.

⁶⁸ Rafal UREÑA Y SMENJAUD, «Ensayo de un plan orgánico de un Curso de Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 72, Madrid (1888), p. 45, donde se cita la obra de SANOJO como representante de la doctrina moderna. También el autor español Ricardo Ovidio LIMARDO, *Legislación comercial comparada o sea Códigos de Comercio de Europa y América* (París: s/e, t. I, 1896), p. 247, destacando la doctrina de SANOJO sobre la definición de los «actos mercantiles».

⁶⁹ *Cfr.* Rogelio PÉREZ PERDOMO, *Una mirada al Derecho y su historia desde Venezuela* (Caracas: Academia Nacional de la Historia, Discurso de incorporación, 2014), pp. 25 y 26, «Luis SANOJO y Aníbal DOMINICI descuello porque sus obras pasaron a ser de constante consulta de los abogados por varias décadas».

⁷⁰ *Vid.* Luis SANOJO, *Estudios sobre Derecho...*, pp. v y ss.

ción y la industria, reprimiendo a todo el que de hecho intente turbar los derechos de los demás en estos puntos, como en cualquiera otro, tales son las atribuciones del Estado, de las cuales no puede pasar, sin faltar al objeto de su institución. Puede sin duda ejercer vigilancia sobre la Iglesia, la Educación y la Industria para prevenir los males que sus administradores puedan cometer, mas sin mezclarse jamás en su dirección⁷¹.

Ojalá se hubiera atendido el sincero consejo, seguramente otro sería el rumbo tomado. Pondérese, entonces, la lección dispensada por SANOJO y retómese el camino haciendo de la verdad, el bien y la belleza, la reglas máximas que nos guíen, pues,

Si no las perfeccionamos cuanto nos sea posible, nos exponemos al extravío de la inteligencia que dará por resultado el error, al extravío de la voluntad que nos hará decidir por el mal, al extravío de la sensibilidad que nos inducirá a tener por bello lo repugnante y monstruoso⁷².

Uno de sus contemporáneos señaló, al momento de su partida, en un lejano 27 de enero de 1878⁷³:

... hemos tenido el dolor de perder al sabio jurisconsulto Licenciado Luis SANOJO, gloria legítima del foro y de las letras venezolanas, que logró merecida celebridad con la excelencia de sus trabajos morales, fruto de una laboriosidad incansable tanto más meritoria cuanto que en nuestro país los trabajos intelectuales jamás obtienen la debida remuneración...⁷⁴

Como se ha podido apreciar, SANOJO vivió sinsabores y momentos de enorme alegría, como todos, pues, fue humano. Entre los reconocimientos vale mencionar que le fue otorgada la Medalla de oro «Honor a las Ciencias» 1876, por su función como redactor de los códigos naciones. Después de su prematura muerte, su esfinge fue ensalzada y hoy reposa como prototipo de ideal jurisperito en el Colegio de Abogados del Distrito Federal, en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y en el salón de sesiones de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia junto a otros sabios varones. La Universidad Central de Venezuela lo tiene como epónimo de la Orden «Luis Sanojo», y su Estado natal, Guárico, también ha instituido una orden con su nombre. Sus restos reposan en el Panteón Nacional desde 1978.

⁷¹ Luis SANOJO, «Notas» al libro de José Victorino LASTARRIA, *Libro de oro para las escuelas* (Caracas: Rojas Hermanos Editores, 1866), nota 1, pp. 135 y 136.

⁷² *Ibid.*, nota 2, p. 137.

⁷³ Apunta Gonzalo PARRA ARANGUREN, «Discurso de orden...», p. 181, que días previos a su aciago deceso el «quince de enero de 1878 es escogido para integrar una nueva comisión revisora del Código de Comercio, pero ya no le será posible cumplir la encomienda». También se mantuvo activo en los estrados hasta sus últimos días, como se evidencia en: *Memoria de la Alta Corte Federal* (Caracas: Imprenta Nacional, 1878), pp. 100, 160, 165, 171 y 197. Véase también: Luis SANOJO, «Defensa del Ministro de Hacienda», *El Federalista*, n.º 1776, Caracas (04-08-1869); o *Defensa de Jesús María Pérez* (Caracas: Imprenta de Antero Hermanos, 1877), 12 pp. (folleto).

⁷⁴ Julio CALCAÑO, «Necrología», *El Semanario*, n.º 18, Caracas (02-02-1878), p. 288.

Pero tal vez el mayor elogio ha sido que su doctrina ha pervivido a los avatares del tiempo y continúa citándose y analizándose cuando se desea acometer el estudio de las fuentes históricas de los institutos más tradicionales, por ello su imagen señera e ilustrada no ha podido ser borrada de la retina de los estudiosos que cada cierto tiempo vuelven a su obra a rescatar algún consejo aleccionador.

Consideraciones acerca de la adopción de formas mercantiles para ejecución de actos de naturaleza no mercantil

Alfredo José Mendoza Méndez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 469-490

Resumen: El eje central de la presente investigación radica en determinar las consecuencias en cuanto al régimen de responsabilidad, principios y normas jurídicas aplicables se refiere, respecto de la adopción de figuras societarias de naturaleza mercantil, cuyo objeto social no consista propiamente en actos de comercio. De la misma forma, pero a la inversa, se tratan aspectos derivados de la realización de actos de comercio, bajo sociedades constituidas conforme con normas del derecho civil. Se tratan de forma general las implicaciones fiscales a nivel de tributos municipales.

Palabras clave: Libre asociación; Mercantilidad; Sociedades.

Considerations regarding the adoption of commercial forms for the execution of acts of a non-commercial nature

Abstract: *The main objective of this paper lies on the purpose of establishing the congruousness and consequences regarding the liability, principles and applicable acts of adopting commercial law forms, in cases where the aims or motives followed by the parts does not have commercial nature but are considered to be mainly civil acts. In that sense, it also pursues the objective of showing off the tax implications that goes by with the consecution of the acts in reference.*

Keywords: *Commercial Law; Right of association; Corporations.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 26/11/2023

* Abogado. Mención *Magna Cum Laude* Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela). Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialidad en Propiedad Intelectual Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela). Autor del libro “Contrataciones en moneda extranjera en Venezuela. Especial referencia a la Jurisprudencia del T.S.J.”, disponible en el repositorio *Dialnet* de la Universidad de la Rioja. Diplomado en Propiedad Intelectual por la OMPI

Consideraciones acerca de la adopción de formas mercantiles para ejecución de actos de naturaleza no mercantil

Alfredo José Mendoza Méndez*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 469-490

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Sobre el derecho de asociación. 2. Sobre la asociación de personas y el derecho societario, entre el derecho civil y mercantil. 2.1 Implicaciones en cuanto al régimen jurídico general aplicable. 2.2. Asociación de personas para el ejercicio de profesiones liberales. 2.3. Asociación de personas para el desarrollo de actividades deportivas. 3. Implicaciones Fiscales. 3.1. Impuestos municipales.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCION

En el presente trabajo se hará un breve recorrido respecto de algunos aspectos del derecho societario, con especial tratamiento entorno al régimen aplicable a este, cuando la naturaleza del objeto social del mismo diste del de la sociedad en cuestión, como sociedad civil o mercantil, haciendo énfasis en relación al criterio esencial a los efectos de tal determinación.

Se analizan como paradigmas, los casos de sociedades¹ cuyo objeto social sea prestación de servicios profesionales liberales y los que consistan en asociaciones para la actividad y práctica deportiva.

Así también, se hacen algunas consideraciones en relación a las implicaciones que a nivel tributario tienen –específicamente a nivel de impuestos municipales–, el hecho de identificar una actividad económica u objeto social como mercantil o no.

* Abogado. Mención *Magna Cum Laude* Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela). Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialidad en Propiedad Intelectual Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela). Autor del libro “Contrataciones en moneda extranjera en Venezuela. Especial referencia a la Jurisprudencia del T.S.J”, disponible en el repositorio *Dialnet* de la Universidad de la Rioja. Diplomado en Propiedad Intelectual por la OMPI

¹ Partiendo de que la sociedad como noción jurídica, tiene como elementos característicos, la “Obligación de aportar”, la “participación en los beneficios y pérdidas” y los “derechos y obligaciones fundadas en la idea de que la sociedad persigue un fin común a todos los socios” José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías, Derecho Civil IV*, 17 ed., Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008, 501-508

Para ello, se parte de los fundamentos, esto es, las libertades económicas, el derecho de asociación, autonomía contractual y propiedad. Poniendo de relieve que cualquier limitación a ellos, debe encontrar suficiente justificación material y formal, bajo pena de resultar contrarios a la cúspide del sistema normativo, esto es, la Constitución.

1. Sobre el derecho de asociación

Cualquier planteamiento que verse entorno al ejercicio de derechos y libertades económicas debe analizarse de manera necesaria e imperativa, en observancia a los principios, garantías y disposiciones que al respecto estén previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela —en adelante la Constitución— pues es la norma suprema fundamento de todo el ordenamiento jurídico venezolano² y en tal sentido priva sobre todas las demás normas jurídicas.

Aún más, en Venezuela, a tenor de la remisión expresa que la propia Constitución efectúa en su artículo 23, las normas sobre derechos humanos que “sobre su goce y ejercicio” sean “más favorables a las establecidas” en la Constitución son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” y prelan respecto de aquellas en cuanto a su orden de aplicación.

Ese derecho subjetivo a asociarse libremente con otras personas para la protección o desarrollo de sus intereses, —en su esfera de la libre autonomía de las partes— se desprende a su vez conforme a como ha sido apreciado por la doctrina³, del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad⁴, el derecho a la libertad económica⁵ y el derecho a la propiedad⁶, los cuales lo integran y complementan.

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453, extraordinario de 24 de marzo de año 2000. Art. 7 “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

³ Ver: Juan Korody Tagliaferro, «Interpretación y Efectos Económicos de los Contratos», en *Los Efectos Tributarios de los Contratos*: en Memoria del Dr. Emilio Roche.. (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014): 15, CITADO POR Rafael Alejandro Uzcátegui Castro, «Los acuerdos de costos compartidos en el ordenamiento jurídico venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 1 (2018): 510-512. Disponible en https://www.sovedem.com/files/ugd/de1016_4a8adb54c38142a7ad1432e34362f438.pdf”; Angello Javier Peña Barrios, «Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 3 (2019): 529. Disponible en https://www.sovedem.com/files/ugd/de1016_aa2124bbd8a549b-89f313f76cb6acf14.pdf; En igual sentido, Serviliano Abache Carvajal, «El cambio del ejercicio económico de la sociedad mercantil. Cit..., 356

⁴ Art. 20 CN: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”.

⁵ Art. 112 CN: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

⁶ Art. 115 CN: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes.

Así pues, esa autonomía privada de asociarse libremente⁷, como manifestación de la libertad de contratar, se constituye de acuerdo con lo expresado por UZCATEGUI⁸ en “uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico” y en tal sentido dicho ordenamiento “–en su conjunto– debe interpretarse conforme a dicha autonomía que habilita a los operadores jurídicos a ejecutar libremente sus actividades”.

De ese modo, si bien la ley puede disponer limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades, tales limitaciones deben sujetarse a requisitos formales y materiales. Es decir, ante tales limitantes existe una “doble garantía, la de reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial”⁹.

En igual sentido, se ha establecido por la Sala Constitucional del TSJ en sentencia No 329/2000¹⁰ que “debe destacarse” que la posibilidad de limitación de un derecho fundamental, “no implica ejercicio alguno de poderes *discrecionales* por parte del legislador”, sin poder:

Pretender calificar, por ejemplo, como ‘razones de interés social’ limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice.

Así entonces, resulta ineludible resaltar e insistir en que cualquier limitación a los derechos de orden fundamental, y en el caso concreto, del derecho a asociarse libremente para la consecución de intereses, sean estos de lucro o no, no puede verse limitado a tal grado que el derecho se haga “irrealizable e impráctico”, tal como ha sido señalado por PEÑA¹¹.

⁷ Art. 51 CN: “Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho”.

⁸ Rafael Alejandro Uzcátegui Castro, Los acuerdos... cit, 355-356

⁹ Sentencia No 37 de fecha 16 de noviembre de 1981 del Tribunal Constitucional Español, citada por Angello Javier Peña Barrios, Reflexiones sobre el desconocimiento... cit, 530; En igual sentido, ha sido citada en la doctrina venezolana por Guerrero-Rocca: no “cualquier limitación legislativa a la libre autonomía contractual de las partes no es inconstitucional *per se*”, salvo que se afecte su “contenido esencial”, Gilberto Guerrero-Rocca, «Validez del canon arrendaticio en moneda extranjera y la facultad de los árbitros de desaplicar su prohibición», *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, 3 (2020): 56. Disponible en: https://issuu.com/cedca/docs/marc_edicion_3_2020

¹⁰ CITADA POR Allan Randoplh Brewer-Carias, «La Sala Constitucional vs. La garantía Constitucional al debido proceso», S/f, 8 Disponible en https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Aigg3u5uUykJ:https://allanbrewer-carias.com/wp-content/uploads/2007/09/948.-I-1-891.-LA-SALA-CONSTITUCIONALvs.-EL-DEBIDO-PROCESO-LA-despersonalizaci%25C3%25B3n-societaria_-26-07-2004..pdf&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=ve

¹¹ Angello Javier Peña Barrios, Reflexiones ... cit, 530

2. Sobre la asociación de personas y el derecho societario. Entre el derecho civil y el derecho mercantil.

Para la consecución de sus intereses, cuando existe un *animus affectio societatis* las partes regulan sus operaciones mediante el establecimiento de una sociedad. Siendo de importancia destacar que esa sociedad puede originarse tanto de forma tal que subsista el carácter individual de cada parte cocontratante, como constituirse formalmente como una persona jurídica independiente mediante el otorgamiento del instrumento –contrato– por ante el registro competente, según que por su forma se trate de una sociedad civil o de una sociedad mercantil.

En igual sentido, los actos o contratos efectuados por –y como consecuencia– de esa precedente sociedad, pueden referirse –e independientemente de la forma societaria adoptada– así a actos de carácter civil, como a actos de comercio.

GORRONDONA¹² es del criterio que “Para distinguir las sociedades civiles y mercantiles existen dos sistemas fundamentales” en el marco de los cuales, “en uno se atiende al objeto social y en otro, a la forma que adopta la sociedad”, pese a que ese sistema, “muchas veces se combinan en un sistema mixto” y a que “el criterio fundamental es el objeto social”.

Así, se puede colegir que según el autor a los efectos de la caracterización de una sociedad como civil o mercantil, además de la natural referencia a si la misma *formalmente* reviste dicho carácter, debería observarse el objeto social desarrollado por esta, es decir, los actos o contratos que celebra¹³. A decir de las sociedades civiles ha señalado que:

Estas sociedades pueden, por cierto, adoptar forma mercantil (p.ej.: de sociedad en nombre colectivo), caso en el cual: 1º) la sociedad no es mercantil, de modo que el contrato social correspondiente no constituye un acto de comercio, ni los socios adquieren nunca cualidad de comerciantes por razón de la sociedad, ni los actos del ente pueden ser calificados como actos subjetivos de comercio, ni la sociedad está sujeta a las obligaciones profesionales de los comerciantes ni puede ser declarada en quiebra¹⁴.

En la doctrina comparada se aprecia congruencia cuando se sostiene que, lo determinante a los efectos de la aplicación de las normas de derecho mercantil, es que la naturaleza de las actividades desarrolladas por la sociedad –es decir su objeto social– se

¹² José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías*, cit... 496.

¹³ Criterio también expuesto por Kimlen Chang de Negrón, «La irrupción del concepto de actividad económica en el sistema de derecho mercantil venezolano de nuestro tiempo» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 2 (2019): 35-36. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/2/RVDM_2019_2_03.pdf

¹⁴ José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías*, cit..., 497.

encuadre dentro de la calificación de acto de comercio, requiriéndose por lo demás que tales actividades se desarrollen efectivamente –más allá de su mera consagración estatutaria–. Tal es el criterio seguido, por ejemplo, en Chile por LETONJA¹⁵, en México por DIAZ¹⁶, y en España por GARCÍA-VILLARRUBIA¹⁷, quien ha expresado que “la sociedad quedará sujeta a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio” sin que:

para eludir la aplicación de las reglas mercantiles sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico.

En Colombia, se ha optado por establecer vía legislativa que “se tendrán como comerciales”, las sociedades “que se formen *para* la ejecución de actos o empresas mercantiles” (destacado nuestro). Mientras que, las sociedades “que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles”. Pese a que ambas sociedades civiles o sociedades mercantiles, “estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”¹⁸.

En lo que a Venezuela respecta, el TSJ se ha pronunciado, entre otras, mediante sentencia N.º 649 del 23/05/2012 proferida por la Sala Constitucional, en la cual reitera sus decisiones N.º 781 y N.º 3241 del 12/12/2002 y N.º 781 del 06/04/2006, exponiendo respecto de las sociedades cuyo objeto social sea prestar servicios de profesiones liberales que:

El parámetro delimitador de la naturaleza (civil o mercantil) de la actividad desarrollada es material y formal, pero no subjetivo, pues los denominados profesionales libres pueden asociarse incluso en formulas organizativas de carácter mercantil y, aun así, ejercer esencialmente su profesión manteniendo el rasgo civil de su actividad o, por el contrario, pueden actuar bajo fórmulas societarias civiles que fungen de mampara para el desarrollo de actos de comercio

¹⁵ “El hecho de que la ley declare que la sociedad (el sujeto) sea siempre de naturaleza mercantil no se deriva que necesariamente todos sus actos deban también serlo”. Kristofer Constantino Letonja Cepeda, «Patente municipal, ¿Impuesto, contribución especial o tasa?». (Trabajo especial de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013), 123. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116252>

¹⁶ “Una obligación mercantil solo puede surgir de un acto de comercio” Arturo Diaz Bravo, *Contratos mercantiles*, 11ª ed., (México: Universidad Autónoma de México, 2017), 5. Disponible en: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/contratos_mercantiles_aturo_d%C3%ADaz_bravo.pdf

¹⁷ “Lo que diferencia una sociedad civil de una sociedad mercantil es la naturaleza de la actividad a que se dedica la sociedad, Manuel García-Villarrubia, «La actividad mercantil de las sociedades civiles y de otros entes “irregulares”», *Boletín Mercantil* 94 (2021). Acceso el 25 de octubre de 2023 <https://www.uria.com/es/publicaciones/7695-la-actividad-mercantil-de-las-sociedades-civiles-y-de-otros-entes-irregulares>

¹⁸ Todo de acuerdo a la ley 222 de 1995 por el cual se dicta un nuevo régimen de sociedades. Congreso de Colombia. Diario Oficial N° 42.156 del 20 de diciembre de 1995.

En ese orden de ideas, no hay discusión alguna que en cuanto a la constitución de una sociedad mercantil deben observarse las normas del Código de Comercio¹⁹, pero en cuanto a los actos, contratos u obligaciones que surgen del objeto social de esa sociedad mercantil en su cualidad de comerciante, se debe destacar que la norma mercantil los regirá en tanto que los mismos comporten una operación mercantil y se refieran a actos de comercio²⁰.

Conforme a dicho código, son dos los sistemas para identificar o calificar a un acto como mercantil, uno objetivo y otro subjetivo. No siendo óbice ello, sin embargo, para que modernamente se haya puesto de relieve que el Derecho Mercantil es hoy en día “el derecho de la actividad económica” o el de la manifestación de la actividad económica, de acuerdo a como en nuestra opinión, acertadamente lo apunta la Dra. KIMLEN CHANG DE NEGRÓN²¹

Por una parte, conforme con el sistema objetivo si el acto en cuestión se enmarca dentro de lo establecido en alguno de los veintitrés supuestos previstos en el artículo 2 *eiusdem*, el acto será mercantil. Por la otra, de acuerdo con el sistema subjetivo, la mercantilidad del acto vendrá dada en atención al carácter de comerciante de quien realiza el acto. Estableciéndose una presunción *iuris tantum* y admitiendo por vía de excepción que existirán actos de comerciantes de naturaleza no mercantil²².

En concordancia con este sistema subjetivo y la excepción en referencia, el Código de Comercio establece de forma expresa en su artículo 200 que las sociedades de capital “tendrán siempre carácter mercantil” salvo disposición especial en contrario de la ley o salvo que se dediquen “exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria”²³. Sobre tal norma, resultan de interés los comentarios que al respecto efectúa

¹⁹ Y las especiales que rijan la constitución de sociedades dedicadas a determinados ramos económicos, tales como el Decreto-Ley de la Actividad Aseguradora G.O. N° 6.211 extraordinario de fecha 15/03/2016 o el Decreto-Ley de los fondos y las sociedades de capital de riesgo G.O N° 554 extraordinario de fecha 13/11/2001 (que aunque en desuso, conserva su vigencia normativa); o bien, en el caso de España la respectiva Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto legislativo 1/2010, BOE N° 161 de fecha 03/07/2010.

²⁰ Art. 1 CCom: “El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”.

²¹ Kimlen Chang de Negrón, La irrupción del concepto de actividad económica, cit..., 48. Si bien su análisis es de importancia, escapa al alcance del presente trabajo ahondar en los fundamentos de los sistemas del Derecho Mercantil, de tal manera que a dichos fines nos remitimos al trabajo citado y entre otros, ver: Pedro Flores Polo, «De los actos de comercio a la noción jurídica de la empresa en la realidad peruana», *Themis* 7 (1987): 33-39. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10667/11142>

²² Art 3 CCom: “Se reputan además actos de comercio cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes si no resulta lo contrario del acto mismo y si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil”.

²³ Art 200 CCom: “Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio. Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria. Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes por las disposiciones de este Código y por las del Código Civil.

ARAQUE²⁴, los cuales serán expuestos en el apartado de la asociación de profesiones liberales.

Bajo el marco anterior, lo más natural sería pensar que si los particulares han decidido asociarse para la consecución de sus intereses constituyendo una sociedad mercantil, es debido, precisamente, a que las actividades a desarrollar por su parte, son de naturaleza mercantil.

Lo que podría ser igual de predicable, pero en un sentido contrario, a que si han constituido una sociedad civil es porque tal sociedad ejecutara actos de carácter civil. Línea de pensamiento o lógica que, sin embargo, contrasta con las prácticas observadas.

En España se ha destacado que “La realidad del tráfico jurídico-mercantil” evidencia “que no son extrañas, más bien al contrario, las situaciones de ejercicio del comercio a través de diversas formas caracterizadas por la falta de ajuste a las normas reguladoras de la actividad²⁵, es decir, caracterizadas por la discordancia entre la naturaleza jurídica de la sociedad que ejecuta el acto y el acto en cuestión. Y aún más, se agrega que “en palabras de Piazuolo”, con frecuencia “es constatable en la práctica de los tribunales”, considerar “como sociedades civiles las que tienen por objeto actividades de restauración (como bares y cafeterías), de entretenimiento (discotecas, espectáculos)”²⁶.

En el caso venezolano, resultan totalmente vigentes y pertinentes los comentarios que el doctor HERNANDEZ-BRETON²⁷, ya en 1965, a este respecto y a propósito del artículo 200 *eiusdem*, hacia. Advirtiendo que “deben ser mantenidas muy presentes por los profesionales del derecho”, las diferencias entre la sociedad civil y mercantil:

Como quiera que en la práctica no han faltado casos en que por cuanto la compañía en formación va a realizar actos cuya naturaleza no siendo esencialmente civil pero tampoco aparece entre las contenidas en forma expresa en el Ccom: 2, han considerado conveniente constituir una sociedad civil cuando todas sus características y consecuencias no han sido otras que las de realizar fines que por sus actos no podrá jamás ser catalogado sino como un negocio mercantil en su basamento.

²⁴ Luis Alfredo Araque Benzo, «Notas sobre la sociedad civil y el ejercicio bajo contrato de sociedad de profesiones liberales en el derecho venezolano», en Estudios de Derecho Civil Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona Tomo 1, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia 2002): 59-60. Disponible en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2022/07/tomo-I-Estudios-de-Derecho-Civil.-Libro-homenaje-a-Jose-Luis-Aguilar-Gorrondona.pdf>

²⁵ Además, señala que “Se trata de un fenómeno irregular, que, por esa circunstancia, debería tener una presencia anecdótica en la realidad de nuestro tejido empresarial. La experiencia enseña, sin embargo, que no es así”. Manuel García-Villarrubia, La actividad mercantil de las sociedades civiles, cit... s/P.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Armando Hernández-Breton, Código de Comercio Venezolano, (Caracas: Editorial la torre, 1965), 111.

Agregando el autor que:

En esta materia no se pueden obtener soluciones genéricas que merezcan calificarse de definitivas sin que medie un examen detallado y circunstanciado de los hechos que constituyan la actividad en su aspecto global y el efecto perseguido en la intención de realizarla. Aun cuando se trate en parte del elevado ejercicio de una profesión liberal como lo es la de médico, no todos los actos que se llevan a cabo en las aludidas empresas asistenciales son actos netamente de índole médica, ni tampoco resulta cierto que el objetivo y efectos principales de la realización y practica de la sociedad sean los de impulsar el aspecto científico²⁸

Con fundamento en lo anterior, se intentará dar cuenta de algunos casos de interés en los que puede o podría apreciarse en la praxis, la concurrencia tanto de sociedades mercantiles ejecutando actos no calificados de comercio, como de sociedades civiles cuyo objeto social es claramente mercantil. Todo lo cual se hará, previo una sucinta y general exposición de las diferentes implicaciones legales que supone considerar a una persona –o personas– como comerciantes, y calificar sus actos, como de comercio.

3. Implicaciones en cuanto al régimen jurídico aplicable

De forma general, las obligaciones mercantiles se caracterizan por que la solidaridad pasiva se presume; existe mayor libertad de formas y pruebas; la buena fe comercial tiene una preponderancia sustancial –tanto a nivel interpretativo como integrador y aun normativo–; las formas o modelos de contratación son amplios y no sujetos a las estrictas formalidades civiles; la costumbre, prácticas comerciales y/o usos son por excelencia fuente de las obligaciones mercantiles; se prevé un régimen concursal en caso de cesación de pagos o quiebra; tiende a su uniformidad internacional; las relaciones de consumo mediante contratos de adhesión tienen o –dado sus particularidades– han de tener una regulación o “mirada” especial en cuanto a su tratamiento; las relaciones entre comerciantes o empresas tienen –o han de tener– una regulación especial en cuanto las prácticas comerciales que desarrollan entre sí y respecto de sus consumidores, esto es, derecho de la competencia; por la necesidad de celeridad en la resolución de controversias y de ahí la relevancia de los medios alternos de resolución de conflictos, tales como el arbitraje; existen medios de pago propios o especiales del comercio y el régimen legal de intereses es diferente en materia mercantil.

En lo que respecta a los derechos y obligaciones que surgen de un contrato de sociedad, los mismos suelen referirse al alcance y extensión de la responsabilidad de los socios en relación a la sociedad y de esta frente a terceros; entorno a las facultades de

²⁸ *Idem*

representación de la sociedad y su capacidad de ser parte en procesos en sede judicial o administrativa; los plazos de prescripción o caducidad de las acciones.

Desde luego que, en el Código de Comercio, se regula de forma especial lo conducente para el caso de las sociedades mercantiles, no obstante, en cuanto a las sociedades civiles, la regulación existente en Venezuela no alcanza a abordar con el mismo detenimiento que lo hace el Código *in commento*.

De particular interés resulta advertir la discusión sobre si la responsabilidad de una sociedad civil –aun constituida como persona jurídica distinta de los socios conforme con el art. 19,3 del CC–, es limitada al aporte o patrimonio social de la sociedad o si por el contrario es ilimitada al patrimonio de los socios y en este último caso, si es o no subsidiaria respecto de aquella.

En opinión de HUNG²⁹ y dado que las normas previstas en el CC para el contrato de sociedad no han sido pensadas para el caso de que ésta adquiera personalidad jurídica propia, “no tiene mucho sentido pretender que su contenido es aplicable a las sociedades con personalidad jurídica”. Ya que las deudas de la sociedad civil no están concebidas en “nuestro ordenamiento jurídico como personas jurídicas asociativas que tengan su crédito fundado en un capital social que integra su patrimonio, sino que ellas están concebidas como sociedades de personas”³⁰.

Por lo que se refiere a “la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad”, se afirma que es “indirecta, de segundo grado o subsidiaria”³¹. Siendo, además, ilimitada y proporcional a cada uno de los socios, conforme con el artículo 1642 del Código Civil³², “sin importar al efecto que unos socios tengan una parte mayor en la sociedad”.

Por último, expone el autor que a lo anterior se llega al “aplicar por analogía” “para completar un vacío legal”³³, las reglas previstas en el Código de Comercio referidas a las sociedades de personas (en nombre colectivo y en comandita), puesto que:

²⁹ Francisco Hung Vaillant, «La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles», *Cuadernos unimetanos* 11 (2007): 212. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_204-215.pdf

³⁰ *Idem*, 214 “discrepamos de la tesis del profesor Leopoldo Borjas cuando afirma que en la sociedad civil regularmente constituida (con personalidad jurídica), los socios singulares no tienen responsabilidad alguna por las deudas contraídas en nombre de la sociedad”.

³¹ En España GARCÍA-VILLARRUBIA expresa que “el socio no puede ser atacado en su patrimonio de forma personal “sino después de haber hecho excusión del haber social”, lo cual “implicaría que el acreedor pruebe de manera fehaciente la insuficiencia del patrimonio social” y tal efecto refiere que la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª) de 2 de febrero de 2007, se ha pronunciado en este sentido. Manuel García-Villarrubia, *La actividad mercantil de las sociedades civiles*, cit... s/P.

³² Ello, según dispone el artículo, salvo “si el contrato no ha restringido especialmente la obligación de este a esta última parte”.

³³ Francisco Hung Vaillant, *La responsabilidad de los socios*, cit...213.

cuando se trate de integrar el Derecho para la búsqueda de soluciones ante la presencia de lagunas de la ley, deben suplirse en materia de sociedades civiles, con las normas previstas en el sistema para las sociedades de personas y no aquellas previstas para las sociedades de capital.

Así pues:

por todo lo expuesto, es más forzado integrar el Derecho con las normas del Cco, previstas a propósito de la sociedad anónima, que integrarlo con aquellas previstas en dicho texto para la sociedad en nombre colectivo³⁴

En cuanto a la solidaridad de las obligaciones, el autor *in commento* parte de negarla³⁵, pese a que debemos insistir que no bastaría que una sociedad se constituya formalmente mediante las normas de derecho común para negar la solidaridad, ya que sus actos deben también pertenecer a este régimen. De no ser así serían aplicables las reglas del derecho mercantil, a tenor del cual, como se ha señalado, la regla es la existencia de la responsabilidad solidaria de los deudores.

De tal manera queda abordado el aspecto de la responsabilidad de la sociedad civil con personalidad jurídica bajo la visión del profesor HUNG y que a nuestro criterio se ve reforzada por las normas previstas en el derecho positivo, tesis a la cual nos adherimos.

Discrepando en tal sentido de lo expuesto por ARAQUE y BORJAS, en opinión de los cuales “no existe norma alguna que involucre el patrimonio de los socios de una sociedad civil con personalidad jurídica, en el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad”³⁶, y que “las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinados”, no estando los socios obligados “sino por el monto del capital aportado”³⁷.

2.1. Sobre la asociación de personas para el ejercicio de profesiones liberales

Tradicionalmente en Venezuela “se ha considerado la sociedad civil, el medio de asociación para el ejercicio de la gran mayoría de profesiones reguladas por las leyes especiales de ejercicio profesional”³⁸. Ello debido a que “la gran mayoría” de las leyes

³⁴ *Idem*.

³⁵ “Porque tal es la regla que se desprende del artículo 1.223 CC, regla según la cual en materia civil no hay solidaridad entre acreedores ni entre deudores, a menos que exista un pacto en ese sentido, o que tal solidaridad derive de un texto legal expreso”. *Idem*, 213.

³⁶ Luis Alfredo Araque Benzo, Notas sobre la sociedad civil, cit...88

³⁷ Leopoldo Borjas, *Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades*. Ediciones Schmell, C.A. Caracas, 1975, 218, CITADO POR Francisco Hung Vaillant, La responsabilidad de los socios, cit... 214

³⁸ Luis Alfredo Araque Benzo, Notas sobre la sociedad civil y el ejercicio bajo contrato, cit...59.

relativas al ejercicio de profesiones liberales³⁹, establecen de forma expresa “el carácter no comercial de la actividad profesional, el cual se desvirtuaría si la sociedad cuyo objetivo fuese el ejercicio de una profesión no mercantil asumiese alguna de las formas societarias previstas en el Código de Comercio”

A tal propósito, se argumenta la norma del artículo 200 *eiusdem*, según la cual “la forma mercantil confiere carácter mercantil a la actividad que realiza la persona jurídica, lo cual colidaría con las correspondientes leyes de ejercicio profesional”⁴⁰.

Sin pretender profundizar sobre el aspecto en el presente trabajo, adelantamos que discrepamos de esa “arraigada tendencia que tradicionalmente induce a los profesionales a distinguirse de las categorías mercantiles”, en el sentido de rechazar la asociación de profesionales mediante sociedades mercantiles.

Esa dogmática, como lo ejemplifica un sector de la doctrina en España, tiene su fundamento –compartido por “las ‘bellas’ palabras con que una sentencia italiana”, en otra “rechazo la constitución de una sociedad anónima de abogados–, en que:

Demasiado elevado es el concepto que el Tribunal tiene de la dignidad de la función del abogado, ministerio que debe tener por única guía el sentimiento del deber, que tiene el patrocinio del honor, de la libertad y del patrimonio de los ciudadanos, todo lo cual repugna con cualquier concepto de especulación y de comercio.

Por lo que:

Admitir que pueda autorizarse una sociedad anónima al respecto, sería una ofensa gravísima para la organización colegial y para cuantos del ejercicio de la abogacía han hecho el honor y el ideal de su vida⁴¹.

Y la justificación de nuestra posición radica: Primero, sobre la base del derecho a la libertad asociativa, económica y contractual.

Segundo, en la falta de limitante legislativa que prohíba expresamente la constitución de sociedades para el ejercicio de profesiones liberales y que aun no existiendo ellas, pensamos que no resulta contrario al orden público o no se produce una afectación a terceros a tal grado de que se justificara materialmente limitar el derecho⁴².

³⁹ Ley de abogados, artículo 2; “No puede considerarse como comercio o industria y, en tal virtud, no será -gravado con Impuestos de esta naturaleza”.

Ley del ejercicio de la odontología, artículo 3: “El ejercicio de la odontología no podrá considerarse como comercio o industria, ni será gravado con impuestos de esta naturaleza”.

⁴⁰ Luis Alfredo Araque Benzo, Notas sobre la sociedad civil y el ejercicio bajo contrato, cit...

⁴¹ Jesus Olavarria Iglesia, Javier Viciano Pastor, Profesiones liberales y derecho de la competencia: crónica de la situación, Derecho privado y Constitución, N.º 11, 1997. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=181984202-203>

⁴² Antes bien, al menos en nuestro criterio, consideramos que todo cuanto resulte en un medio lícito y que no instrumentalice

Tercero, en nada debe afectar “el elevado concepto” del ejercicio de una profesión liberal, la constitución de una sociedad mercantil para su materialización, dado que, contrario a lo sostenido por la doctrina antes referida, jamás puede pensarse que por el solo hecho de haber escogido para su realización determinada forma societaria, los socios que la integran se conviertan, automáticamente, en comerciantes, pues evidentemente que la ley especial califica su actividad económica como expresamente fuera del comercio.

Cuarto, si bien la gran mayoría de leyes especiales que regulan el ejercicio de las profesiones liberales hacen algún pronunciamiento respecto de la asociación de personas para las cuales está dirigida, y en ellas no se menciona la posibilidad de constituir sociedades mercantiles, siendo la única referencia el hecho de que su ejercicio no puede considerarse como acto de comercio.

No obstante, debe tenerse presente que: las mismas son anteriores a la Constitución y por consiguiente sus disposiciones deben leerse conforme a esta; la Ley Del Ejercicio De La Ingeniería, Arquitectura Y Otras Profesiones Afines, específicamente en su artículo 7, literal “b”, reconoce expresamente la posibilidad de los profesionales allí señalados de realizar su *animus affectio societatis* mediante la constitución de una sociedad mercantil y la Ley Ejercicio De La Profesión De Economista al igual que la Ley Del Ejercicio De La Profesión De Licenciado En Administración “permiten el desempeño conjunto de las actividades propias del respectivo ejercicio, incluso con profesionales de otras disciplinas universitarias”⁴³

Quinto, ya la jurisprudencia patria ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y tal como se estableció, es conteste con la posición asumida en el presente trabajo.

2.2 Asociación de personas para el desarrollo de actividades deportivas

Si existe otro caso paradigmático en donde se pudiera pensar que dada la disposición del artículo 200 de nuestro Código de Comercio, no es dable constituir una sociedad anónima, el mismo lo podemos ubicar en el caso de la actividad económica del deporte.

derechos y por el contrario tenga como fin lograrlos, debe ser promovido por el Estado conforme con las disposiciones de la Constitución. Para ilustrar el punto, baste señalar que, por ejemplo, la constitución de una sociedad de profesionales liberales del área de la salud, en tanto iniciativa privada que, no obstante, versa sobre un bien jurídico tutelado y de orden fundamental como es la salud, debe, antes que limitarse, promoverse.

⁴³ Luis Alfredo Araque Benzo, Notas sobre la sociedad civil y el ejercicio bajo contrato, cit...64

Y ello viene dado, tal como acotado por PEREZ⁴⁴, pues de acuerdo a cierta teoría al respecto, la “comercialización del deporte” supone olvidar “los valores fundamentales para el deporte”, “lo cual tiene como consecuencia más inmediata la corrupción del verdadero fin del deporte que no puede ser la ganancia lucrativa”.

En vista de que el tema ha sido abordado con mayor profundidad y amplitud por el autor en referencia, nos limitaremos a destacar, que:

Primero: En todo caso, no se sostiene el hecho de atribuir a la constitución de una sociedad mercantil la “corruptela” de toda actividad cuanto esta realice. Siendo dicho acto simplemente la manifestación de actividad económica empresarial. Que, como tal, posibilita la producción, intermediación y circulación de bienes y servicios a la sociedad. Y como quiera que ello, entre otras cosas, constituye la satisfacción de derechos económicos y sociales, aun mas, en nuestro caso, de derechos culturales y educativos, mal puede pensarse en su proscripción o restricción, la cual no estaría materialmente justificada.

Así lo ha puesto de relieve PEREZ⁴⁵, quien ha señalado que la causa de la malversación de los fines que persigue el deporte a través de su “comercialización”, se referiría “a la mala práctica de ciertas personas” del sector que tengan como resultado pervertirla, “pero en ningún caso podrían pervertir la naturaleza misma del deporte”.

Segundo: La ley del Deporte en Venezuela “permite la constitución de organizaciones de deporte profesional a través de la utilización de las sociedades anónimas”⁴⁶. Además, las sociedades anónimas deportivas que se constituyeran serían, en tanto entendidas “como una empresa de espectáculo público”, actos objetivos de comercio conforme con el artículo 2,11 del Cco; mientras que, si tuvieran por objeto “la intermediación de contratos profesionales, de auspicio, patrocinio o representación de deportistas”, también serían actos objetivos de comercio de acuerdo al artículo 2,10 *eiusdem*.

Por otra parte, no es menos baladí señalar que, las disposiciones de la actual Ley del Deporte como Ley Especial, en concreto las referidas a la “gestión económica del deporte”, parecen apuntar o ir en misma dirección de la visión expuesta por la DRA. KIMLEN, de manera de desarrollar el concepto de actividad económica como manifestación del derecho mercantil.

⁴⁴ Daniel Henrique Perez Pereda, La sociedad Anónima, cit..., 279

⁴⁵ *Idem*,

⁴⁶ *Idem*, 283

3. Implicaciones fiscales

Al estudio del régimen legal general antes señalado, –como quiera que el mismo tiene o genera un impacto en el ejercicio del objeto social de las sociedades–, no puede dejarse aislado el régimen fiscal aplicable a los hechos imposables que surgen con ocasión del desarrollo de determinada actividad económica.

A los fines del presente trabajo, nos limitaremos a efectuar unos breves comentarios en relación al régimen fiscal municipal, en el marco del cual, el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, es sin duda a nivel tributario el impuesto de mayor impacto en los ingresos del ente.

Y es que, en más de una ocasión los municipios se han alejado de la naturaleza y alcance de dicho impuesto, mayoritariamente por recurrir a criterios formales y no materiales respecto del acto realizado, perchando, en consecuencia, actividades que no constituyen el hecho imponible del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar⁴⁷.

3.1 Impuestos municipal sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar

El impuesto en mención, resulta de la potestad originaria que tienen los municipios por expresa disposición constitucional⁴⁸, la cual, no obstante, “al igual que cualquier otra potestad pública”, “se encuentra sometida a los principios constitucionales que buscan entre otros fines, preservar el derecho de propiedad de los contribuyentes”⁴⁹.

Así, de acuerdo con la pacífica jurisprudencia del TSJ, establecida con carácter vinculante desde el 2002 en sentencia N.º 93241 la cual ya tuvimos oportunidad de citar⁵⁰, se establece que “la actividad objeto de gravamen”, debe tener “una naturaleza mercantil”, de modo que, “por argumento a contrario” “todas aquellas actividades económicas que no revistan carácter mercantil”, tales como “aquellas actividades económicas de carácter civil”, quedan por tanto “excluidas del presupuesto legal-hecho generador que crea el impuesto”⁵¹.

⁴⁷ Julio Díaz Valdés «Los servicios de salud prestados por las sociedades mercantiles «clínicas e instituciones privadas» y su no sujeción al impuesto sobre las actividades económicas», *Revista de la facultad de Derecho* 75, (2021): 340. Disponible en <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/5690>

⁴⁸ Roberta Núñez Díaz, «Apuntes sobre el gravamen al expendio de bebidas alcohólicas con el impuesto sobre actividades económicas», *Erga Omnes* 6, (2010): 176. Disponible en http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO_CHACAO/6/REO_CHACAO_2010_6_172-211.pdf

⁴⁹ *Idem*

⁵⁰ reiterada entre otras, en sentencias N.º 554 del 07/08/2019 y en reciente sentencia N.º 835 de la Sala Político- Administrativa de eca 28 de septiembre del 2023

⁵¹ Julio Díaz Valdés, Los servicios de salud prestados por las sociedades, cit... 353.

Lo que no ha sido pacífico, sin embargo, es el reconocimiento o entendimiento por parte de los municipios de que la naturaleza mercantil o civil de una actividad viene determinada, fundamentalmente, por la esencia del acto en sí mismo, más que por la caracterización como de derecho común o comercial de la persona que lo realice.

Lo cual se evidencia, de forma clara, por el hecho de que pese a ser ya de vieja data los criterios jurisprudenciales al respecto, una gran cantidad de ordenanzas mantienen en la actualidad una disposición según la cual “cuando sean llevadas a cabo bajo la figura de una empresa comercial mercantil o sociedad de hecho”⁵², la actividad, en consecuencia, puede ser exaccionada con el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar.

Aún más, algunas ordenanzas, incluso, se distancian a tal punto del hecho imponible configurador del impuesto conforme con los criterios actuales, que han establecido “rebajas”, “exenciones” y solicitudes de licencia⁵³ a las actividades económicas de ejercicio profesional.

Así puede apreciarse de la ordenanza respectiva del municipio Libertador del Estado Mérida⁵⁴, en la que, de acuerdo con su artículo 60 “El Alcalde *podrá* conceder una rebaja de hasta el cuarenta por ciento” (cursivas nuestras) a las actividades profesionales ejercidas “por cuenta propia” o bien “bajo la forma de sociedad civil”.

Empero, conforme con el art. 60, párrafo segundo y tercero *eiusdem* si esas *mismas actividades* se realizan bajo “formas societarias comerciales o mercantiles”, o bien si son ejercidas mediante “sociedad de hecho o en comunidad de bienes”, no serán beneficiarias de las susodichas rebajas.

⁵² Ver en sentido similar por ejemplo, la Ordenanza de Timotes, municipio Miranda del Estado Bolivariano de Merida. Gaceta municipal del municipio miranda N.º 11 de mayo del 2023 disponible en <https://impuestosmirandamrd.guiriri.com.ve/web/content/tc.ordinance/5/attachment>

⁵³ Nos referimos a una ordenanza del municipio Valencia del Estado Carabobo, en la de acuerdo a sentencia N.º 0348 del 31 de octubre del 2012 de la Sala Constitucional se establecía “la obligación para estos profesionales de solicitar una licencia para el ejercicio de sus actividades”.

⁵⁴ Gaceta oficial municipal del municipio Libertador del Estado Mérida, N.º 13 extraordinario del 06 de enero del año 2022

En ese orden de ideas, con acierto la doctrina ha explicado que “los municipios en ejercicio de su potestad tributaria no están facultados” para dictar ordenanzas que “graven con tributos comerciales o industriales” a las actividades económicas desarrolladas “con motivo del ejercicio de una profesión como la ingeniería, arquitectura, abogacía, contaduría, entre otras”⁵⁵, aunque la misma se realice bajo una forma societaria mercantil⁵⁶.

Y en ese sentido, para el caso de sociedades mercantiles constituidas para funcionar como clínicas, puede apreciarse sentencia N.º 984 del 07 de agosto del 2018 dictada por la SPA del TSJ, caso PROSALUD C.A.; para el caso de sociedades mercantiles constituidas para prestar servicios de asesoría y consultoría en el área de ingeniería, basta la referencia a la sentencia N.º 649 del 23 de mayo de 2012 emanada de la SC, caso *Tecnoconsult C.A.*⁵⁷ y finalmente, por ilustrar otro caso, para el supuesto de una sociedad civil cuyo objeto social sea la prestación de servicios profesionales de abogado, sentencia N.º 0145 dictado por la SPA del TSJ del 08 de febrero del 2018, caso Espiñeira, Sheldon & Asociados.

Finalmente, siguiendo lo establecido en la última de las sentencias citadas, de ser el interés de la administración tributaria municipal “atribuir la naturaleza mercantil a la actividad desempeñada” y consecuentemente considerarla sujeta al gravamen del impuesto, debe “develar que sus negocios jurídicos excedieron su ámbito civil y que la mayor fuente de ingresos brutos de su gestión económica fue por actividades mercantiles” y a ello puede llegar mediante “el análisis concatenado de la razón social de la per-

⁵⁵ Francy Yanett Pereira Uzcatogui «Gravamen a las actividades profesionales con el impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios de índole similar Caso: municipio Libertador del Estado Mérida» (Trabajo especial de grado para optar al título de especialista en ciencias contables mención tributos área rentas internas. Universidad de los andes, 2012), 58. disponible en http://www.facesulavirtual.net/pcc/wp-content/uploads/2021/04/70.Tesis_Especializacion_Francy_Pereira.pdf

⁵⁶ Contrariamente a lo señalado y a pesar de no ser el criterio vigente seguido por el TSJ, ver la respetada opinión del profesor Hugo Mármol Marquis, «Comentario Jurisprudencial ‘Carácter Civil o Mercantil de las Sociedades Anónimas de Ingeniería’» *Revista de Derecho Mercantil* 2 (1986) CITADO en sentencia N.º 2655 de fecha 23 de noviembre del 2006 por la Sala Político Administrativa del TSJ, quien señalaba que “no pagarían patentes los ingenieros que, en ejercicio de su profesión laboraran para dichas sociedades, en lo que respecta a los sueldos u honorarios que devengarán de ellas”, mas, “Las sociedades, personas jurídicas distintas de los socios que la constituyen” no están “ejerciendo la profesión de ingeniero sino intermediano entre el público y los profesionales que las integran”.

⁵⁷ En la cual la sentencia dictada por el tribunal de instancia, que fue confirmada en esa oportunidad en casación por parte de la SPA y posteriormente anulada en revisión constitucional por la SC, se fundamentó “sobre la base de lo prescrito en el artículo 200 del Código de Comercio”, considerando pues, que, conforme a dicha norma, tiene la sociedad dedicada a prestar servicios profesionales de ingeniería carácter mercantil, independientemente de su objeto, e inclusive pese a la existencia de ley especial en contrario. De tal modo que, en opinión efectuada a decir de la legislación chilena por el autor LETONJA, la cual suscribimos y compartimos, “ello constituye una defectuosa lectura de la Ley de Sociedades Anónimas” a tenor de la cual esta es “siempre mercantil, aunque se forme para la realización de negocios de carácter civil” ya que “por el hecho de que la ley declare que la sociedad (el sujeto) sea siempre de naturaleza mercantil, no se deriva que necesariamente todos sus actos deban también serlo”. Kristofer Constantino Letonja Cepeda, «Patente municipal, ¿Impuesto, contribución especial o tasa?». (Trabajo especial de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013), 123-125.

sona jurídica societaria”⁵⁸, de “sus estados contables” y de “cualquier otro instrumento del cual se pueda desprender que sus ingresos brutos derivan fundamentalmente” de una actividad comercial.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos colegir la necesidad de desarrollar líneas de investigación que, con mayor amplitud y profundidad, aborden el tema de las sociedades profesionales y sociedades deportivas, con especial atención a su constitución mediante tipos asociativos de carácter mercantil.

Lo cual consideramos debe hacerse atendiendo –entre otros aspectos– a los fundamentos mismos de los sistemas de derecho mercantil, esto es, los tradicionales del acto subjetivo y objetivo de comercio, como los modernos del concepto de manifestaciones empresariales y de actividad económica. Siendo que, dentro de esos “otros aspectos”, deben encontrarse los relativos al registro de sociedades mercantiles especiales como a las que hemos hecho referencia, y la posible negativa del registrador mercantil entorno a su constitución.

De igual forma, aparece relevante ahondar en los fundamentos, quizás un poco *más allá* del derecho positivo actual venezolano, de la sujeción o no al impuesto municipal “de *actividades económicas* de industria, comercio, servicios, o de índole similar”, precisamente, de actividades económicas que, por no tener carácter esencialmente mercantil, quedan excluidos del mismo, reflexionando en tal sentido, si tal carácter deriva en justificación suficiente para efectuar un trato desigual en cuanto a la configuración del hecho imponible. A cuyos fines puede observarse que, legislaciones como la española, colombiana o chilena, salvando las diferencias entre un ordenamiento jurídico y otro, gravan con dicho impuesto la actividad económica que se ha usado de paradigma en el presente trabajo, valga decir, la actividad económica de prestación de servicios profesionales liberales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Aguilar Gorrondona, José Luis, *Contratos y Garantías, Derecho Civil IV*, 17 ed., Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

⁵⁸ A cuyos fines, no bastaría su consagración *formal*, “por cuanto la patente municipal grava el desarrollo efectivo y real de actividades, no el desarrollo potencial o la mera declaración de intenciones en ese sentido” *Idem*.

- Araque Benzo, Luis Alfredo «Notas sobre la sociedad civil y el ejercicio bajo contrato de sociedad de profesiones liberales en el derecho venezolano», en Estudios de Derecho Civil Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona Tomo 1, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia 2002). Disponible en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2022/07/tomo-I-Estudios-de-Derecho-Civil.-Libro-homenaje-a-Jose-Luis-Aguilar-Gorrondona.pdf>
- Brewer-Carias, Allan Randophl, «La Sala Constitucional vs. La garantía Constitucional al debido proceso», S/f, 8 Disponible en https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Aigg3u5uUykJ:https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/948.-I-1-891.-LA-SALA-CONSTITUCIONALvs.-EL-DEBIDO-PROCESO- La-despersonalizaci%25C3%25B3n-societaria_-26-07-2004..pdf&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=ve
- Cabrera Ostertag, Javier, «Control ético y profesional de las profesiones liberales: Diagnostico a la norma jurídica vigente. Un análisis dogmático a la normativa legal vigente, doctrina, jurisprudencia y sus consecuencias». Trabajo especial de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2016. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139682/Control-%c3%a9tico-y-profesional-de-las-profesiones-liberales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Carvajal Serviliano, Abache: “El cambio del ejercicio económico de la sociedad mercantil y su tratamiento fiscal”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 3 (2019). Disponible en https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_ab0c90edb18444678e249d09f5805509.pdf
- Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, 11^a ed., México: Universidad Autónoma de México, 2017. Disponible en: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/contratos_mercantiles_aturo_d%C3%ADaz_bravo.pdf
- Díaz Valdés, Julio «Los servicios de salud prestados por las sociedades mercantiles «clínicas e instituciones privadas» y su no sujeción al impuesto sobre las actividades económicas», *Revista de la facultad de Derecho* 75, (2021): 340. Disponible en <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/5690>
- Estecche de Fernández, Elianne, «Consideraciones sobre el artículo 1649 del Código Civil Venezolano y el derecho societario», *Revista Derecho y Reforma Agraria*, n.º 39, (2013). Disponible en <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/40628>
- García-Villarrubia, Manuel, «La actividad mercantil de las sociedades civiles y de otros entes “irregulares”», *Boletín Mercantil* n.º 94 (2021). Acceso el 25 de octubre de 2023. <https://www.uria.com/es/publicaciones/7695-la-actividad-mercantil-de-las-sociedades-civiles-y-de-otros-entes-irregulares>
- Guerrero-Rocca, Gilberto, «Validez del canon arrendaticio en moneda extranjera y la facultad de los árbitros de desaplicar su prohibición», *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, n.º 3. (2020). Disponible en https://issuu.com/cedca/docs/marc_edicion_3_2020
- Hernández-Breton, Armando. *Código de Comercio Venezolano*. Caracas: Editorial la torre, 1965.
- Hung Vaillant, Francisco, «La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles», *Cuadernos unimetanos*, n.º 11 (2007). Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_204-215.pdf

- Letonja Cepeda, Kristofer Constantino. «Patente municipal, ¿Impuesto, contribución especial o tasa?». Trabajo especial de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2013. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116252>
- Mármol Marquis, Hugo «Comentario Jurisprudencial ‘Carácter Civil o Mercantil de las Sociedades Anónimas de Ingeniería’» *Revista de Derecho Mercantil* 2 (1986).
- Martin Cerrato, José María, «Tipos de ejercicio de la abogacía y la fiscalidad de los abogados», *Economist & Jurist* (2018) Disponible en https://economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2018/12/04_en_portada.pdf
- Núñez Díaz, Roberta «Apuntes sobre el gravamen al expendio de bebidas alcohólicas con el impuesto sobre actividades económicas», *Erga Omnes* 6, (2010). Disponible en http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO_CHACAO/6/REO_CHACAO_2010_6_172-211.pdf
- Olavarria Iglesia, Jesús y Viciano Pastor, Javier, «Profesiones liberales y derecho de la competencia: crónica de la situación», *Derecho privado y Constitución*, n.º 11, (1997). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=181984>
- Pedro A Flores Polo, «De los actos de comercio a la noción jurídica de la empresa en la realidad peruana», *Themis* 7 (1987). Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10667/11142>
- Peña Barrios, Angello Javier, «Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 529. Disponible en https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_aa2124bbd8a549b89f313f76cb6acf14.pdf
- Pereira Uzcatogui, Francy Yanett «Gravamen a las actividades profesionales con el impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar Caso: municipio Libertador del Estado Mérida» trabajo especial de grado para optar al título de especialista en ciencias contables mención tributos área rentas internas. Universidad de los andes, 2012. disponible en http://www.facesulavirtual.net/pcc/wp-content/uploads/2021/04/70.Tesis_Especializacion_Francy_Pereira.pdf
- Pérez Pereda, Daniel Henrique, «La sociedad Anónima Deportiva en Venezuela», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 1, (2018). Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_08.pdf
- Plazas Escamilla, Brayan Alejandro, «Las Profesiones Liberales En El Ámbito De La Insolvencia De Persona Natural No Comerciante En Colombia E Italia», Trabajo especial de grado para obtener el título de abogado. Universidad La Gran Colombia, 2022. Disponible en https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7420/Plazas_Escamilla_Brayan_Alejandro_2022.pdf?sequence=1
- Uzcatogui Castro, Rafael Alejandro, «Los acuerdos de costos compartidos en el ordenamiento jurídico venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 1 (2018). Disponible en https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_4a8adb54c38142a7ad1432e34362f438.pdf
- Vargas Chacón, Patricia Carolina, «La responsabilidad social empresarial de los bufetes de abogados». Trabajo especial de grado para optar al título de abogado. Caracas: Universidad Metropolitana, 2009. Disponible en <http://repositorios.unimet.edu.ve/docs/48/ATK230V3C43.pdf>

Legislación:

Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 extraordinario de 26 de julio del año 1982.

Decreto-Ley de la Actividad Aseguradora G.O. N° 6.211 extraordinario de fecha 15/03/2016

Decreto-Ley de los fondos y las sociedades de capital de riesgo G.O N° 554 extraordinario de fecha 13/11/2001

Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto legislativo 1/2010, BOE N° 161 de fecha 03/07/2010

Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 42.156 del 20 de diciembre de 1995

Jurisprudencia:

TSJ, Sala Constitucional, sentencia N. °649 del 23/05/2012

TSJ, Sala Constitucional, sentencia N. °781 del 12/12/2002

TSJ, Sala Constitucional, sentencia N. °3241 del 12/12/2002

TSJ, Sala Constitucional, sentencia N. °781 del 06/04/2006

TSJ, Sala Político Administrativa, sentencia N. °554 del 7/08/2019

TSJ Sala Político- Administrativa, sentencia N.° 835 del28/09/2023

*Apuntes sobre la desaparición de la causa en la reforma del Code Civil**

Franco Di Miele**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 491-517

Resumen: Con la publicación de la “*Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*”, texto que entró en vigor el 1 de octubre de 2016, fue reformado en Francia un régimen que desde 1804 se había mantenido inalterado en mayor o menor, siendo uno de los aspectos más relevantes la desaparición, al menos formalmente, de un elemento que formaba parte de la arraigada tradición contractualista francesa, la causa.

Palabras Claves: Código Civil, Causa, Reforma.

Notes on the Disappearance of the Cause in the reform of the Code Civil

Abstract: in February 2016 the “*Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*”, was published. In force since October 1st, 2016; the French obligations and contracts legal regime, unaltered since 1804, was reformed and one of the most significant aspects was the disappearance, at least formally, of an element that was part of the deep-rooted French contractual tradition, namely, the cause.

Keywords: Civil Code, Cause, Reform.

Recibido: 19/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Basado en María Cecilia Rachadell y Franco Di Miele, Apuntes sobre la codificación de la “*théorie de l'imprévision*” en el *Code Civil*, Primera Edición Especial / Diciembre - 2021 Revista Venezolana de Derecho Mercantil "Actualización del Derecho Mercantil desde la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández”, 535-569.

** *Abogado Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Master en Diritto Commerciale Internazionale *Summa Cum Laude* (110/110 e lode) de la Sapienza Roma. MSC Business Studies School of Business and Trade Lucerne GPA 4.0 100%. Asociado en InterJuris Abogados, S.C. franco.dimiele@interjuris.com

Apuntes sobre la desaparición de la causa en la reforma del Code Civil*

Franco Di Miele**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 491-517

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Le Code Napoléon*. 2. *Influencia en el Derecho Venezolano*. 3. *Características Generales de la Reforma*. 4. *La Desaparición Formal de la Causa*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Con la reforma en el año 2016 del Código Civil Francés a través de la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*¹, ratificada por vía parlamentaria mediante ley Nro. 2018-2817 del 20 de abril de 2018², fueron reformados los elementos fundamentales de existencia de los contratos ya que fue suprimida, al menos formalmente, la referencia a la causa como requisito de existencia de los contratos por diversos motivos, sin embargo y sin ánimos de adelantarnos en la materia, sus efectos permanecen.

Es así como con la reforma del Código Civil Francés de 2016 se busca adaptar el ordenamiento jurídico francés en materia de contratos, a las corrientes europeas de codificación contemporánea influenciadas cada vez más por las corrientes anglosajonas, renunciándose, no sin cierta nostalgia, a un elemento de validez del contrato que para muchos era fútil, complejo o ambiguo; pero que, sin duda era un elemento distintivo de la tradición francesa, encontrándose presente en gran parte de los ordenamientos jurídicos influenciados por *le Code Civil*, entre ellos el Código Civil venezolano³.

* Basado en María Cecilia Rachadell y Franco Di Miele, Apuntes sobre la codificación de la “*théorie de l'imprévision*” en el *Code Civil*, Primera Edición Especial / Diciembre - 2021 Revista Venezolana de Derecho Mercantil “Actualización del Derecho Mercantil desde la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández”, 535-569.

** *Abogado Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Master en Diritto Commerciale Internazionale *Summa Cum Laude* (110/110 e lode) de la Sapienza Roma. MSC Business Studies School of Business and Trade Lucerne GPA 4.0 100%. Asociado en InterJuris Abogados, S.C. franco.dimiele@interjuris.com

¹ Ordenanza n° 2016-131 del 10 febrero de 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* disponible en lengua original en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939?r=FZjzHNgh00>

² Ley n° 2018-287 del 20 de abril de 2018 *ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, disponible en lengua original en [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036825602/#:~:text=portant%20r%C3%A9forme%20....LOI%20n%C2%B0%202018%2D287%20du%2020%20avril%202018%20ratifiant,la%20preuve%20des%20obligations%20\(1\)](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036825602/#:~:text=portant%20r%C3%A9forme%20....LOI%20n%C2%B0%202018%2D287%20du%2020%20avril%202018%20ratifiant,la%20preuve%20des%20obligations%20(1))

³ A tal caso nos encontramos con los artículos 1.141, 1.157 y 1.158 del Código Civil publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990, de fecha 26 de julio de 1982.

1. *Le Code Napoléon*

Le Code Civil o Code civil des Français es considerado uno de los instrumentos jurídicos más relevantes en la historia de la humanidad, sea por su trascendencia jurídica, como por el misticismo que lo rodea. *Le Code Napoléon* fue promulgado el 21 de marzo de 1804, cuando fungía como Cónsul uno de los hombres más enigmáticos y relevantes de la historia occidental, Napoléon Bonaparte, quien, señaló “*Ma vraie gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles... ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil*”⁴.

De esta forma a más de 200 años de su promulgación *Le Code Napoléon* continúa siendo objeto de estudio, dada su influencia directa, para los diversos territorios conquistados por Francia, como de forma si se quiere indirecta o volitiva, en el caso de los diversos Estados que lo consideraron un modelo a seguir. El *Code Napoléon*, es producto de la evolución de varios siglos de desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal del *Ius comune*, el *mos gallicus* y la costumbre imperante en la época, del Iluminismo liberal, cada vez menos revolucionario, recogiendo formidablemente el ideal *bourgeois* tendiente a establecer al individuo como el centro del sistema jurídico⁵.

Éste es la culminación involuntaria de un proceso que inició en el siglo XV, ya que la realeza francesa intentó recopilar y compaginar el heterogéneo conjunto de leyes y costumbres que organizaban el reino. Posteriormente, con la abolición de los privilegios inherentes a la nobleza el 4 de agosto de 1789, sería necesario contar con una ley única capaz de contener los derechos individuales suprimidos por los revolucionarios, es así como la unificación del derecho civil se convirtió en una exigencia esencial, siendo, en gran medida una consecuencia lógica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que proclamaba el surgimiento del imperio de una ley general que ya no distinguiese entre los ciudadanos⁶.

Es pertinente mencionar, que *Le Code Civil* ha sido objeto de pocas reformas puntuales; sin embargo, habían permanecido algunas secciones inalteradas desde 1804, hasta el año 2016 habían sido reformados elementos en materia de personas y familia, ambos a mediados del siglo XX⁷, durante el período post guerra.

⁴ «Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas... lo que nadie destruirá...Lo que vivirá eternamente es mi Código Civil...» *Memorial de Las Cases*, citado por Hernan Corral Talcini, El Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Chileno de 1855. Influencias, Confluencias y Divergencias. Ed. por Henríquez Herrera Ian y Hernan Corral Talcini; (Santiago de Chile: Cuaderno de Extensión Jurídica n°9, 2004), 11. En Pdf

⁵ Carlos Ramos Núñez, «El Código Napoleónico: Fuentes y Génesis». Derecho & Sociedad, n.º 10 (noviembre 1995.):153 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14319>

⁶ *Naissance du Code civil des Français, l’une des « masses de granit » napoléoniennes de la France moderne, infographie* [https://www.gouvernement.fr/partage/9056-naissance-du-code-civil-des-francais#:~:text=Adopt%C3%A9%20entre%201803%20et%20le,XII%20\(21%20mars%201804\)](https://www.gouvernement.fr/partage/9056-naissance-du-code-civil-des-francais#:~:text=Adopt%C3%A9%20entre%201803%20et%20le,XII%20(21%20mars%201804)).

⁷ Jean, Carbonnier, «*Essais sur les lois*», (Segunda edición. París: Deffrénois), 1995, citado por Cabrillac, Rémy, «El Nuevo

A pesar de lo innovador que fue para su época, *le Code Civil*, fue redactado tomando como modelo una sociedad preeminente rural, la cual súbitamente viviría las transformaciones de la primera revolución industrial, y aun cuando quisiéramos aco-gernos al aforismo *nihil novum sub sole*, éste no podría reflejar las particularidades de la sociedad actual con relación a todos los cambios sociales que se han presentado en los últimos doscientos años.

Con el bicentenario del Código Civil Francés, surgió la inquietud de realizar balances sobre los aciertos, su actualidad y las lagunas que el mismo presentaba en relación a los tiempos modernos. Es así como, entre las justificaciones para su reforma, indica Eric Sauveaux que:

*Es especialmente lamentable que las razones de la reforma demuestren su importancia. En materia de obligaciones y contratos el Código Civil tiene importantes lagunas, principalmente en lo que se refiere a la conclusión del contrato, que ignora totalmente. Sus disposiciones no reflejan más el Derecho vivo que en realidad se encuentra en una abundante jurisprudencia y en la legislación especial, sobre todo en materia de protección de los consumidores. El Derecho francés, de acceso difícil, fluctuante y a veces incierto, ya no es por tanto un modelo para otros países ni para los proyectos de armonización europea. Sobre todo, ya no resulta atractivo para los contratantes extranjeros.*⁸

Asimismo, en el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*⁹, se señala como motivación de la reforma “(...) dotarse de un Derecho escrito de obligaciones y contratos más inteligible y previsible... constituye un factor susceptible de atraer a los inversores extranjeros y a los operadores que deseen vincular su contrato al Derecho(...)”¹⁰

Es pertinente señalar que con la reforma, en principio, no se pretendía alterar el espíritu du *Code Civil des Français*, tendente al consensualismo y al favorecimiento de los más débiles; sin embargo, tal como afirmó Montesquieu “*el juez es sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley*”¹¹, es por esto que debía ser actualizado por motivos de seguridad jurídica, contando con un derecho de las obligaciones y contratos

Derecho Francés De Los Contratos», THEMIS Revista de Derecho, n.º 70 (enero 2016): 60. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6269855>.

⁸ Eric Sauvaux, «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos» (Este texto es la versión ligeramente aumentada de la conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016), Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 69, N° 3. (2016): 720. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696829>

⁹ Pudiendo ser consultada en lengua original en el link <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>

¹⁰ Sauvaux, El nuevo ...,720.

¹¹ *De l'esprit des lois*, Libro IX, cap. VI citado por Cabrillac, «El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos», 4.

más claro y simple; con la finalidad de devolver el atractivo al derecho francés a nivel internacional y garantizar la justicia contractual.¹²

La reforma *du Code Civil* se efectuó mediante de una ordenanza, la cual de conformidad con el ordenamiento jurídico francés, es una manifestación de la actividad legislativa del Ejecutivo, encabezado por el Presidente, facultado para este acto, previa autorización del Parlamento¹³, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución del 4 de octubre de 1958¹⁴.

De forma muy sucinta es posible señalar que, el proyecto de ordenanza fue publicado en el 25 de febrero de 2015, posteriormente sometido a consulta el mismo año, siendo promulgada el 10 de febrero de 2016¹⁵; presentado para su confirmación, dentro del plazo de 6 meses desde la fecha de su publicación; siendo finalmente ratificada mediante ley Nro. 2018-2817 del 20 de abril de 2018¹⁶.

De su pasaje de acto administrativo o acto reglamentario a ley, sufrió una serie de modificaciones, al respecto fueron reformados 21 artículos ; se incluyeron 2 nuevos artículos en el Código monetario y financiero; y se incluyó una precisión al artículo 9 de la Ordenanza en materia de a la aplicación en el tiempo de los textos de 2016, en todo fue “...una ratificación-rectificación cuya amplitud es más bien modesta en relación con el número de disposiciones del Código civil reelaboradas...”¹⁷.

En líneas generales, la reforma del derecho francés de las obligaciones y contratos contenida en la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, se encontraba compuesta por 353 artículos, entrando en vigor a partir del 1 de octubre del mismo 2016, siendo aplicable a los contratos suscritos con posterioridad a esa fecha¹⁸.

¹² Savaux, El nuevo ...,720.

¹³ Ley n° 2015-177 del 16 de febrero de 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, disponible en lengua original en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030248562/>

¹⁴ Artículo 38 «*Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.*»

¹⁵ Savaux, El nuevo ..., 718-719.

¹⁶ Morles Hernández, «La Reforma de 2016 del Código Civil Francés: la Incorporación de la Teoría De la Imprevisión»,598

¹⁷ Deshayes Olivier, Thomas, Genicon e Yves-Marie Laithier, «*Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*»; *La Semaine Juridique, Édition Générale*, 30 abril 2018, *Hebdomadaire*, N° 18, citado por Morles Hernández, «La Reforma de 2016 del Código Civil Francés: la Incorporación de la Teoría De la Imprevisión», 98.

¹⁸ Rachadell y Di Miele, Apuntes sobre..., 541.

2. Influencia en el Derecho Venezolano

La reforma *du Code Napoléon* y la supresión formal de la figura de la causa en el caso del Derecho nacional, genera un gran interés considerando que en Venezuela la cultura jurídica francesa ha influenciado directa o indirectamente nuestro ordenamiento jurídico. Dicha influencia puede ser abordada desde dos vertientes o perspectivas que se encuentran interconectadas; una filosófica, ésta versa sobre la idea de codificación de legislación civil y su influencia innovadora, ya que a pesar de no ser el primer código civil de la historia (tal galardón se lo atribuye Bavaria que adoptó en el año 1756 *Codex Maximilianeus Bavaricus* y en segundo lugar del sitio de honor tenemos a Prusia por la promulgación del *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* el cual entró en vigor en fecha 1 de junio de 1794). *Le Code Napoléon*, producto de la revolución francesa y el espíritu de desprendimiento de los ideales del *Ancien Régime* llevó a la desaparición de conceptos tales como la coexistencia y la subsidiariedad del *Code Civil* a las costumbres y las leyes precedentemente imperantes, de esta forma el *Code Civil* se erige como un conjunto orgánico de normas aplicables por igual a todos los ciudadanos en Francia¹⁹.

La otra vertiente es más funcional y se relaciona con su capacidad de inspirar y fungir como modelo o punto de partida para otros movimientos codificadores, es incuestionable su relevancia, *le Grand Général*, concibió como de sus más grandes proezas la promulgación del Código Civil de 1804²⁰. Es pertinente traer a colación, los tres factores que lograron su difusión y su adopción a nivel internacional, el primero es evidente, las conquistas militares de Francia; el segundo, relacionado igualmente a conquistas, pero desde el punto de vista filosófico e intelectual y el tercero su carácter *sui generis* como modelo y vigencia durante un prolongado período de tiempo²¹.

¹⁹ Luciano Lupini Bianchi, «La Influencia del Código Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana», En: El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. Comp. Irene Valera; (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005): 59-63.

²⁰ «...Napoleón recogió todo el bagaje histórico, jurídico y cultural del Código de Hammurabi, de la Ley de las XII Tablas, del Código de Justiniano, del Código Canónico, de las Ordenanzas, los proyectos prerrevolucionarios, las disposiciones emanadas de la revolución y el preclaro talento de grandes juriconsultos, filósofos, estadistas e historiadores, y el 13 de agosto de 1800 instituyó la comisión encargada de la elaboración del Código de los franceses, con el cual lograría la anhelada unidad jurídico-social. La comisión estuvo integrada por Bigot de Premeneu, abogado nombrado Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Casación; Maleville, miembro de dicho Tribunal; Portalis, abogado de Provenza y político de la época del Directorio y Tronchet, Presidente del Tribunal de Casación que fue defensor de Luis XVI ante la Convención. Estos brillantes juristas eran moderados en su pensamiento, lo que explica que se haya excluido de la comisión al jurisculto revolucionario civilista Merlin de Douai. El Procedimiento para la discusión y aprobación fue el de someter el Proyecto del año VIII ante el Tribunal de Casación y los tribunales de apelación. Éstos aprovecharon fundamentalmente las indicaciones técnicas, y a partir de ese momento, se inició la elaboración de las leyes acordadas por la Constitución consular...» tal como es señalado por Javier Tapia Ramírez, «Influencia del Código Napoleón en el Derecho Mexicano», en Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios jurídicos, Ed. Fernando Serrano Migallón, (Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2005), 72-73. Formato electrónico para la BJV: 23 de agosto de 2017.

²¹ Lupini Bianchi, La Influencia ...,63-64

Sobre la influencia del *Code Napoléon*, nos limitaremos a precisar que éste tuvo incidencia directa en el Reino de Bélgica, territorio en cual fue aplicado desde 1804 (dicho territorio fue cedido por Austria a Francia en 1797), quedando sometida a la aplicación del mismo desde su promulgación; otro ejemplo digno de ser mencionado es el caso del Reino de los Países Bajos, donde en 1809 se aplicó una versión adaptada y bajo el gobierno de Louis Bonaparte en 1810 fue aplicada la versión original de 1804. Asimismo, en los territorios que actualmente se corresponden con el territorio alemán se aplicó en distintas etapas desde 1804 en los territorios situados al oeste del río Rin, posteriormente en los Gran Ducados de Baden y Frankfurt, en Renana, Hamburgo y Bremen. En el caso de la Confederación Suiza tuvo aplicación directa en los cantones Ginebra y Jura, en el Piemonte territorio anexado en 1802, en la República de Genova y en Parte del Estado Pontificio conquistado en 1809, aunado a los territorios que hoy forman Lucca y Piombino, Toscana y el Regno di Napoli en 1808 y los territorios en el continente africano que formaban las colonias francesas²².

Por su parte el *Codice Civile del Regno d'Italia* del 1865²³, también conocido como Código Pisanelli, en razón de Giuseppe Pisanelli *Ministro di Grazia e Giustizia*, al momento de la publicación del mismo, el cual permaneció en vigor hasta 1942 cuando fue reemplazo por el *Codice Civile*²⁴, el cual se encuentra en vigor hasta el día de hoy, recibió una marcada influencia del *Code Napoléon*, así como, las experiencia previas a la unificación del *Regno d'Italia* en el año 1861²⁵, siendo los Códigos más relevantes los relativos al *Regno delle Due Sicilie* y de *Piemonte-Sardegna*, el primero fue promulgado en 1819 con la denominación *Leggi Civili* y el segundo en 1837 como *Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, siendo ambos fieles a la tradición francesa²⁶. Adicionalmente el Código Civil del *Regno Lombardo-Veneto* de 1815 tomó como punto de referencia el Código Civil Austríaco de 1811.²⁷

Es innegable la influencia del *Code Civil* en el ordenamiento jurídico civil italiano, especialmente en el Código Civil de 1865²⁸, el cual es de gran relevancia para

²² Id.

²³ Publicado mediante *Regio Decreto* en fecha 25 de junio de 1865.

²⁴ Disponible en lengua original en el siguiente link <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>

²⁵ Sobre este argumento señala Solimano refiriendo a Ghisalberti «*È indubbio che il legislatore del 1865 debba molto all'archetipo francese, così come è innegabile che siano state recuperate le disposizioni più innovative provenienti dagli ordinamenti preunitari: per certi aspetti è vero che il codice costituisce una sintesi dell'esperienza giuridica dell'età della Restaurazione*», Stefano Solimano, «*Il contributo dei civilisti all'edificazione del codice civile unitario (1848-1865)*», *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n.º4 (2013): 390. <https://www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it/node/91>

²⁶ Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 85 Edición Pdf.

²⁷ Lupini Bianchi, La Influencia ..., 67.

²⁸ No se trata de una reproducción fiel y exacta del mismo, tal como el mismo Pisanelli manifestaría, el *Code Civil*, es sin lugar a dudas uno de los monumentos más esplendidos del siglo XIX, sin embargo, el legislador italiano consideraba que los mismos franceses 61 años después de la publicación del mismo, debiesen publicarlo nuevamente, hubiesen efectuados reformas substanciales al mismo «*il codice francese è certamente uno dei più splendidi monumenti di questo secolo; ma*

nuestra legislación civil. Señalaré en este sentido, el Proyecto de Código Civil del Doctor Julián Viso, publicado en 1853 en Valencia y 1854 en Caracas; el cual tuvo entre sus fuentes el *Code Civil* y la doctrina francesa²⁹, sin embargo nunca fue promulgado.

Bajo el gobierno de Páez, se le encargó al Doctor Viso, la redacción de un nuevo proyecto de Código Civil, el cual fue promulgado previo informe favorable de una comisión designada a tal efecto, el 28 de octubre de 1862 y entraría en vigor el 1 de enero de 1863, data diferida hasta 1864, es pertinente señalar que dicho código seguiría el modelo del Código Andrés Bello de Chile, formado por normas del derecho español y del *Code Civil*,³⁰.

Por su parte, el segundo Código Civil de Venezuela entró en vigor en fecha 28 de octubre de 1867 y se vio marcado por la influencia de Viso, quien participó en su redacción; dicho Código Civil se inspiró en el proyecto de García Goyena³¹. El tercer Código Civil de Venezuela fue promulgado por Antonio Guzmán Blanco el 20 de febrero de 1873, entrando en vigor el 27 de abril del mismo año, se apartó de los modelos imperantes en la época ya que se inspiró en el *Codice Civile del Regno d'Italia* del 1865, con algunas modificaciones tomadas del Código Civil de Venezuela de 1867³². Siendo oportuno recordar que el *Codice Civile* Italiano de 1865 fue influenciado por el *Code Civil*, aunque con importantes adaptaciones, podríamos aseverar que la legislación venezolana incorporó de forma tardía e indirecta el *Code Napoléon*, siendo el Código Italiano el vehículo para su implementación.

El Código Civil de 1873 es el punto de referencia en cuanto respecta la codificación civil venezolana, resistió los embates del tiempo sufriendo una serie de reformas, la primera de ellas bajo la presidencia de Guzmán Blanco, siendo promulgada el 3 de

crederemmo noi che, se la Francia avesse oggi a pubblicare un codice, non vi apporterebbe grandi e sostanziali cambiamenti?» Discorso pronunciato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli, in S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai verbali della Commissione coordinatrice, I, Relazioni, Torino, Roma, Napoli, 1887, 5 luglio 1863, 1887, I, n. 4*. Tal como es citado por Solimano, «Il contributo dei civilistiall'edificazione del codice civile unitario (1848-1865)», 388.

²⁹ Tal como fue señalado por él mismo en una comunicación dirigida al Presidente Monagas « (...) la legislación de Justiniano, la española, los códigos civiles de Francia, de las Dos Sicilias, de Cerdeña, de Holanda y de la Luisiana, las leyes hipotecarias de Grecia y Génova; la jurisprudencia establecida por varios decretos de la Corte de Casación de Francia y del Tribunal Supremo de Venezuela; y la doctrina de las grandes autoridades de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zachariae, Savigny, de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró su pluma a la República del Perú.» En Gonzalo Parra Aranguren, Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana... IV, citado por Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, 274.

³⁰ Lupini Bianchi, La Influencia...,73.

³¹ Id.

³² Guzmán, Historia de ...,314-317.

junio de 1880, entrando en vigor en fecha 27 de enero de 1881, habiendo sido modificados algunos aspectos tales como impedimentos para el matrimonio, consejo de tutela y la figura de la posesión³³.

Posteriormente el 7 de mayo de 1896, durante el gobierno de Joaquín Crespo fue promulgado un nuevo Código Civil, que rigió desde el 28 de octubre del mismo año, incluyéndose la figura de la institución del hogar³⁴. Éste fue reemplazado formalmente por el Código Civil el 19 de abril de 1904, bajo la presidencia de Cipriano Castro³⁵, con la incorporación del divorcio vincular y la separación de cuerpos, asimismo, se introdujo el derecho del deudor a imputar al capital los pagos, con preferencia a los atrasos e intereses y la acción de rescisión por lesión en la venta con pacto de retracto³⁶.

Ulteriormente durante el gobierno de Márquez Bustillo el 21 de junio de 1916, fue promulgada una reforma del Código Civil, entrando en vigor el 19 de diciembre de ese año sobre éste es posible mencionar que *“ha resultado más parecido al modelo italiano que lo fuera el de 1873”*³⁷; el motivo fue la supresión de las modificaciones incorporadas en Código Civil de 1867; lo cual se puede justificar en la escasez de doctrina nacional de espesor, con dicha reforma fueron incorporadas la acción pauliana y la acción por simulación.³⁸

Nótese que, los textos de 1881, 1896, 1904 y 1916 no se trataron de nuevos códigos, desde un punto de vista material, debido a que cada uno de éstos era prácticamente el mismo código precedente, con ciertas alteraciones; aunque en algunos casos las reformas fueron sustanciales, se trataron de aspectos precisos y determinados y no implicaron la adopción de nuevos modelos, sistemas o articulados. El motivo de aparentar ser nuevos códigos era una disposición prevista en la Constitución de 1830, la cual establecía: *“La ley que reforma otra anterior deberá redactarse íntegramente, incluyendo en ella todas las disposiciones que quedan vigentes y declarando abolida la ley reformada”*³⁹; y dicha norma fue repetida en las constituciones posteriores, de esta forma, cada vez que el Código Civil resultaba reformado, debía ser repromulgado en su totalidad, lo cual generaba esta ilusión⁴⁰.

³³ Lupini Bianchi, La Influencia...,76.

³⁴ Id.

³⁵ Guzmán, Historia de..., 315.

³⁶ Lupini Bianchi, La Influencia ..., 76

³⁷ Alejandro Pietri (hijo), El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en éste y en el de 1896, (Caracas, Lit. del Comercio, 1916), V citado por Guzmán, Historia..., 316.

³⁸ Lupini Bianchi, La Influencia...,76.

³⁹ Constitución de 1830, artículo 99, para mayor información consultar Allan -Brewer Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, con un *Estudio preliminar* de Brewer-Carías, Allan, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y otros, 1985),344 citado por Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica,316.

⁴⁰ Guzmán, Historia de ..., 316

En 1922 fue efectuada una reforma con la finalidad de suprimir la posesión de estado como prueba de filiación natural respecto al padre y la investigación libre de la paternidad ilegítima. Será después de la muerte de Juan Vicente Gómez, cuando se lleve a cabo la reforma del Código Civil sobre la cual se erige nuestro sistema contemporáneo en materia de obligaciones, dicha reforma la cual se inspiró en el Proyecto Franco-Italiano⁴¹, de las Obligaciones⁴². Éste período representa una etapa fundamental en la evolución legislativa venezolana y es el Código Civil uno de los instrumentos jurídicos de mayor relevancia, considerando todas las innovaciones que implicó en materia de matrimonio, filiación, patria potestad, propiedad, sucesiones y en materia de obligaciones, basadas en gran parte en el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones.⁴³

Para finalizar este breve recuento sobre la evolución de nuestra codificación civil, debemos referir al Código en vigor, promulgado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982, el cual ha sufrido una serie de reformas únicamente en materia de familia, equiparación del padre y de la madre en cuanto a la titularidad de la patria potestad de los hijos menores, la esposa respecto al esposo en cuanto efectos personales del matrimonio y la unidad de filiación de los hijos entre sí, habidos y concebidos fuera del matrimonio; pero, con paternidad confirmada⁴⁴, entre otras materias reformadas por leyes especiales⁴⁵ y decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁶.

⁴¹ «El Proyecto franco-italiano fue elaborado por dos comités: uno en Francia, presidido por el Decano de la Facultad de Derecho de París, y del cual formaron parte, entre otros, juristas de tanto renombre como Capitant, Lyon-Caen, Geny, Bartin, Ripert, etc.; y otro en Italia, presidido por el propio Scialoja, e integrado a su vez por juristas de gran prestigio, como Ascoli, D'Amelio, Benza, Coviello, Vivante, Saffa, etc. Estos comités tuvieron al principio el carácter de una mera iniciativa privada, pero alcanzaron luego reconocimiento gubernamental. El resultado de su trabajo aparece publicado en una edición bilingüe, en francés e italiano, con pie de imprenta de la Imprimerie Nationale, París, 1929.» José Melich Orsini, «La idea de un código uniforme de las obligaciones para los países latinos y la actual legislación venezolana», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones*, 46 (1970): 198.

⁴² Lupini Bianchi, *La Influencia ...*, 77.

⁴³ Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela, Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*, (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 446-447.

⁴⁴ Lupini Bianchi, *La Influencia ...*, 78.

⁴⁵ Los artículos 191 ordinal 2°, 192, 261, 264, 265, 278, 279, 280, 287 y 464, fueron reformados por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en la Gaceta Oficial No. 5.266 Extraordinario del 2 de octubre de 1998. Los artículos 650, 651, 652, 653 y 656, por la Ley de Aguas, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.595 del 02 de enero de 2007. El artículo 410, por la Ley para las Personas con Discapacidad, publicada en G.O. No.38.598 del 05 de enero de 2007. Los artículos 82, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 99, 100, 103, 109, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 501 y los Capítulos I, II, III, VI, VIII y IX del Título XIII, del Libro Primero, por la Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en G.O. No.39.264 del 15 de septiembre de 2009. Los artículos 46, 59, 60, 61, 62 y 63, por la Ley para la Prevención y Erradicación del Abuso Sexual Contra Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en G.O. No. 6.655 Extraordinario del 07 de octubre de 2021.

⁴⁶ El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, según Expediente N° 09-0124, de fecha 23/07/2009, realiza una interpretación constitucionalizante de la norma contenida en el artículo 138 de dicho Código, señalando que la autorización del Juez para separarse temporalmente de la residencia común no es un acto potestativo, sino que se contrae estrictamente a dejar constancia, de manera formal, del término de la separación temporal, lo cual conlleva a hacer constar que no se trata de un abandono voluntario o de una ruptura prolongada de la vida en común; lo que exige que se

Desde una aproximación doctrinaria, más allá de la profunda admiración que pudo experimentar nuestra doctrina previa a la promulgación del Código Civil de 1873 por la doctrina francesa y por la aproximación al Derecho a través de la exégesis⁴⁷, con la entrada en vigor del Código Civil de 1873, la doctrina civil francesa tomo mayor relevancia, es así como los comentarios de los juristas franceses cobran mayor importancia. Desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial en las aulas venezolanas se estudiaba el Derecho a través de la exégesis, cuyo desfase no se pretende abordar, siendo a partir de 1945 y gracias al auge petrolero que se modernizó nuestra doctrina, por la importación de obras de juristas italianos, franceses y alemanes más actualizadas para la época⁴⁸.

De este modo, es innegable la incidencia du *Code Napoléon* en los diversos ordenamientos jurídicos civiles a nivel mundial de forma directa o indirecta y tal como hemos precisado también en el Derecho patrio.

3. Características Generales de la Reforma

Desde un punto de vista formal la reforma se mantiene en cierta medida apegada al *Code Napoléon* y no se orienta del todo hacia las tendencias de la normativa europea relativas a proyectos de armonización, caracterizados por su extensión y su redacción tecnocrática, divididos en múltiples párrafos; la ordenanza mantiene un lenguaje sencillo e inteligible para todos⁴⁹.

En la materia Rémy Cabrillac precisa que, entre los elementos más distintivos de la reforma se encuentra la capacidad de adaptar el derecho de los contratos a las nuevas necesidades económicas y sociales⁵⁰. Con relación a las necesidades económicas es

ponga en conocimiento al otro cónyuge que dicha autorización ha sido acordada, a fin de evitar apreciaciones erradas al interponerse la demanda de divorcio. En Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional se deroga el artículo 57 (Expediente N° 10-0238, de fecha 16/07/2013) La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en sentencia N° 806 del 8/07/2014, publicada en la G.O. N° 40.461, de fecha 25/07/2014, anuló la parte final del artículo 228 del Código Civil, por ser contraria al artículo 56 de la Constitución. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la sentencia N° 1353, de fecha 16/10/2014, publicada en la G.O. N° 40.553, de fecha 02/12/2014, declaró la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil, en la parte que establece «la mujer que no haya cumplido catorce 14 años de edad y el varón» estableciendo que la inteligencia de la norma se refiere a que no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido dieciséis (16) años». (Exp. N°10-0161).

⁴⁷ «[C]ontrairement à la caricature qui en est parfois faite, l'exégète n'est esclave ni de la lettre de la loi ni de la croyance à sa complétude. En cela il n'est pas infidèle à la pensée de Portalis. Comme celui-ci le recommande, il s'interdit d'éluder la lettre d'une loi claire. Mais si elle est obscure, il en approfondira les dispositions par une interprétation littérale et logique. Il s'efforcera surtout d'en pénétrer l'esprit. La recherche de l'intention du législateur le conduira à interroger, en-deçà de la formule littérale, les travaux préparatoires, à rechercher les racines historiques de la disposition...» J.-C. Bécane y M. Couderc, La loi, Paris, Dalloz, 1994, 43; citado por Charlotte Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil», Revue de droit. Université de Sherbrooke, 24(2), (1993-1994): 247. <https://doi.org/10.17118/11143/13369>

⁴⁸ Lupini Bianchi, La Influencia ...,80-85.

⁴⁹ Savaux, El Nuevo..., 721.

⁵⁰ Cabrillac, El Nuevo..., 6.

posible referir a la organización contractual y el favorecimiento de su flexibilidad. En materia de necesidades sociales se manifiesta en la protección de la parte más débil de la relación contractual y la consagración de la teoría de la imprevisión⁵¹.

Sobre la reforma Morles Hernández precisa que uno de los aspectos anhelados por la misma, es el devolverle a la normativa francesa en materia de obligaciones y contratos el lustro y su atractivo para los diversos operadores comerciales internacionales y posicionarla nuevamente en la cumbre del panorama jurídico internacional, lo cual de forma indirecta podría significar un repunte de la legislación francesa con relación a las normativas de tradición anglosajona⁵².

A estas instancias debe ser precisado que la reforma no tiene como finalidad principal dar un vuelco radical de la tradición civil francesa, ya que se persigue convertir el derecho de las obligaciones y los contratos más accesibles y coherentes con los tiempos actuales, incorporando en el Código las soluciones que históricamente la jurisprudencia francesa había consagrado, con el fin de generar un sistema legal más claro, simple y previsible, separándose en cierta medida desde el punto de vista del lenguaje de la elegancia que caracterizó la redacción del *Code Napoléon*, el cual ha encantado a doctrinarios desde hace más de 200 años⁵³.

Savaux apunta que, la reforma contiene un reducido número de innovaciones; en este sentido, el informe al presidente de la República Francesa indica que, con la finalidad de establecer seguridad jurídica, propia del Derecho positivo *“la ordenanza prevé para la mayor parte de su texto una codificación a Derecho constante de la jurisprudencia, retomando soluciones que, si bien no recoge el Derecho positivo, están muy asentadas en el paisaje jurídico francés”*⁵⁴.

En principio, en la reforma no se ven alterados elementos fundamentales de la tradición civilista francesa, tal es el caso del principio de la libertad contractual, de rango constitucional e implícitamente consagrado en el artículo 6 del Código Civil Francés, adicionalmente refuerza el principio de la buena fe, abarcando las fases de

⁵¹ Ibid., 6-10.

⁵² Al respecto, apunta Guido Alpa *«les règles apportées par l'ordonnance ne sont pas séparées du corps du Code civil mais en font partie intégrante. Normalement, quand la loi applicable est choisie, il est fait référence au système juridique désigné tout entier; si l'on choisit des corps de règles suffisantes en soi-même, il faut que ces derniers incorporent la merger clause, de façon à empêcher que des règles quel es parties n'avaient pas contemplées, pénètrent l'interprétation du contrat. En somme, les règles de l'ordonnance ne sont pas “extractibles” du Code civil et applicables comme un bloc séparé»* en Guido Alpa, *Réflexions sur le projet français de réforme du droit des contrats*, *Rev.int. de droit comparé*, 2015, 892; citado por Chiara Tenal Sillani, *«La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa»*, *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71. Compleanno*, G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich. Ed. - Roma : Roma Tre-press, (2018): 538.

⁵³ Francesca Benatti, *«Note Sulla Riforma del Libro III del Codice Civile Francese: Molto Rumore per Nulla»*, *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, n° 2 (2018): 1058-1059. <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.32876>.

⁵⁴ Savaux, *El nuevo...*, 723.

negociación, se modifica, la terminología y la redacción del mismo y se abandonan concepto como *bonnes meures*.⁵⁵

Con relación a las innovaciones más relevantes, se incorporó una nueva definición de contrato, adicionalmente se introdujo la figura del contrato de adhesión y el contrato marco, se incluyeron una serie de innovaciones en materia de resolución unilateral en caso de incumplimiento del contrato, se incluye la figura de la imprevisión en materia civil y tal como veremos a continuación, desapareció, al menos formalmente, el concepto de la causa.⁵⁶

Eric Savaux precisa respecto a la alteración de los más de 350 artículos que:

Un recuento aproximado demuestra que sobre los 151 artículos que constituyen el nuevo derecho común de obligaciones y contratos, más de la mitad (alrededor de 77) codifican soluciones jurisprudenciales. Una cincuentena de otros artículos retoma disposiciones del Código de 1804, reescribiéndolos en mayor o menor medida. Es el caso particular de los artículos 1231 a 1231-7, que reproducen casi literalmente los artículos 1146 a 1153-1 a la espera de la reforma de la responsabilidad. No queda, por consiguiente, mucho espacio para las novedades. Menos de una veintena de disposiciones enuncian reglas originales y solo cinco artículos desafían a la jurisprudencia. Por tanto, el nuevo derecho francés de obligaciones y contratos se parece mucho al antiguo. Si no al del Código de 1804, al menos al que la jurisprudencia ha construido sobre él.

La modificación de la letra de la ley tiene el mérito de ponerla de conformidad con el derecho vivo, haciéndola más accesible. Pero el progreso del Derecho no puede venir solo de la cristalización de la labor de la jurisprudencia, que incluso puede entorpecerla.⁵⁷

Asimismo, apunta que, “(...) aunque en número limitado, hay innovaciones importantes, (...) inspirado en los proyectos de armonización europea. Es por esta vía que el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, de inspiración muy nacional, se abre un poco a la influencia internacional”.⁵⁸

⁵⁵ Guido Alpa, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, 2 <https://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/alpa/note-progetto-fr-riforma-dircontratti.pdf>

⁵⁶ *Id.*.

⁵⁷ Savaux, *El nuevo...*, 723.

⁵⁸ *Ibid.* 723-724.}

La reforma, en gran medida implicó la incorporación al Código Civil del antiguo derecho civil, que había surgido principalmente de la jurisprudencia francesa, teniendo como objetivo principal conferir seguridad jurídica, elemento distintivo del positivismo, por lo que el legislador englobó dicho Derecho en la Ley, por motivos de razones de estabilidad, seguridad y accesibilidad⁵⁹.

La reforma busca responder a las necesidades y prácticas propias del derecho privado contemporáneo, a fin de ubicar a la legislación civil francés nuevamente en el sitio de honor que históricamente ha ocupado⁶⁰. En conclusión, tal como señala Morles “...*el nuevo derecho francés de obligaciones y contratos tiene mucho de consolidación (conversión de la jurisprudencia en norma de derecho positivo) y un poco de transformación...*”⁶¹

4. La Desaparición Formal de la Causa

Uno de los elementos de la reforma con más resonancia fue el abandono de la causa⁶², al menos desde el punto de vista formal, elemento que actualmente no se encuentra previsto como uno de los requisitos de existencia del contrato, lo cual como varios autores apuntan responde a la influencia de los modelos de armonización jurídica de corte integracionista europeo⁶³ y la búsqueda de la simplificación, considerando que la causa constituye uno de los conceptos más abstractos de la tradición francesa, de esta forma con la reforma el objeto y la causa se sustituyen por el requerimiento de la presencia de contenido lícito y cierto⁶⁴.

Sin embargo, antes de adentrarnos más profundamente en este aspecto es pertinente conocer, de forma muy sucinta, el concepto que originalmente había tenido la causa en el derecho civil francés.

⁵⁹ Rachadell y Di Miele, Apuntes Sobre...,550.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Morles Hernández, Alfredo. «La Reforma de 2016 del Código Civil Francés: la Incorporación de la Teoría De la Imprevisión», en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 157: (2018), 595-629. 612. Edición en Pdf.. Savaux, El nuevo..., 724.

⁶² Se recomienda la lectura de Cousin - Guizou - Leveunr - Azemar - Moron - Puech - Stevignon, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, en *Recueil Dalloz*, 2015, 1115 ss.

⁶³ Podemos mencionar los principios *Unidroit; Principles of European Contract Law*; le *Code européen des contrats* del proyecto Gandolfi; el *Draft Common Frame of Reference*, tal como apunta Tenella Sillani, *La riforma ...*, 539.

⁶⁴ Benatti, *Note ...*,1060.

a. Concepto y evolución de la causa en el Derecho Romano

Debemos iniciar por mencionar que la causa a pesar de ser una figura emblemática de la tradición privatista francesa, ha sido objeto de innumerables debates y polémicas. En el *Code Napoléon*, ésta no se encuentra definida de forma precisa, sin embargo, es considerada como el cuarto y último elemento de validez del contrato⁶⁵.

La causa tiene origen en el Derecho romano y en el caso del derecho francés se había afianzado de forma progresiva hasta obtener una gran influencia en el Derecho contractual, tal como mencionamos anteriormente, ésta ha sido alabada y criticada por diversos doctrinarios sin embargo, nunca ha pasado desapercibida, de esta forma con su supresión, es un hecho que merece particular consideración⁶⁶.

Tal como señala Petit, en materia de obligaciones los jurisconsultos romanos daban diversas acepciones a la palabra causa. De este modo se utilizaba para identificar la fuente de las obligaciones, en estos términos, se sostiene que son causa de las obligaciones civiles, los contratos y los delitos; en otras oportunidades se utilizaba el término para referir a las formalidades que debían ser incluidas a las convenciones para que ciertos contratos se perfeccionaran (las palabras, si se trataba de Contratos “*Verbis*”; la escritura, si de los “*Uteris*”, y la entrega de la cosa, en los “*Re*”); finalmente, la causa refiere al motivo jurídico sobre el que reposa la voluntad de quien se obliga⁶⁷.

Adicionalmente, con relación a su consideración como impulso de un negocio jurídico, para Margadant cuenta con un sentido subjetivo, el cual refiere a que sea compatible con la moral la Ley; y uno objetivo el cual radica en que una persona se obliga, bajo la premisa de recibir una contrapresión, aun cuando, pueda verse impedida su esperanza de obtenerla⁶⁸.

Por su parte para Sohm:

Exigen una “causa” todos aquellos negocios jurídicos que merman el patrimonio, sean obligatorios simplemente o de disposición... el que se desprende de un valor patrimonial cualquiera a favor de otro persigue siempre un fin jurídico determinado, que es lo que se llama “causa”. Tres categorías de “causas” jurídicas suelen distinguirse: *causa donandi*, si el fin a que se encamina la entrega es una donación; *causa solvendi*,

⁶⁵ Margarita Morales Huertas, «La renovación del concepto de causa en el derecho francés», 169-170. https://core.ac.uk/display/230089773?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1

⁶⁶ Marie-Cécile Lasserre y Jean-Raphaël Demarchi, «*Droit des obligations, le contrat, Annales d'Examens & Sujets D'actualité Corrigés Commentés*», 2016-2017, 39.

⁶⁷ Eugene Petit, «*Tratado Elemental de Derecho Romano*». Ed. Nacional, S. A. México (1952):332, referido por Augusto Turcott Cárdenas, «La Causa Interpretación Comparativa del Derecho Francés y Español con el Derecho Mexicano en su origen», Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 239 (2003): 208

⁶⁸ Guillermo Floris Margadant S., «*El Derecho Privado Romano*». Ed. Esfinge, S.A. México (1974): 347, referido por Turcott, La Causa...,208.

si se trata de saldar una deuda existente, y *causa credendi*, sí vgrse entrega una suma en concepto de préstamo⁶⁹.

Es pertinente señalar que, en el *Digesto*, en su título 2,14, la causa aparece mencionada en dos oportunidades, encontrándose relacionada en ambos casos a contratos reales innominados. Por su parte Ulpiano señala “*et si in alium contractum res non transeat, subset tamen causa [...] esse obligatio*”, lo cual quiere precisar que la obligación existe, aun cuando no se trate de uno de los contratos reales nominados, con la venta, si la causa existe, adicionalmente éste indica: “*Sed cu nulla subest causa, Procter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*”, es decir, que la causa puede añadirse a los elementos característicos de un contrato real innominado, en este sentido, la ejecución de una de las partes, que hace nacer una acción con el fin de obtener la contraprestación convenida⁷⁰.

b. La Causa en el Code Napoléon

A pesar de haber sido incorporada desde hace más de 200 años en el ordenamiento jurídico privado francés, ésta no es un elemento pacífico para la existencia de los contratos, la causa ha sido considerada por múltiples juristas como uno de los conceptos jurídicos portadores de mayor incertidumbre, siendo pertinente destacar que dicho concepto fue desarrollado en gran medida por jurisprudencia francesa⁷¹.

El antiguo artículo 1108⁷² establecía que todo contrato debía tener una “causa lícita en la obligación, siendo pertinente señalar que este artículo se complementaba con los artículos 1131, 1132 y 1133. Por su parte el artículo 1131⁷³ extendía de forma muy breve el requerimiento del artículo 1108, disponiendo que la obligación es nula si esta no cuenta con una causa o ésta es falsa o ilícita. El artículo 1132⁷⁴, disponía que no es obligatorio que la causa sea expresamente indicada y por su parte el artículo 1133⁷⁵ disponía que la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres⁷⁶.

⁶⁹ Rodolfo Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción de Wenceslao Roces. Ed. Gráfica Panamericana S, de R L. México 1951. p. 122, referido por referido por Turcott, *La Causa...*,209.

⁷⁰ Morales Huertas, *La renovación...*,172

⁷¹ Ancel, Fauvarque-Cosson, Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*,165 citado por Morles Hernández, *La Reforma...*,613.

⁷² *Article 1108* «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention : Le consentement de la partie qui s’oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l’engagement ; Une cause licite dans l’obligation»

⁷³ *Article 1131* «L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.»

⁷⁴ *Article 1132* «La convention n’est pas moins valable, quoique la cause n’en soit pas exprimée.»

⁷⁵ *Article 1133*« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public. »

⁷⁶ Morales Huertas, *La Renovación...*,170.

En este orden de ideas, una de las expresiones clásicas de la causa, en el derecho contractual, la podemos denotar con relación a la causa de la obligación del deudor, la cual se configura como el propósito inmediato y directo que le lleva a contraerla. A diferencia del motivo, que es objetiva. En todo caso, la abundante y fluctuante jurisprudencia ha ido permitiendo identificar las distintas facetas de la causa y precisar sus funciones⁷⁷.

La causa, en sus orígenes, había sido considerada como un instrumento de protección tanto individual como social; sin embargo, la causa y la sociedad actual ya no son las del Código Civil de 1804, siendo pertinente señalar que a pesar de haber resistido las hostilidades, en particular de los anticausalistas del siglo XIX, para establecerse como una noción fundamental del Derecho contractual con un alcance considerable, no logró sobrevivir a la reforma de los contratos consagrada por la *Ordonance* de 10 de febrero de 2016⁷⁸.

Por su parte, es pertinente traer a colación que de las disposiciones contenidos en *Le Code Napoléon* antes mencionadas, no se propone una definición de causa, esto generó que en muchos casos se haya discutido la utilidad de la misma. De esta forma, en el iter relativo a la formación del consentimiento, si éste es conferido conforme a las condiciones requeridas, si el objeto del contrato es lícito y conforme a la ley y los contratantes cuentan con la capacidad requerida, pareciese que el contrato pudiese perfeccionarse, prescindiendo de dicho elemento etéreo, siendo posible, además añadir que no todas las legislaciones recogen la existencia de la misma⁷⁹.

c. Debates previos a su desaparición

Las concepciones romanas relativas a la causa tuvieron una gran incidencia en el pensamiento de Domat quien fungiría como conductor de la misma, especialmente a través de Pothier. Siendo pertinente señalar que para los autores de la primera mitad del siglo XIX, se distingue tres clases de causa; a saber, (i) la causa final, (ii) la causa impulsiva y (iii) la causa eficiente.⁸⁰

Con respecto a la causa final, ésta se encuentra consagrada en los artículos 1108 y 1131 del Código Civil Napoleónico y básicamente es aquella en virtud de la cual las partes acuerdan obligarse, puede considerarse, como un elemento de existencia o validez del contrato⁸¹, se trata de un elemento idéntico en cada categoría de contrato

⁷⁷ Lasserre y Jean-Raphaël Demarchi, *Droit...*, 39

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Morales Huertas, *la Renovación...*, 170.

⁸⁰ Turcott, *La Causa...*, 211.

⁸¹ Turcott, *La Causa...*, 211.

y por tanto es intrínseco⁸². Por su parte, la causa impulsiva es resumida por Borja Soriano resume como “...*el motivo que induce a cada una de las partes a contratar; (...) es, al contrario, extrínseca, exterior. En tanto que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable.*”⁸³ Por último, como causa eficiente se suele referir a la fuente de la obligación⁸⁴.

En este orden de ideas, podemos mencionar que para Laurant⁸⁵, Huc⁸⁶, Baudry-Lacantinerie⁸⁷, Barde⁸⁸ y Planiol⁸⁹, a quienes se referirá como “anticausalistas”, partieron de la abstracción total de dicha concepción para señalar que se trataba de una figura falsa e inútil, ya que estos consideran que las funciones de la causa podían ser cumplidas, ya fuese por el objeto o por el consentimiento. Por su parte, Planiol⁹⁰, adelantándose con creces a la fecha de la reforma del Código Civil en el año 2016, consideraba que al eliminarse la causa de la codificación, esto no alteraría ninguna de las disposiciones en él tipificadas⁹¹.

*Por su parte algunos defensores de la causa como, Louis-Lucas, Gounot y Gaudemet, partiendo de la abstracción inherente al concepto, desarrollan una definición objetiva de la causa: “La causa es esencialmente económica y objetiva; el motivo, esencialmente psicológico y subjetivo”*⁹², sin embargo, dicha teoría solo podrá ser considerada para los contratos a título oneroso, para los contratos a título gratuito, la posición que estos autores fijan es muy similar a la de Planiol y los “anticausalistas”⁹³.

Contraria a las dos posiciones antes mencionadas, existe una tercera, la cual es de origen jurisprudencial y tiende a reconocerle a la causa una esencia subjetiva; posición que se impuso por un período prolongado de tiempo; durante el cual el juez francés, se rehusaba a abandonar su poder de análisis sobre los móviles cuando estudia la licitud

⁸² Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen I. Ed. Porrúa., S.A. (México 1981): 306, referido por Trucott, La Causa..., 211-212.

⁸³ Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Ed. Porrúa, S.A. (México 1959):185, referido por Trucott, La Causa..., 213.

⁸⁴ Trucott, La Causa..., 213.

⁸⁵ *Principes de droit civil français*, tomo 16, n.º 11, referido por Morales Huertas, La Renovación...,172.

⁸⁶ *Commentaire du Code civil*, tomo 6, n.º 39; tomo 7, nos 77 y 78, mencionado por La Renovación...,172.

⁸⁷ Baudry-Lacantinerie y Barde. *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tomo 1, París, 1897, nos 321 y ss. Señalado por Morales Huertas, La Renovación...,172.

⁸⁸ *Traité élémentaire de droit civil*, n.º 1031 referido por Morales Huertas, La Renovación...,172.

⁸⁹ Planiol en G. Ripert y J. Boulanger. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tomo 2, (París, 1959): 288. Referido por Morales Huertas, La Renovación...,172.

⁹⁰ Planiol, *Traité élémentaire...*, 375, referido por Morales Huertas, La Renovación...,172

⁹¹ Morales Huertas, La Renovación...,172.

⁹² Carole Aubert De Vincelles, *Droit des obligations—Tome I*, Dalloz, (2016):70.

⁹³ Id.

de la causa, siendo estas decisiones judiciales las que constituirán el sustrato de la teoría moderna de la causa o “neocausalista”, en relación con los “anticausalistas”, va a perdurar prolongadamente⁹⁴.

Es así como en la segunda década del siglo XX, Capitant, Josserand y Maury se encargarían de renovar la noción de causa, primero analizándola bajo un ángulo subjetivo, segundo reduciéndola a un elemento objetivo, para satisfacer un principio de equivalencia y, por último, para proteger los diversos intereses que la noción puede recoger. Es así como, ésta se desdobra en consecuencia (a) la causa sería objetiva y abstracta, cuando se pretende establecer su existencia y (b) será analizada desde un punto subjetivo y concreto cuando lo que se busque es establecer su existencia. Finalmente, es posible mencionar que esta posición se mantuvo hasta que la Corte de Casación Francesa efectuó un análisis subjetivo del concepto de causa para que ésta funja como un elemento protección del interés o de la utilidad perseguidas por las partes en la conclusión del contrato⁹⁵.

d. Supresión de la Causa

Desde su nacimiento hasta su supresión, la causa en el derecho civil francés ha sido una figura controvertida, ya que para François Chénéde el abandono de la causa es uno de los más grandes errores dogmáticos y estratégicos de la reforma del Código, ya que no es posible ganar competitividad alineándose con la competencia⁹⁶, esto refiriéndose a la vocación de lineación con los códigos de corte europeístas y anglosajones.

Como hemos podido notar, darle una noción precisa a la definición de causa que englobe todos sus aspectos, no es una tarea sencilla; aunado esto dicha figura ha sido objeto de múltiples críticas tanto por parte de la doctrina como por parte de la práctica jurídico, siendo en muchos casos percibida como un factor capaz de generar inseguridad jurídica y un obstáculo para reactivar el atractivo del Derecho Francés en la actualidad. Es por esto que en reforma del Código Civil Francés de 2016 se ha optado por no utilizar dicho concepto, sustituyéndolo por reglas en principio de mayor sencillez a la hora de ser definidos, los cuales en teoría le permiten al juez y a las partes conseguir los mismos efectos, evitando los posibles dilemas inherentes a la causa, considerada como figura clásica.

⁹⁴ Morales Huertas, *La Renovación...*, 173-174.

⁹⁵ Id.

⁹⁶ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2016, *cfr*: Emanuela Navaretta «*La Causa e la Riforma del Code Civil Francese*». En *La riforma del Code civil, Persona e Mercato*, Editado por Vettori Giuseppe, Emanuela Navaretta, Stefano Pagliantini, (2018):32 www.personaemercato.it

Algunos consideran que uno de los aportes de la reforma con relación a la supresión de la referencia a la causa, ha sido la consolidación en la ley de todas las funciones que los tribunales le habían atribuido a la misma; de esta forma, la sección relativa a la validez del contrato sigue introducida por un artículo preliminar en el que se enuncian las condiciones necesarias para su validez: consentimiento de las partes, capacidad para contratar y, en adelante, “contenido lícito y cierto”⁹⁷.

Con relación a la supresión de la referencia a la causa, Morles Hernández ha señalado que:

Las cuestiones relativas al objeto del contrato, cuyo interés reside esencialmente en su conformidad con el orden público o las buenas costumbres, son tratadas de ahora en adelante bajo el ángulo de la licitud del contrato en el artículo 1162, que recuerda que “el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su fin”. La causa ya no constituye, expresamente, una condición de validez del contrato ni es así ya más considerada en el artículo 1128 que reemplaza al antiguo artículo 1108 del Código civil⁹⁸

En este sentido podemos observar cómo la causa, anteriormente incluida con la fórmula “*une cause licite dans l’obligation*”⁹⁹ no aparece entre los elementos de validez del contrato, que actualmente se encuentran contenidos en el artículo 1128, siendo adicionalmente suprimido el contenido correspondiente al antiguo artículo 1131 en el cual se negaba la eficacia de las obligaciones cuando no existiese la causa o ésta fuese falsa o ilícita¹⁰⁰.

Para el autor franco-italiano Guido Alpa, la causa ha desaparecido, al menos formalmente; ya que aun cuando se trata de una de las nociones más celebres del derecho privado francés, a través de la jurisprudencia se puede obtener el mismo resultado, mediante elementos más comprensibles y previsibles relacionados con la licitud del contrato, el control de las expectativas de las partes y la justicia del contrato, siendo ésta última una noción esencial del contrato¹⁰¹.

⁹⁷ De Vincelles, *Droit des ...*, 70.

⁹⁸ François Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Juliette Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, (Paris, Dalloz, 2017), 162-163, referido. Morles Hernández, «La Reforma de 2016 del Código Civil Francés: la Incorporación de la Teoría De la Imprevisión», 613.

⁹⁹ Artículo 1108 del Código Civil de 1804 «*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: Le consentement de la partie qui s’oblige; Sa capacité de contracter; Une objet certain qui forme la matière de l’engagement; Une cause licite dans l’obligation.*»

¹⁰⁰ Tenella Sillani, *La riforma ...*, 538.

¹⁰¹ Guido Alpa, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, 2.

Por su parte, la supresión de la causa cuenta con ciertos detractores tales como François Chénéde que apuntó que el abandono de la causa es uno de los más grandes errores dogmáticos y estratégicos de la reforma, ya que no es posible ganar competitividad alineándose con el enemigo¹⁰².

Sin embargo, es importante resaltar que tal como ha sido sostenido por gran parte de la doctrina, la desaparición de la causa tiene un efecto únicamente formal. En este sentido, para autores como Denis Mazeaud, aun cuando no se haga alusión expresa a la misma, ésta no ha desaparecido del *droit positif français*, esto debido a que algunas de sus funciones, tanto las tradicionales como las más modernas han sido conservadas y hasta consagradas en la reforma¹⁰³.

Tal como ya hemos mencionado, la causa antes incluida en el contexto de “una causa lícita en la obligación”, ya no aparece entre los elementos de validez del contrato que actualmente se encuentran enumerados en el artículo 1128 (siempre pertinente mencionar que ha sido suprimida la referencia expresa al objeto)¹⁰⁴. Por su parte, lo que tradicionalmente se consideraría como casos de contrato sin causa, en la reforma del Código Civil se establece que un contrato a título oneroso es nulo cuando la contraprestación a favor del deudor es “*illusoire ou dérisoire*” en el momento de la formación (artículo 1169)¹⁰⁵, adicionalmente, el artículo 1170 establece que la cláusula que despoja de su esencia la obligación esencial del deudor se considera como no escrita; disposición que consagra la posición de la jurisprudencia basada en la causa¹⁰⁶.

Al respecto, es posible afirmar que, aun cuando desaparezca la palabra causa, si las soluciones que consagra la reforma del *Code* se basan efectivamente en ésta, la misma continuará en vigor, la supresión del término, no se traduce en la eliminación de la institución¹⁰⁷, ya que su esencia es invocada en más de una oportunidad por la *réforme du Code Civil*¹⁰⁸.

¹⁰² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2016, citado por Emanuela Navaretta «*La Causa e la Riforma del Code Civil Francese*». En *La riforma del Code civil, Persona e Mercato*, Editado por Vettori Giuseppe, Emanuela Navaretta, Stefano Pagliantini, (2018):32 www.personaemercato.it

¹⁰³ D. Mazeaud, «*Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*», en *Riv.dir.civ.*, 2, (2016): 440. Citado por Tenella Sillani, *La riforma...*,539.

¹⁰⁴ Tenella Sillani, *La riforma...*,538.

¹⁰⁵ Giulia Terlizzi, «*Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*», *Rivista di diritto civile* 3/2017, Año LXIII - N. 3, CEDAM, Mayo/Junio 2017, 702.

¹⁰⁶ Tenella Sillani 504. Cfr., Cass. Com, 22 octubre. 1996, n. 93-18632: *Bull. civ.* IV, n. 261, referida por Emanuela Navaretta, *La causa e la riforma...*, 33.

¹⁰⁷ G. Wicker, «*La suppression de la cause par l'ordonnance: la chose sans le mot?*», (D. 2015), 1557, citado por Savaux, *El nuevo...*, 731.

¹⁰⁸ Artículos 1168, 1169, 1170.

Al respeto señala Mario Barcellona, que el legislador francés renunciaría a la causa, pero, no se renuncia al control propio del juicio de valor de la misma¹⁰⁹. Ahora bien, con respecto a la afirmación que se ha visto con relación a “muchacha por nada” no es del todo cierta, ya que el caso de la figura en el ordenamiento francés, desde un punto de vista teórico para el derecho privado es significativo; esto debido, a que no se trata de un proyecto o de un cuerpo normativo de *soft law*, con posibles efectos teóricos en la disciplina general del contrato. Se trata de una reforma y no de la reforma de un Código cualquiera, se trata de la reforma de un monumento de la disciplina jurídica, el cual recogió la herencia de Domat, Pothier, Pufendorf, Grozio la cual fue permeada en múltiples ordenamientos de *civil law*, incluido el venezolano, la supresión de la causa, es una *décision législative perturbatrice* a nivel estratégico, político y simbólico¹¹⁰.

Tal como ha sido mencionado, la teoría de la causa fue central en el derecho francés de las obligaciones y se afianzó como un signo de la influencia del derecho francés en materia contractual, que persiste en muchos sistemas jurídicos de *civil law*, entre ellos el venezolano, sin embargo, ha sido tan emblemática en su presencia, como problemática en su identificación y en su papel efectivo como requisito del contrato¹¹¹.

A pesar de que parte de la doctrina francesa ha afirmado que la supresión de la causa implica un abandono formal y no sustancial¹¹², la elección del legislador conlleva obviamente consecuencias a nivel simbólico, estratégico y político¹¹³. En primer lugar, desde un punto de vista simbólico implica el abandono a un concepto arraigado de forma visceral en los juristas franceses como era el de la causa. En segundo lugar estratégico, ya que la desaparición de la noción de causa constituye una señal a los ojos de otros juristas europeos, adoptando una tendencia que se está consolidando y por último, a nivel político, porque la elección de poner fin a la historia de la causa conduce a renunciar a una noción cuya flexibilidad había permitido a la Corte de Casación adoptar múltiples decisiones en el ámbito de la justicia contractual¹¹⁴.

¹⁰⁹ F. Benatti, « *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla* », in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 627 ss, referido por Tenella Sillani, *La reforma...*, 540.

¹¹⁰ D. Mazeaud, « *Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats* », *Recueil Dalloz*, 2009, 1364 ss. Referido por Tenella Sillani, *La reforma...*, 540.

¹¹¹ Terlizzi, *Le Nozioni ...*, 703.

¹¹² Tal como es señalado por Terlizzi, entre aquellos que han planteado críticas sobre el abandono de la noción de causa, Génicon, « *Défense et illustration de la cause en droit des contrats* », en *Recueil Dalloz*, 2015, 1551 ss, Ronchevsky, « *Les objectifs de la réforme à savoir l'attractivité du droit français des contrats* », en *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution*, 2016, 112, se cuestiona la eficacia de la supresión de la causa desde una doble perspectiva, la internacional, cuestionando el efecto de acercamiento a la disciplina de los países de *common law*, y la interna, poniendo en duda que su supresión, como afirman los codificadores, excluya la coherencia interna del sistema legal francés, ya que los efectos de la noción de causa se mantendrían a través de la referencia a la noción de contenido. Terlizzi, *Le Nozioni ...*, 703.

¹¹³ D. Mazeaud, *Une nouvelle...*, 1364 ss, referido por Terlizzi, *Le Nozioni ...*, 704.

¹¹⁴ *Id.*

La afirmación de que la desaparición de la causa es sólo formal, es profesada por aquella parte de la Doctrina que lo hace atendiendo a la jurisprudencia, ya que los intérpretes saben que deben llevar a cabo el control de licitud haciendo referencia al contenido del contrato. De esta forma, se afirma que declarar la nulidad de un contrato porque su contenido es contrario al orden público o a las buenas costumbres no es diferente de declarar la nulidad de un contrato viciado por una causa contraria al orden público o a las buenas costumbres¹¹⁵.

Ahora bien, las soluciones propuestas por el legislador de la reforma pueden parecer satisfactorias, especialmente desde la perspectiva de la armonización, sin embargo, las nuevas reglas que a menudo carecen de precisión, generarán las mismas incertidumbres que alimentaban los debates en torno a la noción de causa y su aplicación¹¹⁶. En este sentido, la opinión de quienes consideran que confiar las funciones de la causa a las nociones de propósito y contenido lícito no simplifica la operación interpretativa, dada la reversibilidad de los valores, la ambigüedad de los textos y la multiplicidad de inspiraciones¹¹⁷.

Lo anterior implica igualmente ciertas complicaciones, basta considerar que, en todo caso, deberá acudir a análisis de conceptos plurívocos como lo son el contenido y el propósito para cumplir con el análisis del contrato. De esta forma, las soluciones jurídicas surgidas de la reflexión sobre la noción de causa ilícita giran en torno a la noción de propósito, llegando paradójicamente a la imposibilidad de abandonar precisamente ese enfoque causalista que se pretende superar¹¹⁸.

Finalmente, hay quienes consideran inaceptable ocultar la noción de causa para superar el aislamiento del derecho francés, juzgando tal elección tan paradójica como la idea de renunciar al idioma francés para favorecer la integración lingüística de los europeos¹¹⁹.

¹¹⁵ Graziadei, «*Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste franc, ais et le précédent italien*», cit., D. Mazeaud, «*Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*», Rivista di diritto civile, 2016, 2, 432 ss. Contra: Fabremagnan, «*Critique de la notion du contenu du contrat*, in *Revue des Contrats*», Septiembre 2015, 639 ss.; Fenouillet, «*Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat*», Revue des contrats, 1, 2009, 300 ss. referido por Terlizzi, *Le Nozioni...*,704.

¹¹⁶ Wicker, «*La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?*», Recueil Dalloz, 2015, p. 1558. Asimismo, Fenouillet, *Regards sur...*,300s.; Cousin et alii, «*Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*», Recueil Dalloz, 2015, 1115 ss., referido por Terlizzi, *Le Nozioni...*,705.

¹¹⁷ Fenouillet, «*Les valeurs morales*, in *Revue des Contrats* 3», Septiembre 2016, 589 ss., referido por Terlizzi, *Le Nozioni...*, 705.

¹¹⁸ Wicker, *La suppression...*, 1557 ss., referido por Terlizzi, *Le Nozioni...*, 705.

¹¹⁹ Génicon, «*Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexions sur une révolution des mots*», Revue des Contrats, Septiembre 2015, 632 referido por Terlizzi, *Le Nozioni...*,705.

CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo del presente escrito, la causa es un elemento controvertido, capaz de generar muchas veces confusión y en cierto grado incertidumbre, situaciones, ciertamente poco deseables en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, fue una figura tan controvertida como característica de un Código Civil y de una sociedad, producto y factor social, de uno de los movimientos más relevantes de la historia contemporánea europea.

La desaparición de la referencia a la causa, así sea desde el punto de vista formal o semántico, generó en mayor o menor medida estupor ya que representa la ruptura con una figura presente en uno de los códigos civiles más relevantes de la historia y cuya relevancia e influencia directa o indirecta a nivel mundial es indiscutible.

Que se trate de “mucho ruido y pocas nueces” no es del todo cierto, ya que en una forma o en otra, se trata de un código civil nacional, no de un proyecto de soft law y adicionalmente no de cualquier Código Civil. Ahora bien, por más contradictorio que suene, la reforma busca simplificar un código para una sociedad con mayor instrucción, mayor acceso a la información y mayor interconexión, reflejando en gran medida el *zeitgeist* contemporáneo.

La supresión de la causa puede ser abordada desde dos puntos de vista, el primero el internacional, ya que se busca la adaptación del ordenamiento interno hacia los modelos integracionistas europeos y la aproximación a las disciplinas jurídicas de los países de *common law*, pasando a ser un sistema jurídico inspirado y ya no más uno inspirador; todo esto con el fin de convertirse en un ordenamiento apetecible a nivel internacional. Por otro lado, el interno, el cual genera algunas contradicciones como se ha mencionado, ya que, a través de su supresión, se puede perder en cierto grado parte de la coherencia interna del sistema legal francés, ya que los efectos de la noción de causa se mantendrían, aun cuando la figura no se encuentre presente, a través de la referencia a la noción de contenido.

La reforma del Code Napoléon y la supresión de la causa, nos demuestra cómo sin importar cuan relevante, aclamado o arraigada cierta figura se encuentre, tanto en las ciencias naturales como en aquellas regidas por la imputación humana, nada resiste los embates del tiempo siendo éste inexorable e implacable.

BIBLIOGRAFÍA

Alpa, Guido. *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, <https://www.scienze-giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/alpa/note-progetto-fr-riforma-dircontratti.pdf>

- Aubert De Vincelles. Carole. *Droit des obligations–Tome I*, Dalloz. (2016):70. <https://www.prepa-dalloz.fr/wp-content/uploads/2016/09/obligations-extraite-2016-tome1.pdf>
- Benatti, Francesca. «*Note Sulla Riforma del Libro III del Codice Civile Francese: Molto Rumore per Nulla*». *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, n° 2 (2018): 1054-1076. <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.32876>
- Brewer–Cariás, Allan R. *Historia Constitucional de Venezuela, Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.
- Cabrillac, Rémy. «El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos». *Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu, Working paper* 10/2018: (2018), http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/?p=713&lang=en
- Cabrillac, Rémy. «El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos», *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 70 (enero 2016), 59-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6269855>.
- Dominguez Guillén, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Caracas: Editorial RVLJ., 2017.
- Guzmán, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, Edición Pdf. <https://core.ac.uk/download/pdf/71612422.pdf>
- Henríquez Herrera Ian y Hernan Corral Talcini ed. *El Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Chileno de 1855. Influencias, Confluencias y Divergencias*. Santiago de Chile: Cuaderno de Extensión Jurídica n°9, 2004. En Pdf. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- Lasserre, Marie-Cécile Lasserre y Demarchi, Jean-Raphaël, *Droit des obligations, le contrat, Annales d' Examens & Sujets D'actualité Corrigés Commentés, 2016-2017y Jean-Raphaël Demarchi, Droit des obligations, le contrat, Annales d' Examens & Sujets D'actualité Corrigés Commentés, 2016-2017*.
- Lemieux, Charlotte. «*Éléments d'interprétation en droit civil*». *En Revue de droit. Université de Sherbrooke*, 24(2), (1993-1994): 221-253. <https://doi.org/10.17118/11143/13369>
- Lupini Bianchi, Luciano. «La Influencia del Código Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*. Compilado por Irene Valera. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2005.
- Melich Orsini, José. «La idea de un código uniforme de las obligaciones para los países latinos y la actual legislación venezolana». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones*, 46 (1970): 149-210.
- Morales Huertas, Margarita. «La renovación del concepto de causa en el derecho francés». 169-183. https://core.ac.uk/display/230089773?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1
- Morles Hernández, Alfredo. «La Reforma de 2016 del Código Civil Francés: la Incorporación de la Teoría De la Imprevisión», en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 157: (2018), 595-629. Edición en Pdf.

- Navarretta, Emanuela. «La Causa e La *Rèforme du Code Civil* Francese». En *La Riforma Del Code Civil, Persona E Mercato*, Editado por Vettori Giuseppe, Emanuela Navarretta, Stefano Pagliantini, (2018): 31-36. www.personaemercato.it
- Pazos Castro, Ricardo. «La Respuesta Del Derecho De Obligaciones Y Contratos Francés Ante La Pandemia De Covid-19». *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, n° 2, especial mayo (2020): 47-74.
- Rachadell, María Cecilia y Di Miele, Franco, Apuntes sobre la codificación de la “*théorie de l'imprévision*” en el *Code Civil*, Primera Edición Especial / Diciembre - 2021 *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* “Actualización del Derecho Mercantil desde la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández”, 535-569
- Ramos Núñez, Carlos, «El Código Napoleónico: Fuentes y Génesis». *Derecho & Sociedad*, n.º 10 (noviembre 1995.), 153-61.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14319>.
- Savaux, Eric. «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos» (Este texto es la versión ligeramente aumentada de la conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016). *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 69, N° 3. (2016): 715-741.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696829>
- Serrano Migallón, Fernando ed. «Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios jurídicos». Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2005. Formato electrónico para la BJV: 23 de agosto de 2017.
- Solimano, Stefano. «*Il contributo dei civilisti all'edificazione del codice civile unitario (1848-1865)*». *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n.º4 (2013): 378-395. <https://www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it/node/91>
- Tenella Sillani, Chiara. «*La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*». *Dialoghi con Guido Alpa : un volume offerto in occasione del suo 71. Compleanno*, G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich. Ed. - Roma : Roma Tre-press, (2018): 537-549.
- Terlizzi, Giulia. «Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti», *Rivista di diritto civile* 3/2017, Año LXIII - N. 3, CEDAM, Mayo/Junio 2017.
- Turcott Cárdenas, Augusto. «La Causa Interpretación Comparativa del Derecho Francés y Español con el Derecho Mexicano en su origen», *Revista de la Facultad de Derecho de México*. No. 239 (2003) <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=239>
- Código Civil, publicado en Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.
- Code Civil Français 1804* disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/
- Code Civil Français* Ley n° 2018-287 del 20 de abril de 2018

Responsabilidad de los administradores de compañías anónimas: Consideraciones al estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 519-541

Resumen: El órgano de administración de toda compañía anónima, se constituye como cuerpo colegiado o no, llamado a ejecutar las actuaciones como parte de las funciones que le son delegadas en los estatutos sociales o a través de la asamblea de accionistas. Han sido reiterativas, las diferentes posturas doctrinales que se han dedicado a delimitar el grado de responsabilidad que los administradores tienen, no solo frente a la sociedad que representan, sino ante terceros con los que se ven involucrados los intereses de la entidad. En este artículo se hará un breve análisis sobre el alcance de la responsabilidad de los administradores, contrastando la teoría del mandato y teoría del órgano y su ineludible relevancia en la práctica comercial actual.

Palabras claves: Compañías, administración, administradores, órgano, mandato.

Responsibility of directors in limited companies: considerations to the study and scope of the theory of the mandate and the theory of the organ.

Abstract: *The management body of any anonymous company is constituted as a collegiate body or not, called to perform the actions as part of the functions delegated to it in the articles of association or through the shareholders' meeting. They have been reiterative; the different doctrinal positions that have been dedicated to delimiting the degree of responsibility that managers have, not only against the company they represent, but against third parties with whom the interests of the entity are involved. This article will make a brief analysis of the scope of the responsibility of administrators, contrasting the theory of the mandate and theory of the organ and its inescapable relevance in current commercial practice.*

Keywords: *Companies, administration, administrators, organ, mandate.*

Recibido: 20/11/2023

Aprobado: 28/11/2023

* Abogado (LUZ, 2010). Magister en Banca y Finanzas (URU, 2018). Profesor invitado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de La Universidad del Zulia, actualmente abogado en ejercicio, adscrito al escritorio jurídico Soto Rojas & Asociados, Soluciones Legales R.L., con especial atención al derecho corporativo y al derecho mercantil. Maestrante del programa Gerencia de Empresas de la Universidad Dr. José Gregorio Hernández.

Responsabilidad de los administradores de compañías anónimas: Consideraciones al estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 519-541

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Los administradores de compañías anónimas. 2. Forma de actuación y representación de parte de los administradores en las compañías anónimas. 3. Estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano, como premisas doctrinales y jurisprudenciales en la determinación de responsabilidades de los administradores de compañías anónimas.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Las compañías anónimas como una de las tantas especies societarias que regula el Código de Comercio venezolano, y prácticamente la de mayor vigencia en la práctica comercial actual, como entidad “abstracta” pero con personalidad jurídica propia, requiere de brazos ejecutores para poner en práctica el giro comercial por el cual sus accionistas bajo el affectio societatis¹, decidieron constituirse y conformar tal persona jurídica.

Hoy en día, las sociedades anónimas representan no el fin, pero si el medio, para el establecimiento y ejecución de negocios evidenciados bajo la premisa de actos de comercio, siendo instrumentos clave que forman parte de la estructura económica y social de la sociedad. Ahora bien, las compañías al ser conformadas como entes de personalidad jurídica que le es propia, no pueden actuar ni ejecutar, por ejemplo, su objeto social, toda vez que estas son una forma de “ficción legal” de parte del legislador para que las personas naturales que las conforman, actúen en su nombre.

* Abogado (LUZ, 2010). Magister en Banca y Finanzas (URU, 2018). Profesor invitado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de La Universidad del Zulia, actualmente abogado en ejercicio, adscrito al escritorio jurídico Soto Rojas & Asociados, Soluciones Legales R.L., con especial atención al derecho corporativo y al derecho mercantil. Maestrante del programa Gerencia de Empresas de la Universidad Dr. José Gregorio Hernández.

¹ Balbin (2013), “La denominación de affectio societatis es atribuida a un comentario de Ulpiano, quien habría referido la importancia que la affectio tiene respecto del contrato de sociedad y, que este contrato requiere del consentimiento constante y duradero de sus socios”.

Estas personas jurídicas como bien se ha planteado, inicialmente están conformadas por los denominados accionistas, quienes no son más que personas naturales que han decidido vincularse para la consecución de un mismo fin social, cuya manifestación de voluntad se ve reflejada en el contrato social, o como se conocen, los estatutos sociales o en términos más simples, el documento constitutivo. Es este instrumento, el que sirve de base material y física –con las correspondientes formalidades que deben cumplirse ante el Registro Mercantil, para considerarlos como válidos– y donde se esbozan de manera precisa la denominación comercial, el domicilio y el objeto social, la composición del capital accionario, la asamblea de accionistas, la figura del comisario y su responsabilidad frente a la compañía; y el órgano de administración, punto focal de este artículo.

El órgano de administración, o como lo concibe el Código de Comercio patrio, cumple y ejerce un rol imprescindible en la vida de la compañía anónima, toda vez que, en sus manos está depositada la dirección, administración y prácticamente toda la gestión diaria o giro comercial de la sociedad. Independiente de la conformación como lo explican algunos estudiosos de la materia, como “régimen de administración de las compañías”, los miembros que lo componen, sean presidente, vicepresidente, directores, gerentes, subgerentes, o cualquier otra denominación que decidan darles, son los que, luego del órgano supremo de las sociedades anónimas, como lo es la Asamblea de Accionistas, son los llamados por mandato social, a cumplir con la representación de la persona jurídica, basándose su actuación, generalmente, con las funciones que le son otorgadas por dicho órgano superior, para el desarrollo del objeto social, e incluso, para obligarse frente a terceros; y como lo dispone Morles Hernández², los administradores constituyen el órgano permanente al cual está confiada toda la gestión de la actividad social y representación del ente colectivo, entiéndase, la compañía anónima.

Si bien es cierto, las normas contenidas en el Código de Comercio, no regulan de manera expresa, el grado de responsabilidad que tienen los administradores frente a ella misma ni frente a terceros; si consagra la forma en la que estos deben actuar; en los términos dispuestos desde los artículos 242 al 244 y 259 al 270, respectivamente, del código *ut supra* referido.

No obstante, ello no impide que el sistema jurídico vigente, imponga sanciones de distinta índole como civiles, administrativas e inclusive, penales según sea el caso, tal y como se desprende del primer aparte del artículo 243³ *ejusdem*; para aquellas

² Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

³ Artículo 243, primer aparte: “Los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la ley les impone; y no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal, por los negocios de la compañía”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

personas que fungen como administradores de determinada compañía anónima, por haberse constatado conductas que hayan sido desplegadas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones y al cumplimiento ineludible de sus deberes y responsabilidades.

Teniendo así esta premisa, en esta investigación se abordará un breve estudio en cuánto al grado de responsabilidad que tienen los administradores dentro y fuera de una compañía anónima, contrastando y examinando el alcance de la teoría del órgano y teoría del mandato desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

1. Los administradores en las compañías anónimas

Partiendo de una premisa inicial, la legislación mercantil en Venezuela, no conceptualiza al administrador de una compañía anónima, sin embargo, si determina en gran medida sus deberes, responsabilidades y en términos generales los límites en cuanto a su responsabilidad y modo de proceder frente a la compañía anónima y frente a terceros. Asimismo, conforme a un análisis de esa premisa, pero desde la óptica más práctica, Pinzón⁴, da a conocer analíticamente como punto previo, la figura de “funcionarios administrativos” como parte fundamental de la estructura interna –administrativa– de una sociedad anónima, como a continuación se detalla:

“Desde el punto de vista práctico, entonces, las sociedades anónimas cuentan con una organización administrativa interna adecuada para el desarrollo de la actividad social y que incluye funcionarios administrativos, distintos de los gerentes propiamente dichos, con diferentes grados de poder de decisión y mando en áreas diversas de la entidad, organización sujeta a la dirección del gerente, normalmente correspondiente a una estructura que se refleja en un “organigrama” que con frecuencia aprueba la junta directiva, cuyos cargos son provistos normalmente bajo supervisión del gerente según su decisión, dependiendo de la intervención de la junta directiva en esas materias, por regla general, de lo que disponga en reglamentos internos que casi nunca son ni es necesario que sean del conocimiento de la lejana asamblea general de accionistas. Y sólo a través de dicha organización administrativa, que implica una distribución interna de funciones y una asignación y delegación de responsabilidades en las cuales no cabe en la práctica la intervención detallada de una junta directiva, es posible el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas”

Siguiendo en este orden de ideas y en términos generales, un administrador es entonces, una persona con visión, que es capaz de aplicar y desarrollar todos los conocimientos acerca de la planeación, organización, dirección y control de una entidad jurídica, donde sus objetivos están en la misma dirección de las metas y propósitos de la empresa o institución⁵.

⁴ Pinzón Sánchez Solano, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, Nuevos retos del derecho mercantil, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2000.

⁵ Garreta Carlos, “El rol de los administradores en las compañías”, 2012.

Ahora bien, pese a la inexistencia de una definición legal, concisa de los administradores en el Código de Comercio venezolano, el instrumento normativo es claro y expreso al establecer la ineludible necesidad que toda compañía anónima debe cumplir respecto a esa formalidad. Así, el artículo 242⁶ dispone:

“La compañía anónima es administrada por uno o más administradores temporales, revocables, socios o no socios”.

Es esta la regla que, desde el punto de vista estrictamente legal, debe ser considerada a los efectos de determinación de la existencia del administrador o de los administradores de las compañías anónimas, como condición para el correcto funcionamiento de estas. De la norma transcrita son varios los elementos que pueden ser analizados conforme se especifica:

Primer elemento: La organización de la administración de la compañía anónima. El Código de Comercio confiere un amplio margen de libertad para la composición del órgano de administración de este tipo de sociedades, tanto respecto al número – pudiendo ser uno o varios –, como con respecto a la forma en la que pueden funcionar y actuar – de modo solidario, individual o conjuntamente –. No existe, en la norma mercantil, expresamente formulada, constituir una junta cuando la administración está confiada a varias personas, pero como el último aparte del artículo 260 del Código de Comercio, estatuye “cuando los administradores son varios, se requiere para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, si los estatutos no disponen otra cosa; los presentes deciden por mayoría calificada”. A este respecto, Morles Hernández⁷ indica que, la norma mercantil de manera automática, basándose en la hermenéutica jurídica, establece la figura del cuerpo colegiado; órgano que apenas el Código de Comercio menciona en el ordinal 8º del artículo 213⁸.

Ese principio de la colegialidad, lo tomaron los accionistas de la práctica de los negocios, a medida que el funcionamiento de la sociedad anónima, se hacía complejo e impedía que su manejo pudiera estar al cuidado de una sola persona, o de varias sin coordinación adecuada entre sí. Sobre esto, Morles, ya citado en líneas precedentes, que la formación de grupos de interés favoreció su aparición. Por ello, la administración colegiada constituye el mecanismo de representación de acreedores importantes de la sociedad, de participaciones gremiales de orden patronal y sindical; y el instrumento de presencia del Estado en el seno de algunas sociedades.

⁶ Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

⁷ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

⁸ Artículo 213, numeral 8: “El documento constitutivo y los estatutos de las sociedades anónimas deberán expresar: El número de individuos que compondrán la junta administrativa, y sus derechos y obligaciones expresando cual de aquellos podrá firmar por la compañía (...)”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Por otro lado, cuando el documento constitutivo haya previsto la formación de un cuerpo colegiado, este puede estar integrado por un número cualquiera de miembros, aun cuando en la práctica se acostumbra establecer un número impar en razón de facilitar la toma de decisiones por la mayoría⁹. En ese entendido, la junta directiva, que es la denominación más común utilizada en Venezuela para identificar el órgano de administración colegiado, está compuesta generalmente de miembros principales y miembros suplentes, por lo que, corresponde al documento constitutivo reglamentar la manera de integrar el quorum de constitución del cuerpo colegiado; el quorum de votación; la forma en que los suplentes sustituyen a los principales; el modo de dirimir los empates en el seno de la junta –si se opta por el voto dirimente y a quién se otorga– el eventual veto de algún director sobre lagunas materias; la periodicidad de las reuniones; el régimen de las convocatorias; el lugar de las reuniones; y en fin, todo lo que pueda estar comprendido en la organización y funcionamiento del órgano colegiado, tomando en cuenta la casi total carencia normativa en esta materia. Es de entender, y así lo dispone Morles Hernández, como órgano colegiado, deberá existir una persona que manifieste la voluntad ante terceros, es decir, quien ejerza la representación a todos los efectos de ley.

Segundo elemento: El nombramiento de los administradores y su cesación en cargos. La designación y/o nombramiento de los administradores en una compañía anónima, son una facultad de la asamblea de accionistas¹⁰. Este acto se califica como interno y unilateral, siendo la aceptación al cargo, una condición de la eficacia del nombramiento. En este orden de ideas, el nombramiento, en principio, lo realiza la asamblea. Sin embargo, la ley permite en determinadas oportunidades, agrupaciones para designar administradores, y para que surta efectos, además de la aceptación, el nombramiento debe ser inscrito en el Registro Mercantil¹¹.

Aceptado el cargo de parte del administrador –si se trata de un único miembro– o de los administradores –si se trata de un cuerpo colegiado–, y antes de entrar al ejercicio de sus funciones dentro de la sociedad anónima, deben depositar en la caja social un número de acciones determinados por los estatutos sociales, a los fines únicos de garantizar sus actos de gestión¹². Esta disposición legal que “condiciona el inicio de las funciones del administrador”, en la práctica carece de relevancia, no sólo por poder los

⁹ Morles Hernández Alfredo citando a Hung Valiant, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

¹⁰ Artículo 253, numeral 3 –constitución de C.A.–; y artículo 275, numeral 2 –asamblea ordinaria– Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹¹ Artículo 19 numeral 9; artículo 25, artículo 2017 y 221, Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹² Artículo 244: “Los administradores deben depositar en la caja social, un número de acciones determinado por los estatutos. Estas acciones quedan afectas en totalidad a garantizar todos los actos de gestión, aún los exclusivamente personales, a uno de los administradores”, Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

estatutos determinar un número insignificante de acciones que por otra parte, no serán necesariamente de propiedad de los administradores y pueden ser puestas a disposición por terceros, sino también por ofrecer las acciones de la sociedad, una garantía suficiente cuando ella queda perjudicada por obra de los administradores, ya que en tal hipótesis el precio de sus acciones disminuiría.

En lo que concierne a las funciones de los administradores, es necesario distinguir entre las funciones o responsabilidades internas y externas¹³. Lo que respecta a las primeras, es decir, las funciones internas, el Código de Comercio enuncia que el documento constitutivo y los estatutos deberán expresar cual de varios administradores, podrá firmar por la sociedad y, por consiguiente, obligarla frente a los terceros¹⁴. Para ello, es válido establecerse la representación conjunta de los administradores, lo que, sin embargo, no es la regla; pues normalmente se establece la representación separada de los administradores, sin embargo, la práctica actual es cónsona en determinar y dejar por sentado, que toda estipulación estatutaria, se hará en atención a las necesidades de cada compañía y de acuerdo a los intereses sociales y comerciales que desean mantener protegidos con o sin la firma conjunta entre dos o más administradores.

Planteado esto, en lo que atañe a la cesación de funciones, normalmente, expresa Goldschmidt¹⁵, los administradores son revocables por la asamblea según las reglas del mandato, es decir, *ad mutum*, en otros términos, sin indicación de causa tal y como lo estipula el artículo 242 del Código de Comercio *ut supra* invocado en líneas precedentes, aunque tal revocación puede vislumbrarse como abusiva en, pues, los estatutos sociales no pueden excluir dicha revocabilidad. No obstante, si el documento constitutivo dispone otra cosa, los administradores duran dos (2) años, y son siempre reelegibles¹⁶.

En abundancia a la terminación del cargo de los administradores, puede darse o por vencimiento del plazo para el cual se hizo el nombramiento, por renuncia –agrega Morles Hernández–, o por revocación. La doctrina mercantil sobre este particular, no solo acepta la validez del ejercicio de las funciones por parte del administrador a quien se le ha vencido el período, sino que formula una obligación éste a fin de que continúe con su gestión, lo cual evidentemente, equivale a efectuar una asimilación del administrador con el funcionario público, el cual no puede separarse de su cargo, hasta tanto sea reemplazado.

En caso de suscitarse la renuncia del administrador, esta debe hacerse del conocimiento de la asamblea, órgano que produjo el nombramiento o en cuyo seno se mani-

¹³ Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil. Caracas, Venezuela, 1979.

¹⁴ Artículo 213, numeral 8. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁵ Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil. Caracas, Venezuela, 1979.

¹⁶ Artículo 267: “Si los estatutos no disponen otra cosa, los administradores duran dos años, y son siempre reelegibles”, Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

festó la voluntad del grupo que hizo la designación. Mientras no haya nuevo nombramiento, en asamblea, la renuncia es ineficaz, a menos que los estatutos sociales hayan previsto la sustitución de un administrador por el sistema de la cooptación, supuesto en el cual la renuncia puede presentarse ante el cuerpo colegiado, para que éste la acepte y proceda de inmediato al nombramiento del sustituto.

Por su parte, la revocación de los administradores sin indicación de causa y en cualquier momento, es una regla que tiene carácter prácticamente universal. Está formulada por el artículo 242 del Código de Comercio patrio. Sin embargo, la doctrina se apresura a señalar que esta regla o premisa general, no puede ser derogada por convenios particulares, y llega a atribuírsele a esta, como una norma de orden público. No obstante, se insiste que, la libre revocabilidad de los administradores ha sido explicada y concebida como consecuencia del carácter “contractual” de la relación entre los administradores y la sociedad anónima, es decir, como la revocación de un mandato –Teoría del mandato que será expuesta más adelante–, pero también se ha afirmado que la libre revocabilidad puede encontrar explicación fuera de toda idea de mandato y que lo típico de la relación es que se trata de un “cargo de confianza”.

A la luz de estas realidades, no luce muy firme la regla de la libre revocabilidad de los administradores de las compañías anónimas en el derecho venezolano, sobre la base del mandato acogida por el propio Código de Comercio, lo cual se considera, debe apreciarse como un signo positivo, en el sentido de permitir la validez de las derogatorias convencionales concebidas en función del mejor funcionamiento y de la mejor organización de la sociedad anónima. A todo evento, la realidad mercantil actual, no es ajena a la situación interna sobre el régimen de administración de cada C.A., toda vez que precisamente por el mismo dinamismo del derecho mercantil, el máximo tribunal de la República, ha expresado en reiteradas oportunidades, el avocamiento a la aplicabilidad de la teoría del mandato ante este tipo de regulaciones –los administradores– y porque así justamente lo ha considerado la norma mercantil vigente que rige sobre estos particulares y cuyos detalles serán expuestos más adelante.

Tercer elemento: La cualidad de ser o no socios de la compañía anónima y su capacidad para obrar. Los administradores pueden ser o no socios; personas naturales o jurídicas; como premisa general. La norma antes trascrita, artículo 242 del Código de Comercio, permite la posibilidad de que los miembros que conformen el órgano de administración, sean o no socios; de la simple lectura se entiende que serían únicamente personas naturales, incluso, es la posición firme de Roberto Goldschmidt¹⁷. Sin embargo, cabe formular –e incluso responder a la incógnita: si el legislador ni la práctica jurídica,

¹⁷ Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil. Caracas, Venezuela, 1979.

no prohíbe que la constitución de una compañía anónima sea entre una persona natural y una jurídica; o entre dos personas jurídicas; ¿por qué sería descabellado razonar que dentro de la administración de estas, intervenga una persona jurídica?— existen un cúmulo de razones válidas que están a favor de la designación de personas jurídicas como administradores de sociedades anónimas, como administrador único o bien como miembro de una junta directiva, tal como se detalla, citando a Morles Hernández:

- En principio, la capacidad de las personas jurídicas es ilimitada;
- No existe prohibición expresa en la ley (el Código de Comercio no distingue si se trata exclusivamente de personas naturales, dejando abierta la posibilidad de actuación a personas jurídicas, dentro de la administración);
- Desde el momento en que es lícito que una persona jurídica sea accionista de una sociedad anónima, parece que sea lícito su acceso a la administración;
- Sería contradictorio permitir que el Estado forme parte de las sociedades anónimas y prohibirle formar parte de la administración;
- El sistema de la sociedad anónima, tal como está regulado en el Código de Comercio, no es incompatible con la posibilidad de una persona jurídica como administrador.

Desde la óptica del sentido práctico, la persona jurídica que fungiría como administradora, evidentemente estaría representada por una persona natural, pues, todos los actos cumplidos por ésta se entenderán ejecutados por el ente moral, que tiene la cualidad de administrador, salvo la responsabilidad penal, la cual es eminentemente personal. Por el contrario, la legislación alemana prohíbe que los administradores puedan ser personas jurídicas, sobre la base de que, el nombramiento está basado en las cualidades personales del administrador, el cual inspira una confianza que no puede brindar una persona moral.

Tomando como base principal para este segundo elemento, se procede a tratar sobre el tema de la capacidad. Los administradores deben ser capaces; y esta regla de capacidad se puede derivar del único aparte del artículo 243 del Código de Comercio¹⁸, el cual les atribuye una responsabilidad personal, en caso de realizar operaciones no expresamente establecidas en el estatuto social. La responsabilidad personal, es incompatible con la incapacidad.

Algunas veces, la ley establece incompatibilidades o “incapacidades especiales” para ejercer determinados cargos o funciones dentro de las compañías anónimas: la

¹⁸ Artículo 243, único aparte: “(...) No pueden hacer otras operaciones que las expresamente establecidas en el estatuto social; en caso de transgresión, son responsables personalmente, así para los terceros como para la sociedad”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

condición de extranjero, en el caso de empresas sometidas al régimen de inversión extranjera, o de empresas bancarias o de seguros; el parentesco con otros miembros del directorio; la participación en otro directorio. Otras veces, los estatutos sociales señalan expresamente límites de edad para el ejercicio del cargo. No existen en cambio, prohibiciones legales vinculadas directamente al régimen de competencia desleal, por lo cual, los estatutos podrán, no obstante, establecer condiciones personales o de otro orden para ser elegibles o no, como administradores de una sociedad anónima.

2. Forma de actuación y representación de parte de los administradores en las compañías anónimas

Planteadas como han sido las premisas y postulados arriba descritos, es imprescindible abarcar lo relacionado a las obligaciones y deberes de los administradores dentro de la sociedad anónima y los cuales se desprenden tanto de la norma mercantil como de las previsiones establecidas en los estatutos sociales. En este entendido, la ley ha tenido el cuidado de efectuar una enumeración, dispersa, de las obligaciones específicas que están a cargo de los administradores, sin perjuicio de la obligación genérica de administrar que les corresponde, según Morles Hernández¹⁹:

- En caso de constitución sucesiva, exigir a los promotores todos los documentos y la correspondencia referentes a la compañía y su constitución, según el artículo 259 del Código de Comercio.
- Depositar en la caja social un número de acciones determinado por los estatutos para garantizar los actos de su gestión (artículo 244);
- Llevar los libros prescritos a todo comerciante (Diario, Mayor e Inventarios) y; además: el Libro de Accionistas, el Libro de Actas de Asambleas y el Libro de Actas de la Junta de Administradores (artículo 260);
- Permitir a los accionistas la inspección de los libros de accionistas y las actas de las asambleas (artículo 261);
- Convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o poner la sociedad en liquidación, cuando el capital haya disminuido un tercio; o poner obligatoriamente la sociedad en liquidación, si los accionistas no prefieren el reintegro o la limitación del capital, en caso de que la disminución de éste alcance los dos tercios (artículo 264);
- Formar, cada seis (6) meses, un estado sumario de la situación activa y pasiva de la compañía y ponerlo a disposición de los comisarios conforme al artículo 265 de la norma mercantil;

¹⁹ Morles, A. (1999). Curso de derecho mercantil, 4ta. edición, tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999.

- Abstenerse de intervenir en las deliberaciones sobre la materia en la cual tenga un interés contrario al de la compañía, en su propio nombre o comorepresentante de otro según el artículo 269 del Código de Comercio;
- Formar el balance de la compañía y presentarlo a los comisarios con un mes de antelación, por lo menos, al día fijado para la asamblea que ha de discutirlo (artículo 304);
- Presentar cuentas de su administración a la asamblea ordinaria (ordinal 1º, artículo 275 y artículo 287, del Código de Comercio);
- Presentar al juez de comercio o registrador mercantil una copia del balance y del informe del comisario, dentro de diez días después de su aprobación (artículo 308);
- Convocar la asamblea, cuando así le sea solicitado por un número de socios que represente el veinte por ciento del capital social, por lo menos (artículo 278);
- Dar opinión al Tribunal, en los casos de oposición o de denuncia que sean presentados conforme a los artículos 290 y 291, cuando tal opinión sea solicitada por el juez.
- Inscribir el Documento Constitutivo-Estatutario en el Registro Mercantil correspondiente (artículo 215). El mismo artículo señala expresamente la responsabilidad que se genera para los administradores por la veracidad de lo establecido en los documentos que se presenten al Registro.

Los principales deberes que, a tenor del Código de Comercio, se les atribuyen a los administradores de las compañías anónimas, no se encuentran sintetizadas en una sola disposición legal, sino por el contrario, estas se encuentran dispersas a lo largo del contenido del Código de Comercio, sin que en ninguna de ellas, se establezca algún tipo de sanción a razón de su incumplimiento, aunado al hecho de que estos no son lo suficientemente claros, quedando a la libertad del intérprete de la norma, el alcance que conforme a su radio de actuación, puedan tener.

Las obligaciones legales de los administradores han sido objeto de variadas clasificaciones en el derecho comparado. El autor Minervini ordena los deberes de los administradores en el derecho italiano, como deberes publicitarios, actividades inherentes a la organización social, actividades de índole contable y comunicaciones relativas a la situación económica de la sociedad. Por su parte, Bergamo, citado por Morles Hernández, propone lo establecido en el derecho español: integración del capital, convocatoria y celebración de asambleas, documentos contables, publicidad. Por su parte, Garrigues utiliza una clasificación aún más extensa: aportaciones de los socios, emisión de acciones y de obligaciones, adquisición por la sociedad de sus propias acciones, convocatoria y celebración de asamblea, derecho de información de los accionistas, elevación y reducción del capital social, balance, publicidad, otros.

Estas funciones y/o deberes que le otorga la norma mercantil a los administradores, pudiese ser delegado por estos, a una figura denominada como factor mercantil, y que, en este artículo, es necesario traer esta figura a colación. En consecuencia, es menester mencionar que el artículo 270 del Código de Comercio venezolano (1955), establece como norma primigenia sobre las obligaciones del administrador, “la gestión diaria de los negocios de la sociedad, así como la representación de ésta en lo que concierne a esta gestión, puede ser confiada a directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones reglarán los estatutos”. Estos agentes o gerentes, son los que efectivamente, se denominan “factores mercantiles”, y definidos por el propio Código de Comercio en su artículo 94²⁰ como el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño, son personas designadas por los administradores para ejercer funciones específicas dentro de la sociedad.

En consecuencia, la relación existente entre el administrador y el factor mercantil es un mandato otorgado por el primero al segundo, para desarrollar ciertas actividades. Es una forma de delegación de responsabilidades, para de cierto modo, coadyuvar al trabajo a ser realizado por los administradores y, por lo tanto, estos factores mercantiles tienen igualmente facultades y deberes cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidades de la misma forma que se generan para los administradores designados en el Documento Constitutivo-Estatutario o por la Asamblea de Accionistas.

En contraposición a esto, es importante antes de determinar el grado de responsabilidad que los administradores tienen para con la sociedad anónima, como con terceros con los que se ven involucrados determinados, en lo que concierne a las prohibiciones o abstenciones que estos deben poseer. Aparte de la prohibición genérica de realizar actos que excedan sus facultades o que no se ajusten al objeto social de la compañía, el Código de Comercio formula algunas prohibiciones expresas dirigidas a los administradores, a saber:

- No adquirir las acciones de la sociedad por cuenta de ella, salvo el caso de que la adquisición se haga por cuenta de la asamblea y con sumas provenientes de utilidades regularmente obtenidas, según los balances sociales; conforme a lo previsto en el artículo 263.
- No intervenir en las deliberaciones sobre la materia y hacer el asunto del conocimiento de los demás administradores, en caso de que sea constituido como órgano colegiado, cuando una operación determinada tengan u interés contrario

²⁰ Artículo 94: “Factor es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño” (...), Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

al de la sociedad, en nombre propio o de otra; de acuerdo con el artículo 269 de la norma mercantil.

- No representar como mandatarios en la asamblea a otros accionistas (artículo 285), a menos que los estatutos los hayan autorizado (artículo 213, numeral 10).
- No votar ni en la aprobación del balance, ni en las deliberaciones sobre su responsabilidad (artículo 286); y
- No emprender nuevas operaciones, cuando la sociedad haya terminado o esté disuelta, conforme a lo que reza el artículo 342 del Código de Comercio.

El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones que establecen las mencionadas prohibiciones acarrea responsabilidad personal para el administrador infractor, tanto frente a la sociedad como frente a terceros. Entonces, según se desprende de lo precedentemente analizado, es viable considerar que, son diversas las fuentes de las obligaciones de los administradores: la ley –Código de Comercio– los estatutos sociales, o incluso, las decisiones dictadas por la asamblea de accionistas. Cualquiera de estos instrumentos, concebidos como fuentes, puede imponer deberes que deben ser cumplidos con la debida diligencia, entendida esta última como el proceso de gestión continua a cargo del administrador que le permita identificar, prevenir, mitigar y responder ante sus deberes y responsabilidades personales, que como tal tiene, para con la sociedad anónima, como ante terceros, y pueda involucrar directa o indirectamente, los intereses de esta.

3. Estudio y alcance de la teoría del mandato y la teoría del órgano, como premisas doctrinales y jurisprudenciales en la determinación de responsabilidades de los administradores de compañías anónimas

Tomando en cuenta el análisis ya planteado, cabe preguntar: ¿cuál es la relación jurídica que existe entre los administradores y la sociedad anónima? La doctrina tradicional establece como regla general, que existe una vinculación contractual entre el administrador y la sociedad, mientras que existe otra vertiente doctrinal e incluso jurisprudencial que lo vislumbra bajo otra perspectiva.

Antes de entrar a dar respuesta a la incógnita formulada, es menester referir lo que plantea el autor, Goldschmidt en cuanto a la responsabilidad de los administradores. El código, en el artículo 268 establece que la responsabilidad de estos, por actos u omisiones, no se extiende a aquellos que, estando exentos de culpa, hayan hecho constar en el acta respectiva, su no conformidad, dando noticia inmediata a los comisarios. Esta disposición legal, solo se aplica cuando se trata de actos realizados por la junta misma. Por el contrario, se hubiese procedido legítimamente a una delegación de

funciones, quedaría responsable por los actos u omisiones realizadas dentro del marco de la delegación, el administrador delegado²¹.

En ese mismo sentido, Morles Hernández²², expresa que, las pautas que el administrador debe seguir en el cumplimiento de sus deberes pueden provenir como se refiere en líneas precedentes. Justamente, la debida diligencia debe ser bandera para cualquier administrador dentro de la sociedad anónima, independientemente de la fuente de la cual provenga –estatutos sociales, asamblea de accionistas, etc.–. Es esa debida diligencia cumple justamente una función de fuente, en el sentido de que el administrador debe hacer todo aquello que venga exigido por la diligencia que ha de emplear en la gestión social. El concepto francés de “falta de gestión” corresponde en cierta manera a ese supuesto de responsabilidad agregado a las infracciones a la ley y a los estatutos sociales de la compañía. Más recientemente, se ha propuesto la sustitución del concepto de faltas de gestión por el de “faltas comerciales”, al se considera más amplio, porque puede englobar los actos que constituyan desviación de poder (aun cuando coincidan, con una gestión correcto de los asuntos sociales). En sentido lato, las “faltas temporales” de los administradores, plantea Morles Hernández, constituirán en realidad, la violación de una obligación de gestión de tipo profesional impuesto por la ley. El fundamento de la legal y la falta comercial sería el mismo, mientras que el campo de aplicación, sería diferente.

Y es que, en el régimen de responsabilidad, existen reglas que les son comunes a todo tipo de deberes, pues se basan principalmente en la obligación primordial de los administradores que simplemente es actuar con la debida diligencia en la administración de la sociedad; sin embargo, la responsabilidad puede variar en forma particular dependiendo de las obligaciones, atribuciones y funciones que son conferidas vía Estatutos Sociales y asamblea de accionistas. En general, el régimen de responsabilidad de los administradores tiende a establecer el control del órgano de administración y la reparación de daños causados a terceros o a la sociedad con ocasión del ejercicio de la administración²³.

Visto el breve análisis descrito como punto previo a la pregunta planteada, es viable entonces considerar, a fin de determinar la relación de responsabilidad entre el administrador y la sociedad anónima, lo que doctrinal y jurisprudencialmente abarca la teoría del mandato y la teoría del órgano. En términos generales, la debida diligencia que debe ser llevada a cabo por los administradores para con la sociedad como frente

²¹ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas, Venezuela, 1979.

²² Morles, A. (1999). *Curso de derecho mercantil*, 4ta. edición, tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999.

²³ Mercedes Montiel de Henríquez, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, Universidad Dr. Rafael Beloso Chacín, 2007.

a terceros, se funda en el artículo 1.185²⁴ del Código Civil, considerando que el administrador obra por la sociedad misma (teoría orgánica). Al mismo resultado se llega por la aplicación analógica del artículo 1.191 *ejusdem*²⁵, relativo a la responsabilidad de los dueños y principales por los hechos ilícitos de sus dependientes, aun cuando se considere que no existe una verdadera relación de dependencia bajo los parámetros de la legislación laboral entre el administrador y la compañía. Igualmente, la responsabilidad de los administradores frente a los terceros tiene carácter extracontractual, en el sentido del artículo 1.185 ya invocado.

Teoría del mandato Vs. teoría del órgano

El Código de Comercio patrio, expresa claramente en su artículo 243: “Los Administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la Ley les impone”. Bajo la premisa general, el legislador venezolano encuadra al administrador bajo la figura del mandato, no obstante, la práctica indica que se requiere una clara y actualizada concepción que defina la esencia del órgano administrativo de la sociedad anónima, lo cual se hace necesario en razón de la dinámica existente dentro del comercio, de manera que, teóricamente se hace ineludible el determinar el alcance de las teorías organicista y del mandato.

Por otro lado, el artículo 243 del Código de Comercio expresa: “los administradores no responden sino de la ejecución del mandato, y no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía”. La ley menciona de modo expreso la responsabilidad de los administradores por la ejecución del mandato, y deja ver que éstos no obran en nombre propio, sino en nombre y representación de la compañía –teoría del mandato–, no contrayendo alguna obligación personal por los negocios de la misma, lo que es una característica del mandato, como lo son la temporalidad y la revocabilidad de los administradores. En este entendido, conforme a esta postura, se considera que los administradores asumen el carácter de los mandatarios y que todo lo relacionado con sus obligaciones y responsabilidades tiene su explicación jurídica en el contrato de mandato –estatutos sociales de la compañía, decisiones tomadas en asamblea de accionistas, otros–, por lo que no responden con sus bienes ni se comprometen personalmente –responsabilidad civil extra contractual–, sino por las operaciones normales ejecutadas.

²⁴ Artículo 1.185: “El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación, quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido su derecho”. Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

²⁵ Artículo 1.191: “Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleados”. Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

Este sistema tradicional, es aquel donde el poder supremo lo detenta la asamblea de accionistas, resultando limitada la facultad de los administradores y acentuada su responsabilidad por lo que hagan en contravención o extralimitando el mandato, no obligan a la sociedad. Esta teoría del mandato, presenta su deficiencia en que no justifica suficientemente la responsabilidad de los administradores, no tanto en relación a la compañía, sino frente a los accionistas, debido a que si los administradores son mandatarios de la compañía, no tienen relación alguna contractual con los accionistas, por esto en la tesis contractualista no sólo se consideran mandatarios de la compañía, sino magistrados sociales, a objeto de que respondan solidariamente frente a los accionistas por las obligaciones impuestas²⁶.

Por su parte, la teoría del órgano suple los vacíos de la teoría del mandato y evita situaciones incompatibles con la figura que bajo su figura se aplica, el mandato. Según esta teoría, los administradores, son considerados por la ley, como un necesario elemento constitutivo del ente social, por lo que la necesidad y obligatoriedad de la existencia de los administradores es incompatible con el concepto de mandato, el cual debe nacer libremente de la voluntad del mandante, y no como sostiene la tesis del mandato necesario, basada en que la sociedad actúa a través de mandatarios, porque perfectamente la sociedad puede actuar en nombre propio. Además de lo antes expuesto, se tiene que los primeros administradores de las compañías en promoción, son nombrados por los suscriptores, independientemente del número de acciones que posean, y este nombramiento se lleva a cabo antes de constituirse la compañía y estar suscrito el documento respectivo, por lo que no puede sostenerse que estos primeros administradores son mandatarios de la compañía que todavía no existe.

El concepto de mandato para la relación jurídica que liga al administrador con la sociedad, no corresponde al concepto de administrador como órgano de la sociedad, debido a que la relación jurídica entre el titular del órgano administrativo y la sociedad es mucho más compleja que la simple relación del mandato. Últimamente el legislador patrio, ha apoyado la teoría del órgano o también denominada teoría organicista, al no mencionar en cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada, el mandato en relación a los administradores de esta clase de sociedad. Los órganos sociales tienen características propias, que los diferencian del mandato, como es el cumplir sus funciones aun contra la voluntad del supuesto mandante, en este caso la asamblea, cuando sea necesario y legítimo, su convencimiento de que aún con la redacción de los artículos del Código de Comercio venezolano, en cuanto a los administradores y sus responsabilidades, debe desecharse el concepto de mandato, acogiéndose a la doctrina del órgano social, la cual es capaz de suplir los vacíos y lagunas presentes en la teoría del mandato.

²⁶ Mercedes Montiel de Henríquez, "La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas", Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín, 2007.

La responsabilidad de los administradores –en ejecución del mandato, plantea Morles Hernández–, solo puede producirse cuando el acto realizado haya causado un daño, exista una relación de causalidad y esté presente un supuesto de culpa. En esta materia, funcionan los esquemas de responsabilidad y de daño resarcible del derecho común, ¿cuál es el grado de la culpa por el cual responde el administrador? Si el administrador es un mandatario, debe aplicarse el artículo 1.693 del Código Civil²⁷, por lo cual no solo responde de dolo, sino también de culpa en la ejecución del mandato, siendo menor la responsabilidad cuando el mandato es gratuito. El mandatario responde por culpa grave (la culpa del que no aporta a los negocios propios, el cuidado de las personas menos cuidadosas); por culpa leve (la derivada de no aportar a los negocios, el cuidado que aporta el común de los hombres). No parece que al mandatario fuera aplicable la responsabilidad por culpa levísima (la que consiste en no aportar el cuidado de las personas más astutas, aportan a sus negocios).

El resultado de la aplicación del mandato a la responsabilidad de los administradores es decepcionante, si se juzga en comparación con la amplitud de las facultades que la doctrina reconoce a los administradores. La valoración de la conducta de éstos con el estereotipo de la conducta que el común de los hombres aporta a sus negocios, limitaría la responsabilidad a los supuestos más groseros de exceso (culpa *in committendo*) o de defecto (culpa *in vigilando*), lo cual está en contradicción con lo que los accionistas esperan de un administrador de sociedad anónima.

El enfoque de la responsabilidad de los administradores debe sustraerse al esquema contractual del mandato y estimarse partiendo del carácter orgánico que es reconocido doctrinalmente, a la relación que tienen con la sociedad. Si esa relación de órgano ha permitido inferir un deber de diligencia que va más allá del simple cumplimiento de la ley y de los estatutos sociales, con esa misma extensión debe juzgarse la responsabilidad. En consecuencia, dependiendo de la actividad específica desarrollada por la sociedad, de las condiciones profesionales del administrador, de la coyuntura de los negocios y de la economía, etc., se puede llegar hasta la aplicación de la noción clásica de culpa levísima a la conductora concreta puesta de manifiesto en un acto determinado.

Otra consideración en cuanto a la responsabilidad de los administradores dentro de la sociedad anónima, están vinculados a la delegación de funciones y a la responsabilidad específica que corresponde a quienes han delegado sus facultades. La doctrina, sobre este particular, admite que en estos casos funciona la culpa *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando* en grado y en matices que no pueden ser juzgados, sino frente al

²⁷ Artículo 1.693: “El mandatario responde no solo del dolo, sino también de la culpa en la ejecución del mandato. La responsabilidad en caso de culpa es menor cuando el mandato es gratuito que en caso contrario”, Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

caso concreto. Plantean problemas los repartos internos de atribuciones o tareas entre los administradores, desde el punto de vista de la derogatoria implícita de la responsabilidad solidaria que les corresponde; generalmente la solución es negativa.

Ahora bien, ¿Qué pasa con la responsabilidad civil de los administradores de compañías anónimas? Sobre este aspecto, Goldschmidt²⁸ ha efectuado un interesante análisis, tomando como punto de partida a la persona responsable de los perjudicados: la sociedad, los acreedores, los accionistas y otras personas; observando que con respecto a cada uno de esos grupos se debe plantear el problema de la responsabilidad tomando como base las normas generales en materia de responsabilidad, es decir, las establecidas por la ley civil, para ver entonces, si y hasta qué punto la norma comercial las modifica o si se limita simplemente a remitir a ellas.

Para Goldschmidt, entonces, el régimen venezolano de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, está estructurada de la siguiente forma:

Fundamento	Soporte
Artículo 270, Código de Comercio.	Responsabilidad frente a los accionistas, lo cual implica “responsabilidad frente a la sociedad”. Carácter contractual, y aun los que aceptan la teoría del órgano, “deberían aplicar por lo menos, analógicamente a la responsabilidad de los administradores, las reglas de la responsabilidad contractual del mandatario”.
Derecho venezolano, derecho francés y derecho argentino.	Responsabilidad frente a terceros. Responsabilidad extracontractual en relación a cualquier persona con exclusión de la sociedad, por los daños directamente causados.
Artículo 1.278 del Código Civil.	Se niega una acción independiente de los acreedores sociales, a quienes solo corresponde el ejercicio de la acción oblicua ²⁹ .
“No hay regla que separen el régimen comercial del civil”.	Responsabilidad frente a los terceros, es decir, frente a todos, con excepción de la sociedad, por los daños causados a ellos directamente, se determina conforme a las reglas relativas a la responsabilidad extracontractual.
Se contrapone a la regla prevista en el primer aparte de esta relación.	Los accionistas no tienen acción para reclamar a los administradores, los daños que estos les hayan ocasionado “indirectamente, es decir, en razón del daño causado directamente a la sociedad.

²⁸ Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil. Caracas, Venezuela, 1979.

²⁹ Artículo 1.278: “Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor”, Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

Goldschmidt se ha entonces sumado a la observación de que, los administradores, especialmente los de las grandes sociedades anónimas, “difícilmente serán capaces de indemnizar a la sociedad en forma total”, por lo cual debería impedirse la realización del daño mediante normas de publicidad y revisión de la sociedad. Podría agregarse que falta un adecuado régimen penal de las sociedades similar al detallado y riguroso sistema norteamericano.

Planteado esto, ¿cuál ha sido la postura del máximo Tribunal de la República, para tratar de dar respuestas más contundentes en cuanto a la teoría del órgano y la teoría del mandato, y determinar así, la responsabilidad de los administradores en las sociedades anónimas?

Sobre ambas teorías, el Tribunal Supremo de Justicia, de cierto modo ha dejado entrever la aplicación dual en cuanto a ambas teorías a fin de delimitar el grado o no de responsabilidad que pudiesen tener dentro de la sociedad anónima. La sentencia de fecha cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013), por la Sala de Casación Social, dejando por sentado que:

“La interpretación del artículo 243 del Código de Comercio, da lugar a establecer que los administradores de la sociedad se encuentran autorizados para ejecutar los actos de administración que abarquen el objeto de la sociedad, dentro de los que se encuentra el pago de los salarios y las demás compensaciones de los trabajadores. Asimismo, siendo que los administradores de las sociedades anónimas son, en principio, mandatarios de éstas, les son aplicables las normas relativas al mandato previstas en el Código Civil, artículos 1.692 y siguientes (...).” (Negrillas y subrayado propio).

De igual manera establece:

“Ahora bien, la responsabilidad de la sociedad frente a terceros por la gestión de los administradores, se funda en el artículo 1.185 del Código Civil, considerando que el administrador obra por la sociedad misma (teoría orgánica). Al mismo resultado se llega por la aplicación analógica del artículo 1.191 del Código de Comercio, relativo a la responsabilidad de los dueños y principales por los hechos ilícitos de sus dependientes, aun cuando se considere que no existe una verdadera relación de dependencia bajo los parámetros de la legislación laboral entre el administrador y la compañía. Igualmente, la responsabilidad de los administradores frente a los terceros tiene carácter extracontractual, en el sentido del artículo 1.185 del Código Civil.” (Negrillas y subrayado propio).

De igual modo, plantea la sala:

“En la teoría del órgano no aparecen dos personas distintas: las personas jurídicas expresan su voluntad por medio de sus órganos, que son parte integrante de ellas mismas, y no sujetos de derecho. Por eso, en la teoría del órgano no se afirma que una persona actúa en nombre de otra, como el mandatario o el representante legal, sino

que las personas jurídicas, obran por sí mismas, pues el órgano es parte de la persona jurídica, y ésta no adquiere plenitud de existencia sin sus órganos, pues sin ellos no podría moverse en el campo del derecho (...)”.

Como se observa el Tribunal Supremo de Justicia se hace parte de las posiciones doctrinarias existentes, en materia de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas, aun y cuando se ha dejado claro que una vez cumplidos los requisitos de daño (a la sociedad o a terceros), culpa (en cualquiera de sus grados, tomado en cuenta el caso concreto) y nexo causal –implica no solamente que el daño se produzca, sino que tal daño debe estar directamente relacionado con la actuación de la persona que causa dicho daño; es decir, el daño debe ser consecuencia de la actuación de los administradores–, se genera responsabilidad para los administradores con la sociedad o con terceras personas, por lo que, no obstante se plantea la difícil determinación de la prueba de dicha responsabilidad.

Como punto final, se ha denotado que parte de la doctrina establece que la carga de la prueba corresponde al demandante en las acciones contra los administradores; pero en legislaciones como la alemana, se invierte la carga de la prueba, dado que, son los administradores los que poseen todos los documentos y libros de la compañía, haciéndosele al accionante más complicado probar los requisitos señalados. Así, de acuerdo con la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (1965) son los administradores los que deben probar que han actuado con la diligencia debida, aspecto que en líneas precedentes ha sido expuesto.

La falta de actualización y claridad del ordenamiento jurídico venezolano en cuanto a la responsabilidad de los administradores, trae como consecuencia la evasión de dicha responsabilidad y en otros casos, recarga al órgano administrativo con una responsabilidad más allá de sus facultades.

CONCLUSIONES

Resulta innegable que, dada la vetusta vigencia del Código de Comercio que rige en Venezuela desde 1955, la inminente desactualización legal, no solamente con dicho instrumento legal, sino con el ordenamiento jurídico patrio en lo que a sociedades mercantiles se refiere; particularmente lo atinente a la regulación de las sociedades anónimas. Esto, ha dado lugar, entre otras consideraciones, al avocamiento y estudio de criterios doctrinales y decisiones jurisprudenciales, que trastocan el punto focal de este artículo, como lo es la responsabilidad de los administradores, principalmente cuando esta no resulta acorde a lo previsto en la norma.

Esta manifestación de desactualización jurídica, conjuntamente con la ausencia de una norma precisa aplicable de consustancialidad con la realidad de los administradores y su grado de responsabilidad derivada de sus actuaciones frente al ente social

que representan, así como también frente a terceros, ha generado la existencia de lagunas en la aplicación del derecho y en consecuencia derivando focos de inseguridad jurídica.

En este sentido, luego de aclarar que, de acuerdo con los deberes impuestos en distintos artículos del Código de Comercio, así como en los estatutos de la sociedad, efectivamente existen varios tipos de responsabilidad en materia del ejercicio de funciones de parte de los administradores de una compañía anónima, a saber: civil, penal o fiscal, enfocándose principalmente en la primera de ellas, para establecer los requisitos esenciales que deben darse para que ella exista, tanto frente a la sociedad como frente a terceros. Así las cosas, se determinó que, para que pueda exigirse responsabilidad a los administradores, éstos debieron actuar por culpa –aunque algunas legislaciones aceptan la responsabilidad objetiva–, deben producir con su actuación u omisión un daño a la sociedad o a terceros y debiendo existir una relación de causalidad entre la actuación u omisión y el daño efectivamente producido.

Y es que, el determinar y delimitar el grado de responsabilidad de los administradores no resulta una tarea del todo fácil. Si bien, son órganos con funciones muy importantes dentro de la sociedad, a los cuales se les otorgan generalmente, más facultades y deberes que los que establece el Código de Comercio, tanto en Venezuela como en otros países, usualmente la sociedad no establece las consecuencias específicas por el incumplimiento de esos deberes, lo cual corresponderá al Juez en cada caso concreto, su determinación; siempre y cuando se cumplan los procedimientos que, a tales efectos, prevé la normativa. Asimismo, se concluye que, dada la máxima esfera de actuación que los administradores tienen para con la sociedad anónima, estos pueden incurrir en comprometer no solo civilmente su responsabilidad, sino incluso incurrir en ámbitos penales y fiscales en el ejercicio de sus funciones, las cuales, pueden generar consecuencias graves para aquellos que incurran en ellas. Por lo cual, el “silencio de la ley”, en asuntos estrictamente determinantes de la administración de sociedades anónimas, ha propiciado incurrir en la costumbre mercantil, lo que sin duda constituye un elemento indicativo de necesidad para ajustar y adecuar la norma de comercio a las nuevas e inminentes realidades de las cuales no somos ajenos.

Lo antes planteado, hace denotar, más allá de la actualización normativa, la evidente falta de coherencia entre lo estipulado en los estatutos, la ley y la real administración de la sociedad anónima, lo cual indubitadamente, se solventaría al establecerse la norma jurídica adecuada para definir la función de los administradores y el alcance de su responsabilidad, lo que conlleva a la generación de seguridad jurídica para las partes involucradas; por lo que, y a modo de recomendación, se hace necesario definir claramente en la ley, como requisito *si ne qua non*, que la función de administrador de sociedades mercantiles debe ser llevada por profesionales conocedores de la materia,

como: administradores y abogados, los cuales poseen claro conocimiento de la responsabilidad administrativa y el alcance de la norma.

En consecuencia, en Venezuela no existe una amplia regulación en este rubro, teniendo que recurrir a las normas de derecho común. Por ello, se considera de suma importancia, que el legislador realice una revisión de las normas que establecen la responsabilidad de los administradores y de los procedimientos que contra ellos pueden intentarse, toda vez que puedan ser considerados como “imprácticos” debido a la gran cantidad de supuestos que pueden existir y a las formas que pueden utilizarse para burlar las disposiciones que regulan la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Garreta Carlos, “El rol de los administradores en las compañías”, 2012.

Goldschmidt Roberto. “Curso de Derecho Mercantil”, Caracas, Venezuela, 1979.

Montiel de Henríquez Mercedes, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín, 2007.

Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil, Tomo II”, Universidad Católica Andrés Bello, V Edición. Caracas, Venezuela. 2002.

Pinzón Sánchez Solano, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, Nuevos retos del derecho mercantil, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2000.

* Abogado, Programa Avanzado de Gerencia de Finanzas, Especialización en Derecho Mercantil. Universidad Central de Venezuela. Convalidación de Abogado, Universidad Militar Nueva Granada de Colombia. Diplomado de Trading, Universidad del Rosario de Colombia. Corredora de Seguros, Superintendencia de la Actividad Aseguradora de Venezuela. Email: ivonne.advisor@gmail.com

El convenio de sindicación de acciones en la sociedad anónima venezolana

Ivonne Antonieta Torrellas Arias*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 543-579

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Antecedentes y ubicación del convenio en los pactos parasociales. 2. Definición y clasificación. 3. Naturaleza jurídica, regulación y validez. 4. Oponibilidad y Ejecución. 4.1 Entre las partes del convenio. 4.2 Con la sociedad anónima y otros terceros.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Bien explica la autora española Sáez Lacave¹ que la escritura constitutiva y/o estatutaria de la sociedad anónima es incompleta por excelencia; así, generalmente, las decisiones de gran escala y residuales que se presentan en el futuro, son tomadas durante la gestión diaria por los “Administradores y/o Junta Directiva”, nombrados *ex ante* por la “Asamblea”, como órgano que expresa la voluntad social, que se forma con la mayoría de voto de los socios o accionistas.

Adicionalmente, en las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones (caracterizadas por un capital social disperso y representado en acciones repartidas entre el público o masa sin *affectio societatis*) pueden fundarse verdaderos conflictos entre: los socios o accionistas internos, mayoritarios y controladores, por un lado, que tratan de retener la cuota de poder con unos “Administradores y/o Junta Directiva” aliados a sus intereses, incluso, tomar beneficios superiores y desproporcionales a su verdadera inversión y participación accionaria dentro de la sociedad cotizada que es controlada; a expensas, de los socios o accionistas externos o minoritarios, por otro lado, que apenas se conforman con un incipiente decreto de dividendos o derecho a la suscripción de nuevas acciones, como envoltorio de beneficios mínimos garantizados legalmente por la regulación del mercado de valores.

* Abogado, Programa Avanzado de Gerencia de Finanzas, Especialización en Derecho Mercantil. Universidad Central de Venezuela. Convalidación de Abogado, Universidad Militar Nueva Granada de Colombia. Diplomado de Trading, Universidad del Rosario de Colombia. Corredora de Seguros, Superintendencia de la Actividad Aseguradora de Venezuela. Email: ivonne.advisor@gmail.com

¹ María Isabel Sáez Lacave, *Blindajes, Control Minoritario y la Regla Una Acción-Un Voto*. INDRET. Revista para el Análisis del Derecho N° 1. Barcelona, Enero 2011, pp. 9-10

El funcionamiento de esas sociedades, como bien señala Morles Hernández², puede estar sometido a circunstancias como: un intento de toma de control; rivalidades entre grupos de socios o accionistas; o la necesidad de contar con una mayoría para que en la “Asamblea” sea aprobado un determinado plan de inversión o mecanismo de financiamiento, a través de la emisión de nuevos valores o acciones; todo lo cual, conlleva, a la búsqueda de votos para asegurarse el control de las decisiones en la “Asamblea” de la sociedad cotizada; y uno de los mecanismos alternos utilizados, es el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos, dirigido a asegurar el sentido de ese sufragio en su favor, a fin de que los socios o accionistas ejerzan sus derechos, facultades y posición jurídica que han ido evolucionando, cambiando o profundizándose con el devenir del tiempo en la sociedad.

En una tesis detallada, y según la circunstancia de normas antiguas y vetustas reguladoras de la sociedad anónima, que no se han adaptado aún, como expresa Rate-nau al “*derecho vivo societario*”, resulta importante citar como apenas un ejemplo o modalidad de las relaciones que ameritan una regulación paraestatutaria (honrando en nuestro derecho mercantil el predominante principio de proporcionalidad entre el capital social y el derecho al voto) aquellas, en que los socios o accionistas se agrupan mediante el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos (unificando accionistas dispersos con voto flotante o desprovisto de interés, así como a los verdaderamente involucrados) en una masa compacta, como bien expresa el autor Garrigues³, que les permita obtener una representación dentro de la “Administración y/o Junta Directiva”, y con un voto bien encaminado influir en quienes dirigen la marcha e intereses de la sociedad, especialmente aquella que hace oferta pública de sus acciones, tal como lo prevé el artículo 89, 90 y 91 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores; que en buena cuenta, pretende estatuir esto, como mecanismo de protección de los socios o accionistas minoritarios o externos, utilizando la clásica fórmula de pesos y contrapesos, para contrarrestar, de cierta forma, el poder y control que ejercen los socios o accionistas mayoritarios e internos en dicha sociedad.

1. Antecedentes y ubicación del convenio en los pactos parasociales

En la evolución de nuestro derecho mercantil, es notoria la influencia anglosajona en el devenir de la globalización en la economía y los negocios⁴; en Reino Unido y

² Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Las sociedades Mercantiles*. 5ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002. p. 1120.

³ Joaquín Garrigues Díaz Cañabate, *Sindicato de Accionistas*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo IX. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1957, p. 70

⁴ Jaime Luis Anaya, *Las Convenciones de Accionistas en el Derecho Argentino*. Revista Universitas N° 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Diciembre, 1998, p. 442.

los Estados Unidos de América, desde larga data, y por vía consuetudinaria, han aceptado a los socios o accionistas disponer de su derechos societarios, a través de figuras contractuales extraestatutarias, como el *voting trust*, en el que los titulares de las acciones las transfieren a un fideicomisario que ejerce el voto en las “Juntas” (en nuestro caso “Asamblea”) de la sociedad; o el *pooling agreement*, por el que se comprometen a votar en una forma determinada en ésta; los cuales, encarnan el antecedente de los pactos parasociales como bien reseña el autor Mascheroni⁵; y específicamente, una de sus modalidades que es el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos.

Autores mercantiles venezolanos, como Morles Hernández, Otis Rodner y Lupini Bianchi, han abordado en términos oblicuos el tema, sin embargo, en el país, el reconocimiento y escasa regulación, se ha dado en materia del mercado de valores, específicamente, en las sociedades anónimas cotizadas que hacen oferta pública de sus acciones, como parte de las disposiciones proteccionistas de los socios o accionistas minoritarios; que data del año 1998 cuando fue incorporada por primera vez la figura del convenio de sindicación de acciones o acuerdos de votos, en la derogada Ley del Mercado de Capitales de ese año.

Proverbialmente, se viene considerando que los pactos parasociales (citados por primera vez por el tratadista italiano Giorgio Oppo con el *nomen juris* de *contratti parasociali* en la obra del mismo nombre del año 1942⁶) son acuerdos celebrados entre los socios o accionistas mayoritarios y/o minoritarios que, al margen de los estatutos y normas sociales, suplen sus vacíos ante las exigencias prácticas de sus relaciones, gobierno, administración y negocios, conviniendo en alianzas, y uniendo fuerzas, para el mordaz ejercicio de sus derechos en la sociedad, e inclusive para con terceros. Sintetizándose así, la noción dada por autores como Paz-Ares⁷, Mazzetti⁸, Pedrol⁹, Escuti¹⁰ y Certad¹¹.

⁵ Fernando H Mascheroni, *La Sindicación de Acciones*. Editorial Cangallo. Buenos Aires, 1968, pp. 12-13

⁶ Giorgio Oppo, *Contratti Parasociali*. Francesco Vallardi y Milano. 1942

⁷ Cándido Paz-Ares, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez N° 5, Madrid, 2003, p. 19

⁸ Ángel Mauricio Mazzetti, *Negocios Parasocietarios, Los denominados Contratos Parasocietarios*. Ad-Hoc, 1994.

⁹ Antonio Pedrol, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia Dialnet. Número 227, Fascículo: 1-2 (julio-agosto), Madrid, 1969

¹⁰ Ignacio Escuti, *De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales*. Revista Jurídica Argentina La Ley N° 2006 F, Buenos Aires, p. 1.

¹¹ Gastón Certad M, *Derecho Societario y Normas de Orden Público*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 septiembre-diciembre, 2008, Universidad de Costa Rica.

Resulta crucial ahora, ubicar al convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos, dentro de la clasificación de los pactos parasociales que ha propuesto el autor italiano Giorgio Oppo, siendo acogida y complementada, entre otros, por autores como Paz-Ares¹² y Henao¹³ que han categorizado así:

1. Pactos de relación: Se suscriben para regular las relaciones jurídicas e internas entre los socios o accionistas entre sí, cuyos efectos, no se propagan a la sociedad, por lo que, se les conoce como neutrales al no incidir jurídicamente en ésta. Se puede citar a modo de ejemplo pactos sobre: (i) los derechos de adquisición preferente de acciones; (ii) cobertura de pérdida de unos socios o accionistas por otros; (iii) no incremento de la participación accionaria por encima de un límite en el capital social; (iv) redistribución de dividendos con base a reglas diferentes a las establecidas por la escritura constitutiva y/o estatutaria; (v) venta o adquisición de acciones bajo determinadas condiciones; (vi) obligación de permanencia en la sociedad; etc.¹⁴

2. Pactos de atribución: Cuyo objetivo es procurar un provecho o beneficio a la sociedad en sí misma; verbigracia: (i) socios o accionistas que se comprometen a dar préstamos a la sociedad para cubrir pérdidas; (ii) hacer aportes extraordinarios al capital social; (iii) no competir con la sociedad; (iv) exclusividad a la sociedad de venta e intermediación de productos de los socios o accionistas; etc.¹⁵

3. Pactos de organización: Su finalidad es influir sobre la organización, funcionamiento, toma de decisiones y control de la sociedad, por lo que son los más controvertidos, y versan sobre muchos aspectos como: (i) la interpretación y/o modificación de normas estatutarias; (ii) la composición y restricción de funciones de los “Administradores y/o Junta Directiva”; (iii) políticas de negocios, financiación y reparto de dividendos; (iv) información que se debe suministrar a los socios o accionistas; (v) políticas de disolución y liquidación de la sociedad; (vi) los quórum o mayorías y ejercicio de derechos de las minorías; y finalmente pero no menos importante, esta categoría incluye a los convenios de sindicación de acciones o acuerdo de votos.¹⁶

¹² Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit. pp. 19-20

¹³ Lina Henao, *Los Pactos Parasociales*. Revista de Derecho Privado N° 25 julio-diciembre. Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁴ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., pp. 19-20; Henao, Lina, *Los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 192

¹⁵ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Loc. Cit.

¹⁶ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Loc. Cit.

2. Definición y clasificación

En buena cuenta, que el convenio de sindicación de acciones es un pacto parasocial de organización; al revisarse lo indicado por los autores Pedrol¹⁷, Ascarelli¹⁸, Mascheroni¹⁹, Fares²⁰, Cristiá²¹, Rivas²² y Garrigues-Uria²³, se puede parafrasear, que los elementos comunes y necesarios para acercarse a una verdadera definición son:

Que se trata de un acuerdo de voluntades de los socios o accionistas, titulares de todo o parte del capital accionario de una sociedad anónima, suscrito al margen de la escritura constitutiva y/o estatutaria, que puede versar sobre: (i) votar o no en un sentido específico; (ii) restringir o limitar en forma parcial o total, temporal o definitiva, la libre negociación, disposición y transmisibilidad de las acciones; (iii) comprometer, ceder, preñar, usufructuar, adjudicar, arrendar, constituir garantía u otro similar sobre los derechos derivados de las acciones, y consecuentemente, el voto, para que sean ejercidos, de acuerdo a lo pactado por los socios o accionistas sindicados, bien sea, directamente, o a través, de un encargo de confianza, mandato, representante, e inclusive, un tercero; con la finalidad, de poner en práctica unificadamente, tales derechos en una masa mayoritaria o minoritaria, para influir con más fuerza en la “Asamblea”, los “Administradores y/o Junta Directiva”, y por ende, en las decisiones de organización, funcionamiento y gestión social.

El análisis sistemático, invita a exponerse enseguida, la clasificación de los convenios de sindicación de acciones o acuerdos de votos, con arreglo a la categorización dada por Pedrol²⁴, en especial la que versa sobre su finalidad, comúnmente aceptada por la doctrina, y que concretamente, son definidos por Mascheroni²⁵ como: 1. Sindicatos de mando o de voto: en los que se persigue obtener una mayoría en la “Asamblea”, ejerciéndose o no el voto en un sentido acordado por los socios o accionistas partícipes previamente; y 2. Sindicatos de bloqueo: en los que se fija una preferencia, se restringe

¹⁷ Antonio Pedrol, *La Sindicación de Acciones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 30

¹⁸ Tullio Ascarelli, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*. Editar S.A Editores, Buenos Aires, 1947, p. 23

¹⁹ Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p. 11.

²⁰ Félix Santiago Fares, *La Sindicación de Acciones*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963, pp. 17-18

²¹ José María Cristiá, *Sindicación de Acciones*. Universidad Nacional del Rosario. 1975, p. 16, citado por Jorge Roberto Maradiaga, *La Sindicación de Acciones*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 2-6

²² Marithza Rivas Ansalas, *Incumplimiento de los Convenios de Sindicación de Acciones*. Ponencia a la Jornada Notarial Uruguay 42. Noviembre 2011, pp. 9-11 citada por Marcelo Amorín Pisa, *Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales*. Revista de Derecho, Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. República Oriental de Uruguay. Año III 2004 N° 6, p. 157.

²³ Joaquín Garrigues, y Rodrigo Uria, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* Revisada, Corregida y Puesta al Día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Tercera Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 665, citado por Maradiaga Jorge Roberto, *La Sindicación de Acciones*. Loc. Cit.

²⁴ Pedrol, Antonio, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., pp. 11-12

²⁵ Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p. 22

o se prohíbe la transferencia de las acciones de los socios o accionistas sindicados. Apuntando Pedrol²⁶ que ambos tipos de sindicatos se necesitan, porque de nada serviría comprometer el sentido del voto en la “Asamblea”, si esos socios o accionistas pudiesen desprenderse de sus acciones, y romper la masa mayoritaria o minoritaria que pretende el sindicato.

Y completa Mascheroni²⁷ señalando que también están 3. Los sindicatos financieros: que son aquellos que buscan especular sobre el precio de las acciones para obtener un beneficio estrictamente patrimonial, desvinculándose del propósito de invertir e influir en la dirección, administración y gestión social; siendo esta la razón principal por la cual Pedrol²⁸ no los considera contratos parasociales propiamente dichos, siguiendo la misma línea de pensamiento que Oppo.

Para cerrarse la idea, y de acuerdo con lo dicho por el autor Conde Granados²⁹, los socios o accionistas a través de las diversas formas o tipologías del convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos, pueden en definitiva, elaborar un traje a su medida para defender unificadamente sus intereses en la sociedad, siempre y cuando, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico de que se trate, no impida su puesta sobre la mesa.

3. Naturaleza jurídica, regulación y validez

En nuestro país, el acto constitutivo de la sociedad anónima, es a través de un contrato, conforme al artículo 211 del Código de Comercio; y ésta existe, desde que los socios o accionistas manifiestan sus acuerdos de voluntades en esa escritura constitutiva y/o estatutaria. Una vez ocurrido esto, y mientras no cumplan, con los requisitos legales (inscripción ante el Registro Mercantil y publicación respectiva) los suscriptores serán personal y solidariamente responsables por sus operaciones, como sociedad irregular, interpretándose así en armonía lo dicho por Morles Hernández³⁰ y el contenido del artículo 219 *Ejusdem*.

Cumplidas las formalidades legales a que hace referencia el párrafo único del artículo 200 del Código de Comercio, es decir, la inscripción y publicación de esa escritura constitutiva y/o estatutaria de la sociedad anónima, en el Registro Mercantil, de acuerdo a los artículos 52 numeral 1, 53 y 59 de la Ley de Registros y Notarías, en concordancia, con los artículos 2 y 12 del Manual que Establece los Requisitos Úni-

²⁶ Pedrol, Antonio, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p. 13 y ss.

²⁷ Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., pp. 24-26

²⁸ Pedrol, Antonio: *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., pp. 13-15

²⁹ Jorge L Conde Granados, *Alcances y Operatividad de los Convenios de Accionistas en las Sociedades Anónimas*. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú Foro Jurídico, N° 13, 2014, pp. 26-37.

³⁰ Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Ob. Cit. p. 1009

cos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías; trae como consecuencia, la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas, únicamente, por el monto en el capital de sus acciones, como muy bien lo apunta el artículo 201 ordinal 3° del Código de Comercio. Y en el caso de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de acciones, cumplir adicionalmente, con la formalidad de autorización e inscripción ante el Registro Nacional de Valores, llevado por la Superintendencia Nacional de Valores, conforme al artículo 1 y 3 literal b) de las Normas Relativas al Funcionamiento del Registro Nacional de Valores.

Bajo la óptica de que la escritura constitutiva y/o estatutaria de la sociedad anónima venezolana es un contrato, ésta adquiere especial relevancia, en el sentido de que tratadistas como Pedrol son partidarios de considerar, que los pactos parasociales como los convenios de sindicación de acciones o acuerdos de votos; siguen la misma suerte y tienen igual naturaleza jurídica contractual que ésta.³¹

Lo de menos y que no debe ocupar la atención, es la poco frecuente concepción de que los convenios de sindicación de acciones o acuerdos de votos, en un primer momento, fueron considerados como una especie de sociedad paralela irregular conformada por los socios o accionistas; pues con la suscripción de dichos convenios, no surge una nueva persona jurídica, y tampoco hay un aporte en dinero ni ánimo de lucro.³²

Hoy en día, es mayoritaria la posición de la doctrina, tanto nacional (Morles Hernández³³ y Otis Rodner³⁴) como internacional (Broseta Pont y Martínez Sanz³⁵, Uria y Menéndez³⁶, Ascarelli y Gutierrez Camacho³⁷), que considera al convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, como un contrato asociativo, con prestaciones

³¹ Pedrol, Antonio, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p. 17 citado por Francisco J Santamaría M, *A Propósito de la Noción de los Sindicatos de Accionistas*. Estudio Homenaje a Jorge Barrera Graf. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p 1305

³² Christian Alberto Robleto Arana, *La Sindicación de Acciones* p. 97 en concordancia con Vicente Mambrilla Rivera, *Caracterización Jurídica de los Convenios de Voto Entre Accionistas*. Revista de Derecho Mercantil. N° 181-182. Julio-Diciembre 1986. Madrid, pp.302-365 citado por María del Pilar Galeote Muñoz, *Los Sindicatos de Voto su Tratamiento Comparado*. Revista de Derecho Bancario y de mercado de Capitales. Derecho Societario y Empresarial. Volumen 72. Abril-Junio 2016.

³³ Alfredo Morles Hernández, *Las Medidas de Defensa de Una Sociedad Cotizada Ante Una Oferta Pública de Adquisición (OPA) Hostil*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 122, Edición Homenaje a Leopoldo Borjas Hernández. Caracas, 2001, pp. 228-231

³⁴ James Otis Rodner, *Normas Obligatorias en el Derecho de Sociedades Venezolano. Los Pactos entre Accionistas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín N° 139. Volumen 69. Caracas. 2002, pp. 197-199

³⁵ Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*. Volumen I, Trigésima Edición, Editorial Tecnos. Madrid. 2023

³⁶ Rodrigo Uria, Aurelio Menéndez Menéndez, Javier García De Enterría Lorenzo Velázquez, *La Sociedad Anónima: La Acción en General. Curso de Derecho Mercantil*. Volumen 1. Editorial Civitas. Madrid. 2006

³⁷ Ascarelli, Tullio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*. Ob. Cit., pp. 23-24 citado por Wálter Gutierrez Camacho, *Los Contratos Parasocietarios. Con Especial Referencia al Contrato de Sindicación de Acciones*. Revista de la Facultad de Derecho IUS et PRAXIS de la Universidad de Lima. N° 31. 2000, pp. 83-84

plurilaterales autónomas, en el cual, las partes convienen sus voluntades en un interés común; quienes, a su vez, pueden adherirse o separarse de éste, y a pesar de ello, continuar la relación jurídica entre los demás socios o accionistas sindicados, como bien diserta Ascarelli.

En la figura que nos ocupa, el autor Otis Rodner³⁸ concibe que estos convenios o pactos son atípicos, debido a que no se encuentran regulados en el Código Civil ni en el Código de Comercio, no por ello, sustrayéndose de la aplicación de los principios generales y normas relativas a los contratos, disponibles en el ordenamiento jurídico venezolano; y es así, que Morles Hernández afirma su licitud y amplitud, en cuyo contenido, los socios o accionistas pueden establecer obligaciones de hacer (opciones o promesas de venta, derechos de preferencia, sindicatos de defensa o bloqueo) y obligaciones de no hacer (no venta o incremento de acciones, no competencia, etc.)³⁹

A todo esto, la Reforma de las Normas Sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y Toma de Control de Sociedades que Hacen Oferta Pública de Acciones y Otros Derechos Sobre las Mismas, en el artículo 5° precisa que los contratos de carácter asociativo, son aquellos negocios jurídicos, donde las personas se comprometen a mantener una política común sobre un negocio, sin aporte, ni ánimo de compartir ganancias o pérdidas, y menos con carácter societario, como por ejemplo, las cuentas en participación y los consorcios; no quedando duda alguna, de la adherencia de los convenios de sindicación de acciones o acuerdos de voto, a esta definición del mercado de valores venezolano.

Contextualícese, ahora, que en nuestro país, estos convenios o pactos por parte de los socios o accionistas de la sociedad anónima cerrada o tradicional, o aquella cotizada que hace oferta pública de acciones, se celebran, con base a los preceptos jurídicos siguientes:

Primero: En el derecho de asociación y libertad económica, previstos, en los artículos 52 y 112 de nuestra carta magna, así como, el principio de autonomía de la voluntad de las partes de pactar, convenir o contratar todo lo no prohibido por la ley⁴⁰, que dicho sea de paso, fue ratificado recientemente por la Sala Político-Administrativa del máximo tribunal de justicia, en sentencia N° 00171 de fecha 15 de marzo de 2017⁴¹

³⁸ Otis Rodner, James, *Normas Obligatorias en el Derecho de Sociedades Venezolano. Los Pactos entre Accionistas*. Ob. Cit. p. 197

³⁹ Morles Hernández, Alfredo, *Las Medidas de Defensa de Una Sociedad Cotizada Ante Una Oferta Pública de Adquisición (OPA) Hostil*. Ob. Cit. p. 230

⁴⁰ Otis Rodner, James, *Normas Obligatorias en el Derecho de Sociedades Venezolano. Los Pactos entre Accionistas*. Ob. Cit. pp. 196-197

⁴¹ Sentencia N° 00171 de fecha 15 de marzo de 2017. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Magistrado Ponente María Carolina Ameliach Villarroel. Expediente N° 2013-0820.

Segundo: En el artículo 200 del Código de Comercio que admite a los convenios de las partes como regentes de las sociedades mercantiles, entre las que se encuentra la sociedad anónima por supuesto, y el artículo 8 Eiusdem que prevé a lo no resuelto por éste la aplicación supletoria del Código Civil; enlazados con el artículo 1.140 de este último cuerpo normativo que establece el sometimiento de todos los contratos nominados especialmente o no, a las reglas generales de los códigos antes nombrados, así como, a las leyes especiales (*lex specialis derogat generali*) verbigracia las normas del mercado de valores aplicables a las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones⁴².

Tercero: En el artículo 1.133, que define al contrato como convención entre dos o más partes para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir vínculos jurídicos entre ellas; el artículo 1.141 que establece como condiciones de existencia de los contratos al consentimiento de las partes, objeto y causa lícita; el artículo 1.142 sobre la anulabilidad de los contratos por incapacidad legal de las partes (artículo 1.143 a 1.145) o vicios del consentimiento (artículo 1.146) que son el error excusable (artículos 1.147 a 1.149) la violencia (artículos 1.150 a 1.153) y el dolo (artículo 1.154); y, a propósito del objeto posible, lícito y determinado o determinable de los contratos el artículo 1.155, y finalmente, sobre la causa lícita de los contratos que no contrarie a la ley, buenas costumbres y orden público el artículo 1.157; no dejándose de último, por ser menos importante, el artículo 1.159 sobre la libertad contractual; todos los anteriores, de nuestro Código Civil, que bien establecen los requisitos de validez a los que los convenios de sindicación de acciones o acuerdo de votos deben someterse.

Avanzando con este razonamiento, las partes que suscriben el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos (aparte de cumplir los requisitos de capacidad, consentimiento y condiciones de existencia previstos para los contratos en el Código Civil) también deben establecer su cualidad de socio o accionista de la sociedad anónima de que se trate, bien sea, en calidad de propietario, fiduciario, usufructuario, acreedor prendario, etc., siempre que se esté suficientemente documentado y probado, es decir, que se encuentre asentado en el libro de accionistas tal circunstancia⁴³; y que es indudablemente el titular del derecho del cual esté disponiendo, como por ejemplo:

⁴² Artículo 3° Decreto N° 2.176. Presidencia de la República. Diciembre, 30 de 2015. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 (Extraordinario) Diciembre, 30 de 2015.

⁴³ Alfredo Morles Hernández, *El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima*. Universidad Valle del Mombuy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Centro de Estudios Jurídicos Cristóbal Mendoza. Publicaciones UVM, 4 enero-diciembre, Valera. 2005, pp. 15-25 y Sentencia N° 318 del 9 de septiembre de 2022. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Civil. Magistrado Ponente Henry José Timaure Tapia. Expediente N° 2017-000282

el de votar o no en un sentido específico en la “Asamblea” o restringir la libre transmisibilidad de las acciones; pues no debe olvidarse, que un error sobre la cualidad de las partes en el contrato es causal para su anulabilidad.

Apúntese ahora, que los socios o accionistas que se hagan de las acciones de una sociedad anónima cerrada o tradicional, deberán cumplir con lo establecido en el Código de Comercio, en especial su artículo 260 ordinal 1° y artículo 296, sobre el asiento obligatorio de sus derechos sobre las acciones en el libro de accionistas de la sociedad para su oponibilidad a ésta y a los terceros, es decir, que acredite suficientemente a los socios o accionistas que participen de un convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, a disponer de los derechos que les confieren las acciones objeto de sindicación.

Obsérvese hasta aquí con atisbo, que no hay óbice legal que impida la implementación o suscripción de los convenios de sindicación de acciones o acuerdos de voto por parte de los socios o accionistas de la sociedad anónima cerrada o tradicional venezolana, siempre que se dé cumplimiento cabal a los requisitos de validez acotados anteriormente, y no contraríe el interés social, la escritura constitutiva y/o estatutaria o la ley.

Cuarto: En los artículos 89, 90, 91 y 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, que regulan al convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, los cuales, se transcribirán y analizarán a renglón seguido.

La télesis que persiguen estas normas, y como asertivamente puntualiza Gutierrez Camacho⁴⁴ el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, es el instrumento suscrito por una pluralidad de socios o accionistas, con la finalidad de llevar a cabo cierto control y defensa de los derechos de los grupos minoritarios con respecto a los mayoritarios controladores de la sociedad, a través, de la conformación de una masa, que al menos represente un veinte por ciento (20%) del capital suscrito, que actuará en bloque incrementando su poder de decisión y acción, a través del voto dirigido en la “Asamblea”, para ejercer el derecho de elegir un número proporcional de miembros en la “Administración y/o Junta Directiva”, y con ello, la intervención en la dirección y negocios de la sociedad que hace oferta pública de sus acciones en la que invierten.

Delimitado y bien definido, en qué consiste el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos, regulado en el mercado de valores venezolano, pásese a precisar y analizar cada artículo de la forma siguiente:

⁴⁴ Walter Gutierrez Camacho, *El Contrato de Sindicación de Acciones*. Diario Gestión. Lima. Abril, 23 de 1998, p. 10 citado por César Eusebio Ramos Padilla, *Derechos Corporativos Individuales del Accionista y el Financiamiento del Objeto Social de la Sociedad Anónima*. Tesis no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2003

Artículo 89. De la representación de las minorías: En la junta administradora de las sociedades cuyas acciones sean objeto de oferta pública, deberán estar representados los accionistas minoritarios. A tal efecto, cualquier accionista o grupo de accionista que represente por lo menos un veinte por ciento del capital suscrito, tendrá derecho de elegir un número proporcional de miembros a la junta directiva y sus respectivos suplentes, los accionistas minoritarios únicamente podrán tomar parte de un grupo de accionistas minoritarios.

La Superintendencia Nacional de Valores dictará las normas de carácter general en las que definirá las categorías de accionistas minoritarios, así como las condiciones adecuadas para el ejercicio del derecho contenido en el presente artículo.

El citado artículo, en concordancia con el artículo 51 de las Normas Relativas a la Oferta Pública, Colocación y Publicación de las Emisiones de Valores, además del numeral 16 del artículo 4 y artículo 11 de las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores; reconoce el derecho de los socios o accionistas minoritarios al trato igualitario y elegir un número proporcional de miembros en los “Administradores y/o Junta Directiva” que represente al menos el veinte por ciento (20%) de aquellos, bien sea, individual o grupalmente, que conforme tal participación en el capital de la sociedad que hace oferta pública de acciones.

Respecto del artículo 89 Eiusdem sobre que “*los accionistas minoritarios únicamente podrán formar parte de un grupo de accionistas minoritarios*”, cabe traer a colación, lo establecido en el artículo 5 de la Reforma de las Normas Sobre Ofertas Públicas de Adquisición de Intercambio y Toma de Control de Sociedades que Hacen Oferta Pública de Acciones y Otros Derechos Sobre las Mismas, sobre los socios o accionistas con participación significativa (de más del diez por ciento (10%) del capital social) o de una mayoría política de control (de más del cincuenta por ciento (50%) del capital social); otros minoritarios que participen en otro convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto; y adelantándose un poco, a la letra del artículo 92 eiusdem, “*accionistas que por disposiciones estatutarias tuvieren derechos especiales para la designación de uno o más miembros de la junta directiva*”; así como, el artículo 93 de la misma ley, que refiere a las sociedades vinculadas (con mínimo diez por ciento (10%) del capital social en otra sin controlarla) y personas naturales o sociedades dominantes o controlantes (ejercen control directo o indirecto sobre sociedades dominadas o controladas); todos quienes, pareciera, no poder participar en el tipo específico de los convenios de sindicación de acciones o acuerdo de voto de socios o accionistas minoritarios, a los efectos de elegir a un número proporcional de miembros que los represente en los “Administradores y/o Junta Directiva” específicamente, lo que no obsta, que puedan participar en otros con objetivos diferentes.

Ya para completar la revisión del artículo 89 bajo estudio, en su *in fine*, cabe acotarse, que fueron derogadas las Normas Sobre Procesos de Nombramiento de Inte-

grantes de la Junta Directiva por Accionistas Minoritarios de 2001, sin que la Superintendencia Nacional de Valores, se pronunciara aún, respecto de cuál sería la normativa aplicable a la materia dejando así un vacío, en cuanto al procedimiento a seguir por los socios o accionistas minoritarios, a los efectos, de exigir su representación proporcional en los “Administradores y/o Junta Directiva” de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, quedando sujeta necesariamente, a las disposiciones de las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores de forma complementaria más no supletoria, para lo no previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores vigente.

Cierto que como lo había apuntado el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1422 de fecha 30 de junio de 2005⁴⁵; éstas Normas Sobre Procesos de Nombramiento de Integrantes de la Junta Directiva por Accionistas Minoritarios de 2001, fueron dictadas con la finalidad de dar la noción de accionista minoritario; se clasificaron las diversas modalidades de estos participantes; la manera bajo la cual debían conformarse en grupos los accionistas minoritarios a través del convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos; y se estableció el derecho de elegir y hacerse representar proporcionalmente en los miembros de los “Administradores y/o Junta Directiva” de la sociedad anónima que hace oferta pública de sus acciones.

Artículo 90. Del convenio de sindicación de acciones: La existencia de un grupo de accionistas minoritarios con el objeto de ejercer el derecho consagrado en el artículo anterior, debe constar por medio de un acuerdo o convenio de sindicación de acciones, acuerdo de voto o similar, en el cual se mencionen expresamente los puntos que constituyen su objeto.

Los accionistas o sus mandatarios deberán remitir a la Superintendencia Nacional de Valores y a los administradores de la sociedad de que se trate, dentro de los quince días hábiles previos a la celebración de la asamblea de accionistas, ordinaria o extraordinaria, copia del documento público o privado debidamente certificado, donde conste el convenio de sindicación de acciones, acuerdo de voto o similares, a los efectos de que sean suficientemente conocidos por todos los accionistas de la empresa.

Parágrafo Único: El acuerdo a que se refiere el presente artículo deberá ser acompañado de:

- 1. La constancia de tenencia accionaria de cada uno de los integrantes, expedida por el agente de traspaso, la caja de valores o la sociedad, según corresponda;*
- 2. La declaración expresa de que no se está incurrido en ninguno de los supuestos que limitan la posibilidad de integrar el grupo;*
- 3. Poder autenticado en caso de representación.*

⁴⁵ Sentencia N° 1422 de fecha 30 de junio de 2005. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Magistrado Ponente Arcadio Delgado Rosales.

Éste particular convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto tiene por finalidad: 1. Hacer constar la existencia o conformación del “grupo de socios o accionistas minoritarios”, a buena cuenta de la diferencia entre la agrupación de la voluntad de los socios o accionistas minoritarios, como el acto jurídico en sí, de la forma que deberán cumplir, para que sea tenida como válida y reconocida mediante el convenio; y 2. Expresar dentro del objeto, el ejercicio del derecho de votar en la “Asamblea” para elegir un número proporcional de miembros que los represente en los “Administradores y/o Junta Directiva” de la sociedad.

Los requisitos de validez formal, que deben cumplir este tipo particular de convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos según la letra del artículo 90 ejusdem, son:

a) Que sea firmado por los socios o accionistas minoritarios y/o sus mandatarios

b) Acompañar al convenio de poder autenticado en caso de representación. En dicho poder o mandato deberán estar, por un lado, las facultades expresas, específicas y suficientes, que autorice al mandatario individual de cada socio o accionista sindicado, o aquel designado por ellos conjuntamente para que vote en su nombre según el sindicato (contrato de mandato que debe atender a la regulación del Código Civil⁴⁶ especialmente lo referente a la posibilidad de revocarse siempre⁴⁷ y a la del Código de Procedimiento Civil⁴⁸); y por otro lado, la titularidad de las acciones de los socios o accionistas minoritarios sindicados, que les permita disponer del derecho de voto en la “Asamblea”, que están confiriendo al mandatario para acceder a ese beneficio o ventaja, reconocida en la Ley, para el nombramiento proporcional de miembros en los “Administradores y/o Junta Directiva” de la sociedad cotizada en la hacen sus inversiones.

c) La obligación de los socios o accionistas minoritarios que suscriben el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, mandatarios o representantes; (so pena de sanciones administrativas) de remitirlo a la Superintendencia Nacional de Valores y a los “Administradores y/o Junta Directiva” de la sociedad.

¿En qué plazo? En el de quince (15) días hábiles contados antes de la fecha de celebración de la “Asamblea”

¿Para qué se remite? Para su publicidad y el conocimiento de todos los socios o accionistas de la sociedad, implicando su no confidencialidad.

⁴⁶ Artículos 1.684 a 1.712 del contrato de mandato regulado en el Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 (Extraordinario) Julio, 26 de 1982.

⁴⁷ Artículo 1.704, 1.705 y 1.706 Código Civil. Ejusdem.

⁴⁸ Artículos 150 a 174 del Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 (Extraordinario) Septiembre, 18 de 1990.

Esto es propicio para que todos, es decir, La Superintendencia Nacional de Valores; los “Administradores y/o Junta Directiva”; los socios o accionistas; terceros y la misma sociedad anónima que hace oferta pública de sus acciones; conozcan el contenido y quienes han suscrito el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos, el cual, puede repercutir en el desenvolvimiento de la “Asamblea” de que se trate.

d) Que conste en documento público o privado;

e) Que su copia certificada sea expedida por Notario, Registrador o persona autorizada en el mismo documento para ello; de conformidad con lo establecido en los artículos 1.357, 1.360 y 1363 del Código Civil, concatenados a los artículos 52, 53, 59, 61, 62, 63, 68, 75 numeral 1 y 76 de la Ley de Registros y Notarías, siendo posible su inscripción ante el Registro Mercantil (queda siempre la disyuntiva de que el Registrador ejerciendo su potestad calificadora niegue su inscripción alegando su falta de relatividad con la sociedad⁴⁹) o autenticado ante la Notaría Pública; y surta los efectos de plena fe de las partes y su contenido frente a terceros, e inclusive, firmado electrónicamente conforme al artículo 16 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; en tanto que como dice Mascheroni:⁵⁰ *“las ventajas del acto público son, por supuesto, la fecha cierta del acuerdo, la autenticidad irrefutable de las firmas otorgantes y la plena fe del contenido (...) No obstante, el acto público reunirá las mayores garantías de seriedad y podrá evitar, no pocas veces, cuestiones antojadizas planteadas por sindicados arrepentidos u oportunistas.”*

f) Acompañar al convenio o acuerdo la constancia de tenencia accionaria de cada uno de los socios o accionistas integrantes, expedida por el agente de traspaso, caja de valores o sociedad, con base a los artículos y cuerpos normativos siguientes: 1. Artículo 12 de las Normas Relativas a la Oferta Pública, Colocación y Publicidad de las Emisiones de Valores; artículo 6 y 11 de la Reforma Parcial de las Normas que Regulan la Autorización e Inscripción de los Agentes de Traspaso y el Procedimiento Relativo al Traspaso de las Acciones Nominativas. 2. Artículos 10, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la Ley de Caja de Valores; 3. Artículos 4, 7 y 19 de las Normas Relativas a la Organización y Funcionamiento de las Cajas de Valores; 4. Artículos 37, 39 y 40 Reglamento Interno de la Caja Venezolana de Valores, S.A; y para finalizar, 5. Artículos 9, 13, 18 y 29 de las Normas Sobre Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa.

Quedando clara la obligación de la sociedad de corretaje, agente de traspaso, caja de valores o sociedad emisora que hace oferta pública de acciones, de hacer los asientos de las transferencias de las acciones, bien sea a través de anotaciones en cuenta y libro

⁴⁹ Carlos Pérez Ramos, *Problemas que Plantean los Pactos Parasociales*. Actum Mercantil & Contable. N° 20. Julio-septiembre, 2012.

⁵⁰ Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p.33

de accionistas de la sociedad de que se trate, con lo cual, emitir las constancias no negociables y cartas-poderes, para que los titulares de las acciones ejerzan el derecho de voto en las “Asambleas” de las sociedades en las que invierten, además de las acciones cambiarias para exigir el cumplimiento de la obligación incorporada a estos títulos valores como las define Vásquez Martínez⁵¹.

g) Y finalmente añadir en los anexos del convenio la declaración jurada que hagan los socios o accionistas minoritarios sindicados, de no estar imposibilitados o limitados a integrarlo, recordándose lo dicho antes sobre quiénes son los socios o accionistas minoritarios que pueden conformar el tipo específico de convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto.

Artículo 91. Del efecto de la incorporación del convenio de sindicación de acciones en el expediente: La Incorporación del convenio de sindicación de acciones al respectivo expediente de la sociedad en el Registro Nacional de Valores, no tendrá el carácter de autorización respecto de su contenido, y bajo ninguna circunstancia podrán recibir tratamiento confidencial.

¿Qué hace la Superintendencia Nacional de Valores una vez recibido el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de votos? Lo agrega o incorpora al expediente llevado en el Registro Nacional de Valores, lo cual no tiene carácter autorizatorio de su contenido; pero le es menester verificar si efectivamente los socios o accionistas minoritarios que lo conformaron, representan al menos el veinte por ciento (20%) del capital de la sociedad, que les faculta a ejercer el derecho a elegir un número proporcional de miembros que los represente en los “Administradores y/o Junta Directiva” de ésta.

En el convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto, a modo de ejemplo de cómo se configura en la práctica el ejercicio de las atribuciones y deberes del órgano regulador del mercado de valores; se trae a colación la Resolución N° 82-2004⁵² dictada en fecha 9 de junio de 2004, por la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia Nacional de Valores) sobre la averiguación administrativa abierta contra Interacciones Casa de Bolsa, C.A por denuncia de Cerámica Carabobo, S.A.C.A, por presuntas irregularidades ante la “Asamblea”; levantándose medida de suspensión sobre la decisión y deliberación de varios puntos de ésta; especialmente en lo relacionado a que los socios o accionistas minoritarios agrupados en el acuerdo de voto no reunía al menos el veinte por ciento (20%) del capital de la sociedad requerido para el nombramiento de representantes en los miembros de los “Administradores y/o Junta Directiva”; y se sancionó a Interacciones Casa de Bolsa, C.A, por haber suministrado información falsa acerca de la tenencia accionaria de los que suscribieron dicho acuerdo.

⁵¹ Edmundo Vásquez Martínez, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Guatemala: Serviprensa Centroamericana, 1978

⁵² Resolución N° 82-2004. Comisión Nacional de Valores, junio 9 de 2004, Informe Anual de 2004.

Aparte de la disposición sobre el agregado del convenio al expediente de la sociedad que hace oferta pública de acciones de que se trate, llevado por el Registro Nacional de Valores de la Superintendencia Nacional de Valores; y comunicarlo a los “Administradores y/o Junta Directiva”; lo cierto es que no hay disposiciones expresas en el Código de Comercio, Código Civil y normas del mercado de valores, que indiquen a quién corresponde, dentro del seno de la sociedad anónima, el examen y decisión sobre la aplicación o no del convenio de sindicación de acciones o acuerdo de voto⁵³; más que la mención genérica a los “Administradores y/o Junta Directiva” como encargados de la gestión de los negocios o representación de la sociedad, según el artículo 270 del Código de Comercio y artículo 6 literal b) de las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores; o a la “Asamblea” decidir sobre cualquier otro asunto que le sea sometido, de acuerdo al ordinal 5° del artículo 275 del Código de Comercio, en concordancia y similar, al numeral 5) del artículo 5 de las mencionadas Normas.

Puestas así las cosas, Garrigues⁵⁴ reflexiona sobre el hecho de que es en la “Asamblea” que debe decidirse sobre la validez del convenio de sindicación de acciones presentado y de su objeto, especialmente si se trata del ejercicio del derecho de voto por parte del síndico, mandatario, socios o accionistas, representante, fiduciario, cesionario o cualquier otro participante del sindicato, así como de las cualidades con las que actúan en ella.

El artículo bajo la lupa, refiere que el tratamiento del convenio o acuerdo no será confidencial, sin embargo, no hace referencia sobre si será considerado información relevante, pues se coincide con autores como León Sanz, que es del parecer de que puede afectar los precios de las acciones, pues influye en manos de quien se encuentra la dirección y administración así como la titularidad de las acciones de la sociedad⁵⁵.

En relación con lo dicho anteriormente por el autor Morles Hernández, especialmente en la introducción sobre el supuesto de una toma de control; la Reforma de las Normas Sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y Toma de Control de Sociedades que Hacen Oferta Pública de Acciones y Otros Derechos Sobre las Mismas, establecen en el artículo 2° numeral 2) y 4) y artículo 3 numerales 1), 2) y 3) Parágrafo Segundo numeral 2); que su finalidad es la de procurar la participación en

⁵³ Omar Jesús Valle Vera, Alejandra Grisel Guillén Lazo, Pedro Carlos Álvarez Cárdenas, Alexandra Vivanco Valenzuela, *Convenios de Accionistas ¿Un Cambio Necesario?* Revista de Actualidad Mercantil del Equipo de Derecho Mercantil N° 1. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

⁵⁴ Garrigues Diaz-Cañabate, Joaquín, *Sindicatos de Accionistas*. Ob. Cit., p. 73

⁵⁵ Francisco José León Sanz, *La Reforma de la Regulación de OPAs y el Régimen de los Pactos Parasociales de las Societades Cotizadas*. Revista Noticia de la Unión Europea N° 285. Octubre. 2008. España, p. 115 citado por Ana Elena Castillo Chaves, *Los Pactos Parasociales*. Revista Judicial, N° 98, Costa Rica, Diciembre, 2010, pp. 240-241.

condiciones de igualdad propiciando el suministro de información necesaria para que –en este caso– los socios o accionistas de la sociedad de que se trate, decidan sobre la transferencia o no de sus acciones en las condiciones ofrecidas en una oferta pública de adquisición (participación significativa de más del diez por ciento (+ 10%) del capital social); intercambio (participación significativa sin efecto de toma de control); o de toma de control (participación significativa y desplazamiento de control) realizada por cualquier medio como compra, cesión, usufructo, cogestión, pactos contractuales sobre el derecho de voto, o cualquier otro de efecto equivalente.

Como medida de defensa de los “Administradores y/o Junta Directiva” y socios o accionistas mayoritarios de la sociedad de que se trate la oferta pública de adquisición, intercambio o toma de control; las Normas anteriores prevén en el artículo 11 numeral 2) literal a) numeral 4), en concordancia con el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores; que éstos podrán adquirir las acciones de la propia sociedad o dominante solo cuando: (i) esté autorizada por la “Asamblea” de accionistas; (ii) estén pagadas; (iii) que el valor nominal de las acciones no exceda del quince por ciento (15%) del capital social pagado representado en acciones comunes de la sociedad dominante; (iv) que la adquisición no exceda el monto de apartados de utilidades; (v) que se haga a través de una casa de bolsa. La “Asamblea” en la cual se acuerde la recompra de acciones, debe especificar que informó a los socios o accionistas sobre las consecuencias de esta operación, especialmente la posibilidad de sustraer del mercado un porcentaje importante de acciones que permita dar a un grupo de socios o accionistas minoritarios el control de la sociedad, o imposibilitar la adquisición que pretende el iniciador de la oferta pública de adquisición, intercambio o toma de control.

No es el caso venezolano, como por ejemplo la Ley General de Sociedades N° 26887 de la República del Perú, que en el artículo 8 sí reconoce la validez de los convenios entre socios con la sociedad y los terceros, desde el momento en que le sean debidamente comunicados; o el caso uruguayo, que va más allá indicando en el artículo 331 de la Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales, la oponibilidad a terceros de los convenios de sindicación de accionistas cuando sea notificado a la sociedad y se hagan las anotaciones en los títulos o libros de registro de acciones escriturales, casos en los cuales, esas acciones no podrán ser negociadas en Bolsa; todo con la finalidad de reforzar la transparencia que debe regir en las sociedades que hacen oferta pública de acciones, como bien reflexiona la autora Castillo Chaves⁵⁶. ¿Qué pasa con las acciones sindicadas? La regulación de nuestro mercado de valores guarda silencio, a diferencia del uruguayo, por ejemplo, que deja claro que no podrán ser negociadas en bolsa.

⁵⁶ Castillo Chaves, Ana Elena, *Los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 241

Ello no impide, que los socios o accionistas de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de acciones, acudan a la Superintendencia Nacional de Valores, como órgano regulador del mercado de valores venezolano, para iniciar un procedimiento administrativo, en caso de considerar supuestos que puedan generar sanciones administrativas derivadas del convenio de sindicación de acciones, conforme al Título VII del Régimen Sancionatorio del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores; no obstante, algunas legislaciones como la de la República de Colombia, si prevé expresamente para las Sociedades por Acciones Simplificadas en el artículo 24 párrafo 2 de la Ley 1258 de 2008 Por la Cual se Crea la Sociedad Por Acciones Simplificada, la posibilidad a los accionistas de promover un proceso verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades para la ejecución específica de los acuerdos de accionistas.

Artículo 92. De las vacantes en las Juntas Directivas: Los miembros de la junta directiva que no hubieren sido designados por los accionistas minoritarios en ejercicio de sus derechos señalados en este capítulo, o por los accionistas que por disposiciones estatutarias tuvieren derechos especiales para la designación de uno o más miembros de la junta directiva, serán electos por el resto de los accionistas en la asamblea respectiva.

En caso de vacantes absolutas de los administradores nombrados por un accionista o grupo de accionistas minoritarios, la elección de las personas que hayan de terminar el período corresponderá a la asamblea de accionistas.

Esta disposición no se aplicará en caso de vacante absoluta de la totalidad de los administradores o nombramiento de la totalidad de los integrantes de la junta directiva, lo cual deberá ser decidido en una asamblea extraordinaria de accionistas convocada a tal efecto.

Este artículo refiere el supuesto en que los miembros de los “Administradores y/o Junta Directiva” no fueran nombrados por los socios o accionistas minoritarios; o por los que tengan derechos especiales para la designación de éstos, entonces serán el resto quienes harán la elección; pero si quedan vacantes absolutas, la elección de los que terminarán el período corresponderá a la “Asamblea”. En cambio, si la vacante absoluta es sobre todos los “Administradores y/o Junta Directiva”, se decidirá sobre su nombramiento en una “Asamblea” extraordinaria convocada a tal efecto.

4. Oponibilidad y Ejecución

El *enforcement* del convenio de sindicación de acciones, ha sido desde sus inicios fuente de debate, pero actualmente la doctrina mayoritaria le es afín, del mismo modo que las legislaciones internacionales discurren, desde los que abogan por su licitud y oponibilidad *erga omnes* (República Federativa de Brasil, artículo 118 de la Ley N° 6.404 sobre Sociedades Anónimas del 15 de diciembre de 1976; República Oriental de

Uruguay, artículo 331 de la Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales; Estados Unidos de América, artículo 7.32 de la *Model Business Corporation Act* y título 8 artículo 354 de la *Delaware General Corporation Law*); los que consideran que surten efectos entre los socios o accionistas sindicados en la esfera contractual y de la sociedad (República de Colombia, artículo 70 de la Ley 222 de 1995 Por la Cual se Modifica el Libro II del Código de Comercio, se Expide un Nuevo Régimen de Procesos Concursales y se Dictan Otras Disposiciones; y sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, artículo 24 de la Ley 1258 de 2008; República de Ecuador, en el artículo 191 de la Ley de Compañías y sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas artículo 35 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas); los que vedan a los convenios cuando contradicen la escritura constitutiva y/o estatutaria (República de Perú, artículo 8 de la Ley General de Sociedades N° 26887); hasta los que niegan completamente los efectos y oponibilidad de éstos a menos que los obligue la sentencia proferida por un tribunal (Estados Unidos Mexicanos, artículo 198 Ley General de Sociedades Mercantiles).

Se concuerda con la afirmación del autor patrio Morles Hernández⁵⁷ sobre la favorabilidad y valides de los convenios de sindicación de acciones, como mecanismos a través de los cuales los socios o accionistas disponen de sus derechos sociales; en un pacto parasocial que es diferente a la escritura constitutivo y/o estatutaria de la sociedad anónima.

Bajo esa perspectiva, el autor Muci-Abraham, explica que el artículo 200 del Código de Comercio en la cita “*las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes*” hace indubitable el reconocimiento a los socios o accionistas de derechos diferentes y adicionales a los consagrados por la legislación mercantil (incluyéndose pero no limitándose la del mercado de valores) siempre que no afecten los que son propios y fundamentales para otros socios o accionistas, o sean contrarios a la ley imperativa y al orden público.⁵⁸

Cuando se dice, que el convenio de sindicación de acciones no sea contrario al orden público o al interés social venezolano ¿Cuál es el alcance de este límite contractual? Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la sociedad anónima es concebida como una “*entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo y trasciende también en otras personas involucradas en el negocio como trabajadores, proveedores clientes, competidores, etc.*”⁵⁹; siguiendo la reflexión, sobre la noción

⁵⁷ Morles Hernández, Alfredo, *Las Medidas de Defensa de Una Sociedad Cotizada Ante Una Oferta Pública de Adquisición (OPA) Hostil*. Ob. Cit. p. 228

⁵⁸ José Muci-Abraham, *Catálogo de los Derechos del Accionista Según la Legislación Mercantil y la de Mercado de Capitales*. Revista de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana, 14 abril-junio Caracas, 1983 pp. 78-82

⁵⁹ Sentencia N° 1420 de fecha 20 de julio de 2006. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

de interés social es “*aquella actividad económica que rebasa el sólo interés lucrativo de los socios*”; y completando, sobre el orden público, este último entendido como “... *todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada...*”⁶⁰ en concordancia con el artículo 6 del Código Civil; todos los cuales, no pueden invocarse deliberadamente en ausencia de una norma o imposibilidad de determinarse la imperatividad de ésta.

No corresponde declararse *a priori* según Certad⁶¹ la invalidez formal de algún convenio de sindicación de acciones, porque el orden público esté sobre el interés privado, sino más bien, propender que los socios o accionistas con éstos, no echen abajo los principios del derecho mercantil, y en especial, las normas que tipifican la estructura y funcionamiento de la sociedad anónima, que el ordenamiento jurídico considera fundamentales o esenciales preservar para tutelar los derechos de los terceros y de la colectividad; en buena cuenta, cuando sean objeto de análisis: (i) que el juez no sustituya al legislador prohibiendo lo que no está; (ii) que si la escritura constitutivo y/o estatutaria prescinde de preceptos esenciales o principios constitucionales, se debe considerar la validez del convenio si convergen; (iii) y que debe permitirse a las partes en la esfera privada en ejercicio de su libertad, pactar lo no prohibido por ley.

Celebrado el convenio de sindicación de acciones ¿En qué medida le son aplicables los límites que derivan del tipo configurador de la sociedad anónima? La respuesta está en la encrucijada de tres posiciones doctrinarias como: Paz-Ares⁶² que ampara únicamente el acatamiento de disposiciones del derecho de obligaciones y contratos, que propicien cambios en el tipo social; Broseta Pont⁶³ que defiende la imperatividad de la sociedad anónima; y más ecléctico Vaquerizo⁶⁴ que sostiene la viabilidad de los convenios cuando no desvíen de forma intolerable las normas imperativas y configuradoras del tipo social, lo cual, deberá ser analizado en cada caso concreto.

⁶⁰ Sentencia N° 192 de fecha 31 de mayo de 2010. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Yris Armenia Peña Espinoza. Expediente N° 2009-432.

⁶¹ Certad M, Gastón, *Derecho Societario y Normas de Orden Público*. Ob. Cit., pp. 83-85

⁶² Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 21

⁶³ Manuel Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, 11^a edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Volumen I, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 268-269 citado por Joe Navarrete, *Las Normas Imperativas en el Derecho de Sociedades Anónimas*. Revista Actualidad Mercantil N° 6 Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019, p. 243.

⁶⁴ Alberto Vaquerizo Alonso, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Editores Thomson Reuters-Civitas. Madrid. 2011, p. 402 citado por Pérez Ramos, Carlos, *Problemas que Plantean los Pactos Parasociales*. Loc. Cit.

4.1. Entre las partes del convenio

Una de las cuestiones planteadas sobre los convenios de sindicación de acciones suscritos por los socios o accionistas de la sociedad anónima; es la aplicación a éstos (conforme al artículo 1.140 del Código Civil) de todo lo referente a la materia de contratos y demás disposiciones de derechos común, las cuales, de acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano, se explican de la forma siguiente:

Primero: La aplicación del principio de relatividad, previsto en el artículo 1.159 del Código Civil, que establece el cumplimiento obligatorio de las partes del contrato, del mismo modo que su revocatoria por mutuo consentimiento o causas autorizadas por la ley.

Además del principio de oponibilidad contenido en el artículo 1.166 ejusdem, según el cual, los convenios de sindicación de acciones surten efectos entre las partes y no dañan o aprovechan a terceros, quienes no deben entenderse sólo como la propia sociedad (a menos que decida ser parte del convenio) sino los que se relacionan con todos ellos como los acreedores comunes o quirografarios y los privilegiados; al igual que los causahabientes cuya regulación se encuentra en el artículo 1.163 ejusdem, y el planteamiento de la autora Domínguez Guillén⁶⁵ de que solo le son transmisibles al heredero las obligaciones de contenido pecuniario o patrimonial, pero no aquellas que sean personalísimas extinguidas por el acaecimiento de la muerte; por lo que deberá decantarse con base a este criterio y disposiciones del Código Civil sobre las sucesiones, de cuáles obligaciones se trata el convenio a fin de determinar si le son exigibles o no al heredero del socio o accionista sindicado fallecido.

Y como facilita Mascheroni⁶⁶ no son parte los que no lo suscribieron, y en cambio lo son aquellos que el propio convenio así lo establezca.

Segundo: La aplicación del artículo 1.160 ejusdem, sobre la ejecución de buena fe a la que están obligados los socios o accionistas que suscriben el convenio de sindicación de acciones, y las consecuencias que conlleva. Lo que trae a relucir las acciones de las cuales disponen en el caso del incumplimiento del convenio, que son:

1. Aclárese, sobre la excepción de contrato no cumplido, o *non adimpleti contractus*; que una vez precisada la naturaleza jurídica del convenio de sindicación de acciones, como aquel contrato asociativo con prestaciones plurilaterales autónomas, por no ser bilateral, es decir, que los socios o accionistas sindicados no se obligan

⁶⁵ María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio*. 2º Edición Revisada y Aumentada. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2019., pp. 130-132.

⁶⁶ Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Loc. Cit. citado por Carlos R Caamaño, *Sindicación de Acciones*. Ob. Cit., p. 22

recíprocamente, no es posible la aplicación del artículo 1.168 ejusdem, que posibilita a una de las partes a negarse a ejecutar su obligación en caso que el otro no ejecute la suya⁶⁷. Así Martorell⁶⁸ expresa que cada socio o accionista sindicado se compromete individualmente frente a los demás sin liberarse de su obligación, por el eventual incumplimiento de todos o algunos de éstos.

2. Prosiguiéndose, el artículo 1.264 ejusdem, sobre el cumplimiento de las obligaciones exactamente como fueron contraídas, invoca que los socios o accionistas del convenio de sindicación de acciones, deben voluntariamente, ejecutar o abstenerse de las conductas por las cuales se han compelido en el modo exacto acordado, y no otro diferente como dice Casas Rincón⁶⁹. Lo pretendido por los socios o accionistas que suscriben el referido convenio, es el cumplimiento normal y voluntario de cada uno; no obstante, de haber un incumplimiento por parte de alguno de ellos, los demás escogerán por demandar la ejecución forzosa *in natura*, que podrá decretar el juez competente, de acuerdo al artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando no se trate de obligaciones que no tengan posibilidad de cumplirse en forma natural; determinante; no puedan retrotraerse o destruirse; sean *intuitu personae* o infungibles; y ejecutarse en un tiempo preciso o término esencial, tal como lo indica la autora Domínguez Guillén⁷⁰.

El autor Paz-Ares⁷¹ sobre ejecución forzosa de los pactos parasociales plantea que en aquellos que son de relación (que versan sobre acuerdos internos entre los accionistas) o de atribución (que traen beneficios a la sociedad) no se presentan inconvenientes para constreñir a la parte incumplida la ejecución *in natura*; a diferencia de los de organización como el convenio de sindicación de acciones que es fuente de debate, toda vez que algunos parten de que no se debe compeler a través de la ejecución forzosa *in natura*, al socio o accionista sindicado incumplido sobre el voto por ser personal, o que esa declaración unilateral dada por él, se sustituya por una sentencia, que además cuando sea proferida ya fue celebrada la “Asamblea”; y otros asienten, en que dada la validez del convenio de sindicación de acciones sobre el sentido del voto (mientras no sea abusivo o ilegal) puede solicitarse su ejecución específica por vía judicial.

⁶⁷ Sentencia N° 615 de fecha 27 de septiembre de 2012 citada en Sentencia N° 487 de fecha 6 de agosto de 2015. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Yris Armenia Peña Espinosa. Expediente N° 2015-000061 citada por María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2017. pp. 591-592

⁶⁸ Ernesto Eduardo Martorell, *Tratado de los Contratos de Empresa*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1997 p. 158 citado por Caamaño, Carlos R, *Sindicación de Acciones*. Ob. Cit. p. 15.

⁶⁹ César Casas Rincón, *Obligaciones Civiles (Elementos)*. Caracas. C.A Artes Gráficas SCRA. Tomo II. 1946, p. 417 citado por Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., p. 148

⁷⁰ Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 154-155

⁷¹ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de Los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., pp. 23-27

3. De tal suerte, parafraseándose nuevamente a Domínguez Guillén⁷² que los socios o accionistas sindicados que vayan contra aquel incumplido (si no procede la ejecución forzosa específica o deciden poner en marcha la ejecución en equivalente) pueden exigir el resarcimiento del daño patrimonial causado por la contravención a lo pactado, es decir, los daños y perjuicios a los que se refiere el *in fine* del artículo 1.264 en concordancia con los artículos 1.271 a 1.277 del Código Civil. Se trata de compeler a los socios o accionistas que suscribieron e incumplieron el convenio de sindicación de acciones, a reparar los daños y perjuicios causados a los demás suscriptores de éste, o en algunos casos a la sociedad si es parte. No obstante, debido a la necesaria prueba del nexo causal entre la obligación, el incumplimiento y el daño, en la práctica puede hacerse cuesta arriba, demostrar y cuantificar el perjuicio producido⁷³; e ineludiblemente, que no se esté en presencia de una causa extraña no imputable que haga imposible el cumplimiento del convenio, tratándose entonces de un eximente de responsabilidad como el hecho del príncipe o de un tercero, el caso fortuito o fuerza mayor.

4. Luego, también es razonable que algunos socios o accionistas del convenio, la sociedad anónima, e inclusive, algún tercero, soliciten por la vía de la acción o excepción ante el juez competente su nulidad absoluta (arguyendo un objeto o causa ilícita, así como, la transgresión de alguna norma imperativa del orden público); o relativa cuando es susceptible de confirmación la obligación (alegando un vicio de consentimiento o capacidad de las partes) dados los artículos 1.346, 1.351 y 1.352 del Código Civil. En el *quid* de este punto, también pueden las partes del convenio, acordar su resolución por mutuo consentimiento, que no es más que su culminación o extinción según el artículo 1.159 ejusdem, referido anteriormente en el contexto expuesto por la autora Domínguez Guillén⁷⁴.

Tercero: La inclusión *ex ante*, de algunas cláusulas para asegurar el cumplimiento de lo pactado y la reparación, en caso de contravención, atendiendo al artículo 1.276 del Código Civil; como es el supuesto de la llamada cláusula penal, que consiste en la estimación de un monto indemnizatorio, por la responsabilidad patrimonial que debe la parte incumplida en caso de inexecución o retardo de la obligación según los artículos 1.257 a 1.262 Ejusdem; sajando con esto la dificultad de estimación de daños y perjuicios, referida en párrafos anteriores⁷⁵. Y adicionalmente, están las arras o monto

⁷² Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 160-163

⁷³ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p.21

⁷⁴ Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 563-581

⁷⁵ Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 296-301 y Enrique Urdaneta Fontiveros, *La Cláusula Penal en el Código Civil Venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudio 99. Caracas. 2011, pp. 77-110

indemnizatorio, que en calidad de garantía entregan las partes ante un eventual arrepentimiento, disolución, desistimiento o separación unilateral de la obligación contraída en el convenio⁷⁶ en razón del artículo 1.263 Ejusdem.

Otras cláusulas, que en decir de Gutiérrez Camacho⁷⁷ suelen incluirse en el convenio de sindicación de acciones, son las relacionadas a: (i) las que identifican, especifican o individualizan las acciones que son sindicadas, pues el socio o accionista puede no incluir a todas aquellas de las que es titular; (ii) las que establecen si el convenio va surtir para una “Asamblea” específica o también subsecuentes; (iii) las que establecen en lo interno del convenio, la manera como serán tomadas las decisiones por los socios o accionistas sindicados, es decir, por mayoría o unanimidad; (iv) las que establecen si el voto por parte de los socios o accionistas sindicados va ser ejercido directamente, o a través de un representante individual o común a todos ellos; (v) las facultades de ese representante, mandatario o síndico del convenio; (vi) las disposiciones que limiten la libre transmisibilidad de las acciones que son afectadas al convenio por parte de los socios o accionistas sindicados; (vi) las que imponen obligaciones de hacer o no hacer a los socios o accionistas sindicados; entre otras, que complementa el autor Favier Dubois⁷⁸ como la de no competencia con la sociedad; régimen de aumento de capital y repartición de dividendos o utilidades; resolución de controversias y arbitraje; etc.

Cuarto: Con relación a las medidas cautelares previstas en el artículo 588 de nuestro Código de Procedimiento Civil (embargo de bienes muebles, secuestro de bienes determinados, prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles u otras), que pueda decretar un Tribunal, ante un proceso judicial, por la litis de un convenio de sindicación de acciones, cuando según el artículo 585 ejusdem, sea probado el *periculum in mora* o riesgo de inejecución de la sentencia, o *fumus boni iuris* o prueba irrefutable del derecho reclamado; hay silencio en el ordenamiento jurídico venezolano; sin embargo, la autora argentina Yantorno⁷⁹ plantea que debe tomarse en consideración lo siguiente: 1. No afectar los derechos de aquellos que no suscribieron el convenio; 2. Ceñirse a los límites de orden público e interés social no afectando con las medidas la

⁷⁶ Gutiérrez Camacho, Wálter, *Los Contratos Parasocietarios. Con Especial Referencia al Contrato de Sindicación de Acciones*. Ob. Cit. p 99

Eduardo M Favier Dubois (h.), *Sindicación de Acciones y Convenios Privados entre los Socios. Valor Legal y Necesaria Implementación*. Errepar, DSE, N° 304, Tomo XXV, Marzo 2013. pp. 16-17 y Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 301-303

⁷⁷ Gutiérrez Camacho, Wálter, *Los Contratos Parasocietarios. Con Especial Referencia al Contrato de Sindicación de Acciones*. Ob. Cit. p. 99

⁷⁸ Eduardo M Favier Dubois (h.), *Sindicación de Acciones y Convenios Privados entre los Socios. Valor Legal y Necesaria Implementación*., Ob. Cit. pp. 16-17

⁷⁹ María Emilia Yantorno, *Sobre la Posibilidad de Interponer Medidas Cautelares Como Garantía de Cumplimiento del Acuerdo Parasocial Vinculada a la Relación con el Contrato Social*. Revista Jurídica Online Argentina Tu Espacio Jurídico. Publicado el 22 de Octubre de 2015.

estructura y normal funcionamiento de la sociedad; 3. Reflexionar en cada caso concreto, sobre si la sociedad según el artículo 1.166 del Código Civil es un tercero a quien no le es oponible no daña o aprovecha el convenio ¿ Está obligada a acatar y asentar en el libro de accionistas las medidas cautelares con ocasión al convenio? ¿Si son decretadas estas medidas cautelares no se está prejuzgando de antemano sobre la oponibilidad del convenio a la sociedad?; 4. El destino de las medidas cautelares dependerá del reconocimiento legal que se de al convenio, pues a modo de ejemplo, la República del Perú en el artículo 110 de la Ley General de Sociedades N° 26887 se regulan las medidas cautelares sobre las acciones.

Para completar, en armonía con la respuesta dada por el autor Yannuzzi Rodríguez⁸⁰ a la pregunta de ¿Quién ejerce el voto en la “Asamblea” de acciones embargadas preventivamente? corresponde al propietario embargado como socio o accionista titular de las acciones, pues el embargo no afecta su titularidad, sólo su libre disposición, siguiéndose la misma dirección que fija el artículo 205 del Código de Comercio venezolano. Quedando por advertirse, que la escritura constitutiva y/o estatutaria, tenga o no alguna restricción al derecho de votar, a aquellos socios o accionistas sujetos a medidas de embargos, declaratorias de atraso o de quiebra, etc.

4.2. Con la sociedad anónima y otros terceros

Conforme a lo establecido en el artículo 206 del Código de Comercio, sobre los terceros que se asocian con los socios o accionistas de la sociedad anónima, no tienen relación jurídica con ésta, cuando se trate de participar en las utilidades y pérdidas, al igual que los cesionarios de los derechos de éstos. Pero en los pactos de atribución se pueden otorgar ventajas o beneficios a la propia sociedad; y concatenado al artículo 1.164 del Código Civil venezolano que consagra la figura jurídica de la estipulación a favor de terceros como excepción al principio de relatividad de los contratos, se desprenden como supuestos, por una parte, la existencia de un interés material, en este caso económico o patrimonial, que deviene de la condición de socio o accionista de la sociedad anónima *per se*, que son quienes suscriben el pacto; y por otra parte, la aceptación, en este caso, de la sociedad anónima que funge como tercero, a cuyo favor se acuerda tal ventaja o beneficio⁸¹.

Se trata de aquellos casos que buscan favorecer a la sociedad anónima, y pueden algunos o todos los socios o accionistas pactar: el abstenerse de competir; realizar aportes a capital social; suscribir aumentos de capital; u otorgar créditos o préstamos

⁸⁰ Salvador R Yannuzzi Rodríguez, *Embargada Preventivamente Una Acción de una Sociedad Anónima, ¿Quién Tiene el Derecho a Voto en las Asambleas de Accionista?* Revista en línea Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

⁸¹ Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 582-584

a la sociedad; y eventualmente, en este orden de ideas, cubrir pérdidas del ejercicio, e incluso, servir de garantes ante financiamientos u obligaciones adquiridas por ella, en pro del sostenimiento o crecimiento del negocio común⁸².

Otro punto, distingue Paz-Ares⁸³ es que en algunos pactos de relación, es permisible su oponibilidad frente a la sociedad cuando verbigracia: los socios o accionistas concierten que uno de ellos, específicamente, contribuya con un aporte especial a ésta, y en consecuencia, los demás le cedan anticipadamente sus derechos de créditos sobre parte de sus utilidades o dividendos como compensación, quedando la sociedad notificada de esto, llegada la oportunidad de su repartición, siendo factible dicha cesión de crédito, conforme a los artículos 1.549 a 1.555 de nuestro Código Civil.

Continúa este autor, sobre el reparo que presentan los pactos de organización, dentro de los cuales, está el convenio de sindicación de acciones sobre su oponibilidad a la sociedad anónima, es decir, si puede un socio o accionista, sea o no parte del pacto, hacer oposición ante el juez competente de decisiones tomadas en la “Asamblea” que cumplan o contravengan al convenio, conforme al artículo 290 del Código de Comercio, porque vulnera normas imperativas de orden público y el interés social; o aplicar los convenios con primacía sobre la escritura constitutiva y/o estatutaria de la sociedad; o reclamar a ésta el cumplimiento de una obligación del convenio; o hasta de constreñirla a aceptar la legitimidad de un tercero que es parte del convenio pero no su socio o accionista⁸⁴. Y completando su postura ante el supuesto de nuevos o futuros socios o accionistas, propone incluir en la escritura constitutiva y/o estatutaria, una disposición en la que la adhesión a éstos convenios sea condición necesaria para la adquisición de acciones en la sociedad.⁸⁵

Sobre las excepciones al rompimiento de la inoponibilidad del convenio a la sociedad, conviene traer a colación algunos supuestos españoles planteados por el autor Paz-Ares⁸⁶ así: 1. El caso del levantamiento del velo corporativo; 2. Ficción de junta general en nuestro caso “Asamblea” si es celebrada por todos los socios o accionistas y miembros de “Administradores y/o Junta Directiva” a través de un convenio; 3. Abuso de derecho y 4. Contratos omnilaterales o convenios suscritos por todos los socios o accionistas de la sociedad, por verificarse una coincidencia subjetiva en las partes de ambos.

⁸² Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 20

⁸³ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 32

⁸⁴ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Loc. Cit.

⁸⁵ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 41

⁸⁶ Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., pp. 33-41

En sentido de esto último, la autora Sáez Lacave⁸⁷ pone en perspectiva la idea de considerar a los pactos parasociales omnilaterales, como complementarios a la escritura constitutiva y/o estatutaria de la sociedad, argumentando el carácter contractual tanto del pacto, como del acto constitutivo de ésta, y que la personalidad jurídica que nace en la sociedad puede ser objeto del levantamiento del velo corporativo cuando se verifica la coincidencia en las partes de ambos; proponiendo adoptar una posición menos formalista al prejuzgar los pactos omnilaterales, y para estrechar la distancia entre ellos, la opción de que la sociedad misma sea parte del pacto omnilateral, de modo que no le sea posible objetar su cumplimiento, y por el contrario sea vigilante de ello.

Siguiendo este orden de ideas, la autora Pérez Moriones⁸⁸ es conteste con la posición mayoritaria, que reconoce la oponibilidad de los pactos de algunos o parte los socios o accionistas entre ellos únicamente, dejándose afuera aquellos que no lo suscribieron y no son parte (socios o accionistas que no forman parte del pacto, la sociedad anónima y otros terceros); pero en el caso de los pactos omnilaterales, plantea el reconocimiento de su oponibilidad ante la sociedad que ya no es considerada un tercero (debido a la participación de todos los socios o accionistas de ésta en el pacto); y como ejemplo de lo anterior, en Reino Unido en la regulación aplicable a las compañías se reconoce su afectación y oponibilidad de los acuerdos tomados por todos los miembros, inclusive los que vinculen a aquellos de una clase de accionistas, según la Sección 29 de la *Companies Act 2006*.

Sobre los pactos omnilaterales y su oponibilidad a la sociedad, también hay posiciones contrarias, como la defendida por el autor Noboa Velasco⁸⁹ para quien el principio de relatividad contractual y de autonomía de la voluntad de la sociedad, que deviene de la separación de la personalidad jurídica de ésta de la de sus socios o accionistas que la conforman, son razones suficientes de inoponibilidad; apoyándose igualmente, en el planteamiento de Egas Peña que manifiesta su inconformidad en equiparar la voluntad de todos los socios o accionistas dada en un pacto omnilateral (suma de voluntades individuales), a las resoluciones tomadas por la sociedad durante la celebración de una “Asamblea” (voluntad social).

⁸⁷ María Isabel Sáez Lacave, *Los Pactos Parasociales de todos los Socios en Derecho Español. Una Materia en Manos de los Jueces*. Revista para el Análisis del Derecho N° 3. Barcelona, 2009.

⁸⁸ Aránzazu Pérez Morione, *La Necesaria Revisión de la Eficacia de los Pactos Parasociales Omnilaterales o de Todos los Socios*. Revista de Derecho Público Estudios de Deusto, Volumen 61, Número 2, Julio-Diciembre 2013.

⁸⁹ Paul Noboa Velasco, *Oponibilidad de los Pactos Parasociales bajo el Ordenamiento Ecuatoriano*. Mayo 2018. p. 24 y Jorge Egas Peña *El Status de Accionista. La Compañía Anónima: Análisis Sistemático de su Normativa*. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Ediciones Legales. Guayaquil. 2006., p. 113 citado por Noboa Velasco, Paul, *Oponibilidad de los Pactos Parasociales bajo el Ordenamiento Ecuatoriano*. Ob. Cit., p. 24

En nuestro ordenamiento jurídico, y mientras no se dicten nuevas disposiciones sobre esta materia, representan un obstáculo para la exigibilidad a la sociedad de dichos pactos el principio de oponibilidad de los contratos, pues la sociedad es al fin y al cabo un tercero en ese negocio jurídico, a menos que decida ser parte de éstos; en adición al artículo 289 del Código de Comercio que refiere la obligatoriedad para todos los socios o accionistas de las decisiones tomadas en la “Asamblea” convocada y constituida con arreglo a la escritura constitutiva y/o estatutaria junto a la ley; sumándose también la concepción de independencia de la voluntad de los socios o accionistas de la voluntad social de la propia sociedad anónima, con base al surgimiento de su personalidad jurídica, una vez cumplidos los requisitos previstos para su constitución⁹⁰; dejándose a salvo sobre todo lo anterior, claro está, la revisión y análisis de las particularidades de cada caso concreto, especialmente del convenio de sindicación de acciones previsto en los ya analizados artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Mercado de Valores.

Mientras tanto, quedan a modo de reflexión los cuestionamientos que hacen autores como Valle Vera, Guillén Lazo, Álvarez Cárdenas, Vivanco Valenzuela⁹¹ sobre ¿El reconocimiento o desconocimiento de un convenio de sindicación de acciones por parte de la “Asamblea” de la sociedad, la hace responsable de los eventuales daños causados y su indemnización? ¿Puede negársele el derecho de votar en la “Asamblea” al socio o accionista sindicado incumplidor del convenio? Ante esto, plantean que se incluyan disposiciones claras en el convenio respecto de su realización, oportunidad de ejecución, y las indemnizaciones, en caso de contravención; pues, no pareciera correcto que estas últimas provengan de los recursos de la propia sociedad, sobre todo si se trata de convenios no suscritos por todos los socios o accionistas, que ajenos a éstos no deberían cubrir los desvanes internos del convenio.

Recapitulando, todo lo dicho hasta ahora ¿Cuáles son los medios de defensa de que disponen los socios o accionistas ante estas circunstancias? La respuesta, advierte la mención del derecho de los socios o accionistas de separación; de ceder sus acciones; de oponerse a decisiones manifiestamente contrarias a la escritura constitutivo y/o estatutaria y a la ley, tomadas por la “Asamblea” de la sociedad; así como de la denuncia de irregularidades de parte de los “Administradores y/o Junta Directiva” y falta de vigilancia de los “Comisarios” de ésta previstas en el Código de Comercio.

⁹⁰ Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*. Ob. Cit., p. 802

⁹¹ Omar Jesús Valle Vera, Alejandra Grisel Guillén Lazo, Pedro Carlos Álvarez Cárdenas, Alexandra Vivanco Valenzuela, *Convenios de Accionistas ¿Un Cambio Necesario?* Ob. Cit. p. 40.

A renglón seguido, háganse algunas precisiones sobre el abuso de derecho, previsto en el aparte único del artículo 1.185 del Código Civil, parafraseando lo expuesto por la autora Domínguez Guillén⁹² como aquel que en el ejercicio de un derecho excede los límites de la buena fe y la finalidad de éste, cause un daño material o moral, deba repararlo conforme al artículo 1.196 ejusdem. Esto se trae a colación, porque hay legislaciones que han regulado el abuso del derecho de voto, resaltándose que el voto de los socios o accionistas en la sociedad anónima, es el objetivo principal del convenio de sindicación de acciones, en razón de lo cual, se hace necesaria la referencia a este tema silenciado por nuestro Código de Comercio.

Así, esta figura se ha incluido como vía protectora de los derechos de los socios o accionistas en la sociedad, como lo establece la República de Colombia en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 Por la Cual se Crea la Sociedad Por Acciones Simplificada, que considera abusivo el voto ejercido para causar un daño a otros socios o accionistas a la sociedad o una ventaja injustificada. Y la República Federativa de Brasil en el artículo 115 de la Ley N° 6.404 sobre Sociedades Anónimas del 15 de diciembre de 1976, que prevé expresamente la responsabilidad de los daños y perjuicios causados, además de la devolución de las ventajas obtenidas por el voto abusivo que perjudique al interés social y demás socios o accionistas; incluyendo también la abstención de votar a los administradores en la Junta General, que apruebe sus cuentas o decida sobre el informe de evaluación de los bienes aportados a capital social.

Sobre esto, de las conductas oportunistas de los socios o accionistas en la sociedad, reflexiona el autor Araya⁹³ que deben tomarse en cuenta en el análisis de cada caso concreto que se haga, sobre la procedencia o no de la oponibilidad del convenio de sindicación de acciones en la sociedad anónima. Terminando lo referente a la revisión de la oponibilidad de los convenios de sindicación de acciones a la sociedad y a los terceros, se concuerda con la propuesta que resume la autora Henao⁹⁴ de analizarse si el propósito de éstos afecta las normas imperativas de la escritura constitutiva y/o estatutaria o la ley; si es suscrito por todos los socios o accionistas o por algunos de ellos perjudicando a los que no son parte; si el convenio vulnera los derechos de terceros como los acreedores de la sociedad; y si perjudica el orden público o el interés social; es decir, si no es ilegal o fraudulento.

⁹² Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Ob. Cit., pp. 681-689

⁹³ Tomás M Araya, *Acuerdos de Accionistas. La Libertad de Contenido, Oponibilidad e Incumplimiento*. Revista Argentina Jurídica La Ley, N° 2008 D, citado por Yantorno, María Emilia, *Sobre la Posibilidad de Interponer Medidas Cautelares Como Garantía de Cumplimiento del Acuerdo Parasocial Vinculada a la Relación con el Contrato Social*. Loc. Cit.

⁹⁴ Henao, Lina, *Los Pactos Parasociales*. Ob. Cit., p. 194

Para finalizar, nuestras disposiciones legales en materia de arbitraje, hacen permisible que los socios o accionistas de la sociedad anónima que suscriban un convenio de sindicación de acciones, sometan las controversias que puedan surgir en éste, en vez, de acudir a los órganos jurisdiccionales, a dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos; a pesar de no haber disposiciones que lo establezcan expresamente, como si ocurre en la República Federativa de Brasil, que en la Ley N° 6404 del 15 de diciembre de 1976 por la que se regulan las sociedades anónimas, que en el artículo 109 numeral 3 prevé que en los estatutos de la sociedad se podrá establecer el arbitraje en caso de desacuerdos entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, así como con la sociedad.

Lo más importante en el caso de acudir a este medio, es que las controversias sean susceptibles de transacción; que el acuerdo de arbitraje conste por escrito en forma independiente o una cláusula incluida en el contrato, revelando que forma parte éste donde se refleje el negocio jurídico; además de las especificaciones necesarias para evitar cualquier imprecisión; y cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial y reglamento del centro de arbitraje seleccionado, como bien apunta Badell Madrid⁹⁵, además de la referencia obligatoria a las consideraciones dadas por el autor Castagnino⁹⁶ sobre el arbitraje societario en Venezuela.

CONCLUSIONES

La legislación sobre sociedades anónimas de nuestro país, no regula a los pactos parasociales y sus variantes, entre las cuales se encuentra al convenio de sindicaciones, entendido en sentido amplio, y no el tipo específico, previsto en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Mercado de Valores. Como bien reflexiona Murray⁹⁷ queda la materia en manos de los jueces, revisar cada caso particular con base a las normas societarias y contractuales disponibles en el ordenamiento jurídico venezolano, hasta que eventualmente, haya un reconocimiento y regulación que amerita esta figura jurídica con urgencia, como propone Cuberos de las Casas⁹⁸ de establecer reglas para su validez y

⁹⁵ Álvaro Badell Madrid, *Pasado, Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en Venezuela*. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. N° 1. 2020. pp. 25-35

⁹⁶ Diego Thomas Castagnino, *Arbitraje Societario: Aprendizajes Del Derecho Comparado y Formulación de Propuestas para su Aplicación en el Foro Venezolano*. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, Nro. 2, 2021. Asociación Venezolana de Arbitraje. pp-35-67; *El Acuerdo de Arbitraje Societario*. Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación, Nro. 1, 2022. Centro de arbitraje de la cámara de Caracas. y *Propuesta de Reglas Procedimentales para la Tramitación del Arbitraje Societario en Venezuela*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 8, 2022. pp. 75-88.

⁹⁷ Miguel V Murray, *Sindicación de Acciones*. En: Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Universidad Católica Argentina. Año 7 Nro. 30, p. 33

⁹⁸ Felipe Cuberos de Las Casas, *Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012, p. 113

oponibilidad, que sean más específicas, y que no se refieran simplemente a contrariar la escritura constitutivo y/o estatutaria; el interés de la sociedad; la ley; el orden público y las buenas costumbres.

En el punto y final, es de ley citar al gran autor Garrigues, que reflexiona diciendo que “*una sociedad anónima no es la obra de una mayoría inatacable y arbitraria, sino la obra de unos pocos hombres capaces, tenaces, decididos, trabajadores y entusiasmados con su empresa (...) esta estabilidad y esta fortaleza son las que se pueden recibir por el cauce de los sindicatos...*”⁹⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Amorín Pisa, Marcelo, *Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales*. Revista de Derecho, Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. República Oriental de Uruguay. Año III 2004 N° 6.
- Anaya, Jaime Luis, *Las Convenciones de Accionistas en el Derecho Argentino*. Revista Universitas N° 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Diciembre, 1998
- Araya, Tomás M, *Acuerdos de Accionistas. La Libertad de Contenido, Oponibilidad e Incumplimiento*. Revista Argentina Jurídica La Ley, N° 2008 D
- Ascarelli, Tullio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*. Editar S.A Editores, Buenos Aires, 1947
- Badell Madrid, Álvaro, *Pasado, Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en Venezuela*. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. N° 1. 2020.
- Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 11^a Edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Volumen I, Madrid: Tecnos, 2002.
- Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*. Volumen I, Trigésima Edición, Editorial Tecnos. Madrid. 2023
- Casas Rincón, César, *Obligaciones Civiles (Elementos)*. Caracas. C.A Artes Gráficas SCRA. Tomo II. 1946.
- Castagnino, Diego Thómas, *Arbitraje Societario: Aprendizajes Del Derecho Comparado y Formulación de Propuestas para su Aplicación en el Foro Venezolano*. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, Nro. 2, 2021. Asociación Venezolana de Arbitraje.
- _____, *El Acuerdo de Arbitraje Societario*. Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación, Nro. 1, 2022. Centro de arbitraje de la cámara de Caracas.

⁹⁹ Garrigues Diaz Cañabate, Joaquín, Sindicatos de Accionistas. Ob. Cit., p. 82

- _____, *Propuesta de Reglas Procedimentales para la Tramitación del Arbitraje Societario en Venezuela*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 8, 2022.
- Castillo Chaves, Ana Elena, *Los Pactos Parasociales*. Revista Judicial, N° 98, Costa Rica, Diciembre, 2010.
- Certad M, Gastón, *Derecho Societario y Normas de Orden Público*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 septiembre-diciembre, 2008, Universidad de Costa Rica.
- Cristiá, José María, *Sindicación de Acciones*. Universidad Nacional del Rosario. 1975.
- Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario. Julio, 26 de 1982.
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinario. Septiembre, 18 de 1990.
- Conde Granados, Jorge L, *Alcances y Operatividad de los Convenios de Accionistas en las Sociedades Anónimas*. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú Foro Jurídico, N°13, 2014.
- Cuberos De Las Casas, Felipe, *Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012.
- Decreto N° 2.176. Presidencia de la República. Diciembre, 30 de 2015. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 (Extraordinario) Diciembre, 30 de 2015.
- Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2017.
- _____, *Manual de Derecho Sucesorio*. 2° Edición Revisada y Aumentada. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2019.
- Egas Peña, Jorge, *El Status de Accionista. La Compañía Anónima: Análisis Sistemático de su Normativa*. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Ediciones Legales. Guayaquil. 2006.
- Escuti, Ignacio, *De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 2006
- Fares, Félix Santiago, *La Sindicación de Acciones*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963
- Favier Dubois, Eduardo M (h.) *Sindicación de Acciones y Convenios Privados Entre los Socios. Valor Legal y Necesaria Implementación*. Errepar, DSE, N° 304, Tomo XXV, Marzo 2013.
- Galeote Muñoz, María del Pilar, *Los Sindicatos de Voto su Tratamiento Comparado*. Revista de Derecho Bancario y de mercado de Capitales. Derecho Societario y Empresarial. Volumen 72. Abril-Junio 2016.
- Garrigues Diaz Cañabate, Joaquín, *Sindicatos de Accionistas*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo IX. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1957
- Garrigues, Joaquín y Uria, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas Revisada, Corregida y Puesta al Día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia*. Tercera Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.

- Gutierrez Camacho, Wálter, *Los Contratos Parasocietarios. Con Especial Referencia al Contrato de Sindicación de Acciones*. Revista de la Facultad de Derecho IUS et P R A - XIS de la Universidad de Lima. N° 31. 2000.
- _____, *El Contrato de Sindicación de Acciones*. Diario Gestión. Lima. Abril, 23 de 1998.
- Henao, Lina, *Los Pactos Parasociales*. Revista de Derecho Privado N° 25 julio-diciembre. Universidad Externado de Colombia, 2013.
- León Sanz, Francisco José, *La Reforma de la Regulación de OPAs y el Régimen de los Pactos Parasociales de las Sociedades Cotizadas*. Revista Noticia de la Unión Europea N° 285. Octubre. 2008.
- Mambrilla Rivera, Vicente, *Caracterización Jurídica de los Convenios de Voto Entre Accionistas*. Revista de Derecho Mercantil. N° 181-182. Julio-Diciembre 1986. Madrid.
- Maradiaga, Jorge Roberto, *La Sindicación de Acciones*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981
- Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los Contratos de Empresa*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1997
- Mascheroni, Fernando H, *La Sindicación de Acciones*. Editorial Cangallo. Buenos Aires, 1968
- Mazzetti, Ángel Mauricio, *Negocios Parasocietarios, Los Denominados Contratos Parasocietarios*, Ad-Hoc, 1994.
- Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Las sociedades Mercantiles*. 5ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002
- _____, *Las Medidas de Defensa de Una Sociedad Cotizada Ante Una Oferta Pública de Adquisición (OPA) Hostil*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 122, Edición Homenaje a Leopoldo Borjas Hernández. Caracas, 2001
- _____, *El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima*. Universidad Valle del Mombuy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Centro de Estudios Jurídicos Cristóbal Mendoza. Publicaciones UVM, 4 enero-diciembre, Valera. 2005
- Muci-Abraham, José, *Catálogo de los Derechos del Accionista Según la Legislación Mercantil y la de Mercado de Capitales*. Revista de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana, 14 abril-junio Caracas, 1983.
- Murray, Miguel V, *Sindicación de Acciones*. Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Universidad Católica Argentina. Año 7 N° 30.
- Navarrete, Joe, *Las Normas Imperativas en el Derecho de Sociedades Anónimas*. Revista Actualidad Mercantil N° 6 Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019.
- Noboa Velasco, Paul, *Oponibilidad de los Pactos Parasociales bajo el Ordenamiento Ecuatoriano*. Mayo 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182072
- Oppo, Giorgio, *Contratti Parasociali*. Francesco Vallardi y Milano. 1942

- Otis Rodner, James, *Normas Obligatorias en el Derecho de Sociedades Venezolano. Los Pactos entre Accionistas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín N° 139. Volumen 69. Caracas. 2002.
- Paz-Ares, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*. Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez N° 5, Madrid, 2003.
- Pedrol, Antonio, *La Sindicación de Acciones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- _____, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia Dialnet. Número 227, Fascículo: 1-2 Julio-Agosto. Madrid. 1969
- Pérez Morione, Aránzazu, *La Necesaria Revisión de la Eficacia de los Pactos Parasociales Omnilaterales o de Todos los Socios*. Revista de Derecho Público Estudios de Deusto, Volumen 61, Número 2, Julio-Diciembre 2013.
- Pérez Ramos, Carlos, *Problemas que Plantean los Pactos Parasociales*. Actum Mercantil & Contable. N° 20. Julio-septiembre, 2012.
- Ramos Padilla, César Eusebio, *Derechos Corporativos Individuales del Accionista y el Financiamiento del Objeto Social de la Sociedad Anónima*. Tesis no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2003.
- Resolución N° 82-2004. Comisión Nacional de Valores, junio 9 de 2004, Informe Anual de 2004.
- Rivas Ansalas, Marithza, *Incumplimiento de los Convenios de Sindicación de Acciones*. Ponencia a la Jornada Notarial Uruguaya 42. Noviembre 2011.
- Robleto Arana, Christian Alberto, *La Sindicación de Acciones*. Disponible en: <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1488/1294>.
- Santamaría M, Francisco J, *A Propósito de la Noción de los Sindicatos de Accionistas*. Estudio Homenaje a Jorge Barrera Graf. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáez Lacave, María Isabel, *Los Pactos Parasociales de todos los Socios en Derecho Español. Una Materia en Manos de los Jueces*. INDRET. En: Revista para el Análisis del Derecho N° 3. Barcelona, 2009.
- _____, *Blindajes, Control Minoritario y la Regla Una Acción-Un Voto*. INDRET. Revista para el Análisis del Derecho N° 1. Barcelona, 2011.
- Sentencia N° 1422 del 30 de junio de 2005. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Magistrado Ponente Arcadio Delgado Rosales. Recurso de Nulidad de Hugo Nemirovsky.
- Sentencia N° 1420 de fecha 20 de julio de 2006. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- Sentencia N° 192 de fecha 31 de mayo de 2010. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Yris Armenia Peña Espinoza. Expediente N° 2 0 0 9 - 432.
- Sentencia N° 487 de fecha 6 de agosto de 2015. Tribunal Supremo De Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Yris Armenia Peña Espinosa. Expediente N° 2 0 1 5 - 000061.

-
- Sentencia N° 00171 del 15 de marzo de 2017. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Magistrada Ponente María Carolina Ameliach Villarroel. Expediente N° 2013-0820.
- Sentencia N° 318 del 9 de septiembre de 2022. Tribunal Supremo De Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Henry José Timaure Tapia. Expediente N° 2017-000282.
- Urdaneta Fontiveros, Enrique, *La Cláusula Penal en el Código Civil Venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudio 99. Caracas. 2011.
- Uria, Rodrigo; Menéndez Menéndez, Aurelio; García de Enterría Lorenzo Velázquez, Javier, *La Sociedad Anónima: La Acción en General*. Curso de Derecho Mercantil. Volumen 1. Editorial Civitas. Madrid. 2006
- Valle Vera, Omar Jesús; Guillén Lazo, Alejandra Gricel; Álvarez Cárdenas, Pedro Carlos; Vivanco Valenzuela, Alexandra, *Convenios de Accionistas ¿Un Cambio Necesario?* Revista de Actualidad Mercantil del Equipo de Derecho Mercantil N° 1. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- Vaquerizo Alonso, Alberto, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Editores Thomson Reuters-Civitas. Madrid. 2011.
- Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Guatemala: Serviprensa Centroamericana, 1978.
- Yantorno, María Emilia, *Sobre la Posibilidad de Interponer Medidas Cautelares Como Garantía de Cumplimiento del Acuerdo Parasocial Vinculada a la Relación con el Contrato Social*. Revista Jurídica Online Argentina Tu Espacio Jurídico. Publicado el 22 de Octubre de 2015.
- Yannuzzi Rodríguez, Salvador R, *Embargada Preventivamente Una Acción de una Sociedad Anónima, ¿Quién Tiene el Derecho a Voto en las Asambleas de Accionista?* Revista en línea Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

Regulación de valores en el mercado de capitales venezolano

Luis Ernesto Fidhel Gonzales*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 581-615

Resumen: El mercado bursátil es un componente de la economía capitalista se fundamenta esencialmente en el concepto de valores financieros, activos y oferta pública. El desarrollo de esta actividad tiene carácter comercial y financiero esta supervisada y controlada totalmente por el estado a través del derecho administrativo. El objeto del presente estudio es realizar una descripción de la legislación venezolana sobre los títulos de crédito en el mercado de capitales destacando las acciones y obligaciones societarias como títulos valores mobiliarios. Otros aspectos relacionados están referidos al acuerdo societario, emisión, colocación y suscripción de los valores ofertados. Destaca la estructura, organización e instituciones y principios de funcionamiento.

Palabras claves: Titulo valor, oferta publica, mercado bursátil.

Regulation of securities in the Venezuelan capital market

Abstract: *The stock market is a component of the capitalist economy is essentially based on financial values, assets and public offering. The development of this activity is of a commercial and financial nature and is fully supervised and controlled by the state by administrative law guidelines. The purpose of this study is to carry out a description of the Venezuelan legislation on credit titles in the stock market particularly the shares and corporate obligations as transferable securities. Other aspects: corporate agreement, issuance, placement and subscription of the securities offered. The structure and organization of the stock market and institutions as the principles of its operation.*

Keyword: *Key word: Title financial securities, public offer, stock market.*

Recibido: 29/05/2023
Aprobado: 27/06/2023

* 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 de Fiscales del Ministerio Público (en curso)- Libre ejercicio de la profesión, abogado litigante, productor audiovisual de noticias internacionales- Correo: lefg1968@gmail.com.

Regulación de valores en el mercado de capitales venezolano

Luis Ernesto Fidhel Gonzales*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 581-615

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Mercado de capitales. 2. Financiamiento societario. 3. Títulos valores. 4. Operación de crédito. 5. Título. 6. Macro título. 7. Custodia de valores. 8. Caja de valores. 9. Título de crédito. 10. Desmaterialización de títulos valores. 11. Titularización de activos. 12. Acciones. 13. Obligaciones. 14. Constitución de obligaciones. 16. Papeles comerciales. 17. Derivados. 18. Pagare bursátil. 19. Títulos de participación.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un acercamiento sobre la regulación del mercado de valores como una de las formas de financiamiento societario en base a su concepto primario o inicial sobre título valor –particularmente las acciones y obligaciones– objeto de oferta pública.

De manera sintética las operaciones del mercado de capitales en relación a los títulos valor, desde su inicio hasta su finalización, destacan en cuatro etapas: acuerdo societario, emisión, colocación y suscripción; implica el desembolso y registro en cuenta para su posterior redención o pago del beneficio esperado por el inversionista.

Estas etapas en principio tienen carácter abierto al público: se encuentra bajo el escrutinio de la información que brinda el emisor sobre su estado o condición patrimonial a los potenciales inversores bajo el principio de transparencia que debe velar la autoridad administrativa; siendo el principal medio de difusión el correspondiente prospecto complementado con los dictámenes o calificaciones de riesgo. El título valor desde la perspectiva tradicional de su confección como documento debiese contener información que permita identificarla e individualizarla como parte de una emisión.

* 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 de Fiscales del Ministerio Público (en curso)- Libre ejercicio de la profesión, abogado litigante, productor audiovisual de noticias internacionales- Correo: lefg1968@gmail.com.

La desmaterialización de los títulos valores por los medios electrónicos o informáticos, permite crear nuevas perspectivas jurídicas sobre su comercialización particularmente en referencia a transmisión, registros y custodia.

La regulación establece aspectos, si bien no están directamente ligadas a la oferta pública se encuentran previstas como es la agrupación de los obligacionistas, la información privilegiada, la oferta pública de adquisición y toma de control, acciones en tesorería, sociedades vinculadas, dominadas y dominantes.

Frente a los vacíos conceptuales que podrían generar el estudio sobre legislación y la doctrina venezolana se ha recurrido a la extranjera para solventar estas dificultades. Si bien, no es la intención de este trabajo ahondar sobre los aspectos económicos del mercado financiero, se acota que en el capitalismo moderno tienen una importancia relevante y fundamental en su funcionamiento concretado en la movilización de los títulos valores bajo los principios económicos de oferta y demanda en un mercado regulado por la autoridad de cariz público.

1. Mercado de capitales

Desde el punto de vista económico, la expresión mercado de capitales identifica a un sector del mercado de crédito o financiero donde se realiza la compra y venta de títulos valores: acciones, obligaciones y títulos de deuda a largo plazo, activos financieros de empresas y otras. Se entiende por el lugar donde se emiten y transan instrumentos financieros.

Calderón Torres lo define como el espacio donde interactúan tanto los oferentes, como demandantes de capital financiero en sus más variadas formas; además surgen intermediarios especializados, regulados y controlados. Es el conjunto de regulaciones, instituciones, prácticas e individuos que forman una infraestructura que permite a los oferentes de recursos venderlos a los demandantes de estos¹. Las ofertas de financiamiento a través del mercado de colocación de los títulos valores se realizan en los denominados mercados de capitales o valores, sean físicos o virtuales que tradicionalmente discriminado entre mercado primario y secundario.

1.1. Fines de la regulación

Morles Hernández, señala que la doctrina considera que la legislación sobre mercado de capitales debe cumplir con dos fines esenciales:

¹ P. Calderón Torres. “Mercado de capitales. Una mirada en retrospectiva”. Revista De Estudios Tributarios, N° 6 (2012), pp. 35-92.

1) Principio de eficiencia: Debe ofrecer una infraestructura jurídica que permita se cumpla de manera más eficiente las funciones atribuidas al mercado, como es una relación fluida entre los ahorradores y emitentes para que los ahorros se canalicen hacia las inversiones más productivas.

2) El principio de protección a los ahorristas: La Ley debe proporcionar al ahorrador individual un grado suficiente de protección para tener acceso a la información, para evitar engaños y abusos y hacer valer sus derechos. Este principio debe ser compatibilizado con el interés de los restantes inversionistas y con lo de la propia empresa, mediante esquemas legales que permitan la solución de inevitables conflictos de interés².

1.2. Regulación

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores³ (DRVFLMV –en adelante–). Art. 1: Objeto y ámbito de aplicación.

1.3. Contratos bursátiles o de valores

Son los contratos u operaciones, que se celebren en la bolsa de valores y tienen por objeto valores admitidos a negociación, y se liquidan por los medios que autorice la autoridad administrativa bursátil. Los contratos típicos del mercado de valores son los instrumentos jurídicos que regulan la participación de los intermediarios, de una parte; y de los emisores o inversores de otra, en la realización de los servicios de inversión y actividades complementarias⁴.

1.4. Funcionamiento del mercado de valores

1.4.1. Infraestructura de negociación

Esta referida a los foros físicos y electrónicos donde se encuentran la oferta y demanda de instrumentos financieros y se acuerdan los términos de la contratación: cantidad, precio, comprador y vendedor. Estaría referido a los valores que puedan negociarse; agentes que pueden introducir compras y ventas y cuáles son las reglas de negociación. En esta se establecen las contrataciones de compra y venta.

² Alfredo Morles Hernández. “El dictamen de los profesores Romero Uría y Aurelio Menéndez”, en El caso del Banco de Venezuela. Tomo III. Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N°8 (Caracas, editorial jurídica venezolana, 1996), 55-87

³ Presidencia de la Republica. Decreto N° 2.176 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores G.O. Extraordinario N° 6.211 del 30-12-2015.

⁴ Alberto Javier, Tapia Hermida. Derecho del Mercado de Valores. Editor José M. Bosch. Barcelona (2000),237

1.4.2. Infraestructura de post-contratación

La contratación de valores bursátiles se completa y finaliza en esta fase, donde particularmente gestionan los procesos de entrega de valores contra su pago y acreditan la titularidad de los valores a sus compradores.

1.5. Tipos de mercados de capitales

1.5.1. Mercado primario o de emisión

Es el marco donde se venden nuevos títulos al público. Es el emisor de las acciones o deuda quien recibe los ingresos y a través de ellos los inversores reciben títulos recién creados. El principal mercado primario es la venta pública inicial, que se vende las primeras acciones de una sociedad, aunque también títulos de nueva creación y emisión que se ofrecen al público. Es la primera oportunidad para que los inversionistas compren un nuevo valor. La sociedad recibe los financiamientos que fue la causa de la emisión. El precio inicial del valor del activo sea acciones u obligaciones, la fija la empresa emisora aunado al banco de inversión que realiza la colocación.

1.5.2 Mercado secundario, de negociación o reventa

Se compran y venden los valores existentes. Está dedicado a la compraventa de valores emitidos en una primera oferta pública en mercado primario u oferta privada. El mercado secundario se surte de valores existentes (usados) en lugar de emisiones nuevas. El precio del valor del activo, sea acciones u obligaciones se encuentra determinado por la oferta y demanda de estos valores en el mercado siendo este fluctuante y también volátil.

2. El financiamiento societario

El estudio de los títulos valores societarios de carácter bursátil, parte de la hipótesis de las alternativas para atender las necesidades de financiamiento acudiendo particularmente a estos mecanismos: a) Aumentar el capital social b) Acumular reservas. c) Capitalizar utilidades d) Contratación de préstamos bancarios. e) Emisión de obligaciones o colocación de un empréstito a mediano o a largo plazo acudiendo al ahorro público o realizando una operación en forma privada.

Vivante señala en el ejercicio de una sociedad de larga duración sobreviene a menudo la necesidad de grandes capitales. Para aumentar su capital propio estas sociedades pueden emitir nuevas acciones o emitir una gran masa de obligaciones⁵. Brunetti

⁵ Cesar Vivante. "Sociedad Anónima", en Derecho Mercantil. (Madrid, La España Moderna, 1913), 129-131.

ratifica que el financiamiento de las grandes empresas sociales se realiza aumentando el capital social y contratando préstamos obligacionales⁶. Joaquín Rodríguez Rodríguez precisa a través de la emisión de obligaciones se produce un aumento y refuerzo del patrimonio social por la obtención de un crédito colectivo; contrario al aumento del capital social a través de la suscripción de acciones en consecuencia acogándose nuevos socios⁷.

En resumen, se ha establecido como mecanismo societario de financiamiento la emisión de obligaciones con la finalidad de obtener liquidez a corto plazo incrementando el activo contable con la respectiva correspondencia en el pasivo. Por el contrario, al incrementar el capital la empresa se emite acciones, negociables en el mercado primario para obtener la liquidez necesaria que garanticen las inversiones que pudieran realizarse en virtud del fortalecimiento de la cuenta de capital de la empresa.

3. Títulos valores

3.1. Concepto

En una primera aproximación son documentos que tienen en común una persona que lo emite comprometiéndose a efectuar determinada prestación a quien resulte ser su legítimo tenedor. Goldschmidt identifica al título valor como aquellos documentos en que un derecho se encuentra incorporado de tal manera que es imposible ejercerlo o transferirlo independientemente del mismo. Siendo esta definición de la doctrina suiza-alemana, iniciada por Brunner se fundamenta en la incorporación desprendiéndose la vinculación de un derecho con un papel en el sentido de que aquel no puede ser transferido sin el papel. En la doctrina alemana en este sentido, el derecho consignado en el papel sigue al derecho sobre el papel. La doctrina italiana desarrollada por Vivante –considerada por Goldschmidt de demasiado amplia– comprende en este concepto los elementos de la incorporación, literalidad –el contenido del derecho incorporado se determina por lo indicado en el papel– y autonomía. El punto decisivo en que la doctrina italiana se distingue de la alemana y suiza concierne al elemento autonomía, entendida que el tercer adquirente del título adquiere el derecho incorporado libre de posibles excepciones personales que puedan existir contra los portadores anteriores al título⁸.

⁶ Antonio Brunetti. “Emisión de obligaciones”, en *Sociedades Mercantiles. Serie Clásicos del Derecho Societario*. Vol. 1 (México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001), 450-457

⁷ Joaquín Rodríguez Rodríguez. “Operaciones de intermediación en el crédito. Emisión de obligaciones”, en *Derecho Bancario*. (México, Editorial Porrúa S.A., 1964), 339-485.

⁸ Roberto Goldschmidt. “Principios generales sobre los títulos valores”, en *Curso de Derecho Mercantil*. (Caracas, Ediar Venezolana S.R.L., 1979), 163-166

Álvaro Zegarra Mulánovich señala las principales nociones sobre títulos valor son dos: Una amplia seguida por la doctrina alemana propuesta por Bruner; siendo un documento sobre un derecho privado cuyo aprovechamiento está condicionado a la posesión del documento; haciendo énfasis casi exclusivamente en la idea, principio o carácter de la incorporación como necesidad de poseer el documento para ejercitar el derecho. La estricta originada y seguida por la doctrina italiana, a partir de la definición de Vivante, según el cual es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que en éste se menciona; gravitando en realidad y en el fondo sobre la ineludible esencialidad de la idea de circulatoriedad o destino circulatorio que tales caracteres tienden a fortalecer.

Concluye Zegarra, ambas nociones resultan profundamente insatisfactorias a la larga, pues la amplia ha tendido a incluir entre los títulos valores documentos radicalmente ajenos a las auténticas funciones de la institución; la estricta deja fuera con facilidad documentos habitualmente considerados como parte irrenunciable de ese universo. Esto ha llevado a la formulación de distintas versiones de nociones semiamplias (como la propuesta de Ulmer) y semirrestringidas (como la teoría unitaria, refinamiento de su noción restrictiva elaborada por el propio Vivante), con grados de éxito variables, pero siempre solo parcial⁹.

3.2. Regulación

DRVFLMV. Art. 45. De los valores objeto de oferta pública. Art 46. Definición de valores.

4. Operación de crédito

En la práctica cuando los títulos valores son creados por las sociedades mercantiles, el propósito es financiar las necesidades de capital generados en virtud de la actividad comercial. Entendiéndose por operación de crédito el negocio jurídico que el acreedor (acreditante) transfiere un valor económico al deudor (acreditado) y éste se compromete a reintegrarlo en el plazo convenido. A la prestación presente del acreditante debe corresponder la contrapartida, prestación futura del acreditado. Los prestamos obligacionarios – como lo denomina Brunetti – pertenece a la categoría de valores mobiliarios o títulos objeto de negociación en los mercados denominados bolsas de valores¹⁰.

⁹ Álvaro Zegarra Mulánovich. “La noción de título valor”. *Revista de Derecho*. Vol. 22 Núm. 1 (2021), 83-127.

¹⁰ Brunetti. “Emisión de obligaciones”, 450-457

La sociedad que recibe dinero se obliga a abonar a los acreedores los intereses y reembolsar el capital en los plazos prescritos. En el título queda incorporada a una obligación expresamente ligada la causa (el mutuo) por los que los derechos correspondientes están sometidos a la disciplina de ese contrato. Se ha de deducir que se trata de un título de crédito causal por su estrecho ligamen con la causa concretada con la referencia a la fecha del acuerdo de la asamblea e inscripción en el registro de las empresas.

En resumen, el título de crédito incorpora una obligación que representa la participación individual de sus tenedores llamados obligacionistas, en un crédito colectivo que es deudora la sociedad mercantil que la emitió. Específicamente este título valor responde a una operación de crédito en que la sociedad mercantil por el cual obtiene capital de un tercero a cambio de su devolución junto con los intereses pactados y devengados. Cada tenedor u obligacionista es acreedor de la sociedad.

Desde el punto de vista contable las emisiones de obligaciones se clasificarán como un pasivo financiero. Cuando se acuerde el reembolso de las obligaciones, la sociedad dará de baja el pasivo y, por diferencia con la contraprestación entregada, contabilizará el resultado de la operación en el margen financiero de la cuenta de ganancias y pérdidas.

4.1. Valores mobiliarios

Se entiende por valor mobiliario, el título valor emitido en forma masiva, independiente del hecho que se realice su colocación en forma privada o mediante oferta pública a través de los mecanismos centralizados de negociación, o fuera de ellos. Son una clase especial de títulos valores, cuya característica es su emisión masiva, serial y representando derechos homogéneos. No bastaría la significativa cantidad de valores emitidos, sino también la necesaria homogeneidad que debe existir entre todos ellos.

Deben presentar características homogéneas respecto a los derechos y obligaciones que representan, pudiendo estar agrupados en clases o series, según el derecho que incorpore el título y oportunidad de su emisión, de tal manera que los valores pertenecientes a una misma serie resultan fungibles entre sí. Se destacan dos características inherentes a los valores mobiliarios: su emisión en masa o en serie y, en consecuencia, su homogeneidad y fungibilidad. Los valores mobiliarios nunca se emiten en forma individual, o una emisión de un solo título valor.

La cantidad de valores que conforman la emisión no es solamente lo que caracteriza a los valores mobiliarios, sino además deben representar o contener los mismos u homogéneos derechos patrimoniales, lo que precisamente se les agrupa en series o clases. La emisión podrá efectuarse por tramos, vale decir, por agrupaciones en series o clases, siendo que los valores de una misma emisión o clase que no sean fungibles entre si deberán ser agrupados en serie.

El valor mobiliario representará iguales derechos y características que los demás valores de su misma serie, de tal manera que todos los valores pertenecientes a una misma serie resultarán homogéneos entre sí y por ende fungibles, esto es, sustituibles por cualquier otro valor de su misma serie¹¹.

4.2. Prestamos de valores

Se considera operación de “préstamo de valores”, aquella en la que una parte (el “colocador”) transfiere, por un plazo determinado, valores negociables a otra parte (el “tomador”) quien al vencimiento devuelve la misma cantidad de valores negociables más la contraprestación dineraria pactada (tasa de interés del préstamo).

Mediante la operación de préstamos de títulos valores el colocador, mutuante o prestamista transfiere al tomador, mutuario o prestatario la propiedad de títulos valores; con el derecho de recibir de parte del primero, en el momento y el lugar estipulados otros tantos títulos del mismo emisor, clase y serie o su valor del mercado a la fecha del vencimiento de la operación, más un premio o contraprestación y el reembolso de los derechos patrimoniales generados por los títulos valores que podrían consistir en dividendos en el caso de acciones, y pago de intereses o amortizaciones de capital, en el caso de títulos de deuda. El tomador se hace propietario de los títulos valores, con cargo a devolver otros equivalentes o su valor de vencimiento del préstamo, además del pago de una contraprestación y el reembolso de los derechos patrimoniales¹².

5. Título

Morles señala, en el título valor el nacimiento del derecho puede o no estar vinculado a la elaboración del documento que lo contiene, pero el ejercicio del derecho esta necesariamente vinculado a la existencia del documento. Conforme a la tesis tradicional, en el título valor, el derecho es accesorio; en consecuencia, el poseedor legítimo del documento es el titular del derecho; el tenedor del título tiene el derecho y no hay derecho sin título. Por otro lado, las teorías unilaterales que indagan sobre la naturaleza jurídica del título valor y momento que las obligaciones que se derivan de ello se perfeccionan; destacando la teoría de la creación pura (Kuntze) manifiesta el título elaborado por el suscriptor –entiéndase emisor– aunque se preserve en su posesión, constituye

¹¹ Oswaldo Hundskopf Exebio. “Las acciones de una Sociedad Anónima: ¿son o no son títulos valores?”. *Dimensión Mercantil*(2022). <https://dimensionmercantil.pe/las-acciones-de-una-sociedad-anonima-son-o-no-son-titulos-valores/> (consultada 31 de enero del 2023).

¹² Carlos Pérez Castro. “Préstamos de títulos valores”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 56 (2001), pp. 271-330.

por sí un valor patrimonial; se hace eficaz en posesión de otro poseedor sin significar que la entrega del título se hace necesaria para que se origine la obligación¹³.

Rodríguez Rodríguez señala que las obligaciones suponen la existencia de un documento material, puesto que se trata de un título valor. El suscriptor adquiere el carácter de acreedor por medio de un título valor que incorpora determinado derecho pues no podría ejercer las facultades propias de esta calidad sin la tenencia y exhibición del documento respectivo; por ello constituye un derecho del suscriptor que el emisor le provea o proporcione el título. Los títulos debiesen contener los siguientes requisitos: los relativos a la persona que intervienen en la emisión, requisitos objetivos y requisitos que conciernen al documento en sí mismo.

La confección del documento contentivo de la obligación entendido por la redacción, impresión y firma, es un acto que la sociedad realiza antes incluso de la suscripción de las mismas, en tanto que la entrega del título al suscriptor debe efectuarse, una vez que la sociedad emisora reciba el importe del préstamo que se haya solicitado¹⁴.

5.1. Regulación

Normas relativas a la Oferta Publicas, Colocación y Publicación de las Emisiones (en adelante NROPCPE)¹⁵: Art. 12: Representación de valores. Art. 13. Contenido del título.

5.2. Contenido

De conformidad con la NROPCPE, el contenido del título valor en el ámbito bursátil, sea individual, global o macro títulos representativos de la emisión de valores debe contener la siguiente información.

Requisitos personales.

1. La denominación del emisor, logo de identificación, Registro Único de Identificación Fiscal (RIF).

Requisitos reales.

1. Capital suscrito y pagado, así como el capital autorizado.
2. Requisitos relativos a la emisión.

¹³ Alfredo Morles Hernández. "Introducción al estudio de los títulos valores", en Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Tercera Edición. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989), 1269-1340.

¹⁴ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

¹⁵ Superintendencia Nacional de Valores. Normas relativas a la Oferta Publicas, Colocación y Publicación de las Emisiones. Gaceta Oficial N° 41745. (24-10-2019).

3. Denominación del valor emitido, indicando si es nominativo o al portador. Identificación de la serie y monto total.
4. Identificación de la asamblea de accionistas que aprobó la emisión, como la junta directiva que aprobó las características de la respectiva emisión.
5. Identificación de la cantidad de títulos y su valor nominal.
6. Lugar, fecha de emisión y fecha de vencimiento.
7. Precio inicial de la colocación.
8. Agente de pago y custodia, como lugar de pago.
9. Tasa de rendimiento anual o efectiva si fuera colocado a descuento o con prima o tasa de interés si fuera el caso.
10. Características y especificaciones de las garantías.
11. Mención de la sociedad o sociedades calificadoras de riesgo.
12. Datos de registro del acta constitutiva y estatutos sociales del emisor.
13. Fecha de inscripción en el Registro Nacional de Valores, de la autorización otorgada por la Superintendencia Nacional de Valores para la correspondiente emisión, su plazo vigente y el monto máximo.
14. La obligación incondicional de pagar los intereses y capital en las fechas previstas en atención a las distintas modalidades de emisión.
15. Firmas autógrafas autorizadas por la sociedad emisora.
16. Leyenda que expresa “Este título estará sujeto a lo establecido en el Código Penal Venezolano”.

6. Macrotítulo

Es un título valor que representa los derechos patrimoniales a favor de varias personas, que han adquirido títulos-valores de la misma especie, serie y emisión, siendo reunidos en un solo título. Son instrumentos que representan a los valores que componen una determinada emisión de títulos valores en serie o individuales sean de las mismas características. Son títulos globales representativos de la emisión, a partir de los cuales se realiza la colocación primaria de los valores mediante anotaciones en cuenta para cada uno de los compradores.

6.1. Regulación

NROPCPEV: Art.12. Representación de los valores. Art. 13. Contenido de información macro-títulos.

6.2. Información

En caso de que la emisión sea representada por un macro-título, el emisor autorizará al custodio emitir un certificado de custodia que deberá contener en su texto.

1. Tipo de certificado.
2. Denominación del emisor del certificado.
3. Porcentaje de participación sobre el macro-título.
4. Identificación de la serie y sus principales características.
5. Autorización de la emisión otorgada por la Superintendencia Nacional de Valores.
6. Firma autorizada por el emisor del certificado.

7. Custodia de valores

Cuando la emisión este representado por un macro-título son objeto de custodia de valores siendo una actividad inherente del intermediario de valores que recibe en depósito títulos representativos de valores de oferta publica cuya función radica en depositar, administrar, transferir, compensar y liquidar instrumentos financieros custodiados. Para estos efectos el intermediario deberá llevar un registro de activos de terceros en depósitos y custodia por cada depositante.

7.1. Regulación

Congreso de la República de Venezuela. Ley de Cajas de Valores. G.O. n° 36.020. 13-08.1996.

DRVFLMV: Art. 32. Caja de valores.

7.2. Contenido de la custodia

Los custodios en desarrollo de los actos de naturaleza fiduciaria le están permitidos dentro del objeto social ejercer el cuidado y vigilancia de los valores del custodiado (fideicomitente) a través del denominado contrato de custodia comprende las siguientes actividades:

a) Salvaguarda de activos: Se custodia los títulos valores del custodiado y se asegura que la anotación en cuenta a su nombre se realice en un depósito de valores, o en un sub-custodio según sea el caso. Para este efecto, los depósitos centralizados de valores son los encargados de prestar el depósito de valores y anotación en cuenta a los custodios.

b) Cumplimiento y liquidación de operaciones: El custodio de acuerdo a las cláusulas del contrato de custodia, o instrucciones del custodiado o la persona autorizada por éste, realiza las labores necesarias para que se cumplan y liquiden definitivamente las operaciones sobre valores dispuesta por el custodiado. Implica la acreditación o débito de valores de la cuenta del cliente, así como las ordenes necesarias para realizar el pago asociado a la operación correspondiente, y demás gestiones, diligencias y tramites que haya lugar para el cumplimiento de la operación.

c) Administración de derechos económicos: El custodio se hace cargo de realizar el cobro de los rendimientos, dividendos y del capital asociados a los valores de su cliente.

8. Cajas de valores

Son empresas que realizan actividades de depósito, custodia, transferencia, compensación y liquidación de valores autorizados por el ente administrativo correspondiente. La custodia de los valores objeto de oferta publica representados por medio de anotaciones en cuenta deberá ser llevada única y exclusivamente a través de las cajas de valores mediante una estructura de subcuentas a nombre de los clientes dentro de la cuenta de los depositantes. Es el agente que custodia, registra y paga los instrumentos que negocian en los mercados bursátiles y bolsas de comercio.

8.1. Contratos de Depósitos de valores anotados en cuenta

El titular de un conjunto de valores negociables encarga a un intermediario habilitando la custodia y administración conservativa de los mismos a cambio de una comisión de depósito. La entidad depositada está obligada a guardar o conservar títulos depositados. Cuando se trate de valores anotados los registros deberán llevarse por las entidades encargadas consistiendo la actividad en contribuir a conservar los derechos inherentes a los valores anotados. El titular de los valores depositados asume la obligación de pagar a la entidad administradora la comisión estipulada y facilitarle los documentos necesarios que lo legitimen ante las entidades encargadas de los registros contables para desarrollar sus actividades de administración.

8.2. Contrato de Llevanza del Registro Contable de los Valores Anotados

El contrato establece que la entidad emisora de valores representados en cuenta encomienda la llevanza de su registro contable a una entidad habilitada para desarrollar tal actividad. La circulación o transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tiene lugar mediante el asiento de partida contable en los libros

del emisor; la anotación a favor de los subsecuentes adquirientes produce efectos de transmisión de dominio de los valores.

9. Título de crédito

Morles señala que Vivante identifica a los títulos de crédito como un documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo expresado en el mismo. Fundando la noción de literalidad en el hecho que su existencia se regula a tenor del documento y la nota de autonomía, en la circunstancia de que el poseedor de buena fe ejercite un derecho propio que no puede ser restringido o destruido en virtud de los anteriores poseedores y el deudor. Existen títulos de crédito que intensifican el carácter de autonomía mediante la cualidad de independencia o sustantividad circunstancia que permite valerse por sí mismo, no siendo común a todos los títulos de crédito porque muchos de ellos deben necesariamente hacer referencia a un contrato¹⁶. La característica consiste en que estos atribuyen a su poseedor un derecho literal, autónomo y abstracto que se determina y fija únicamente según y en virtud de la letra del documento, independiente de la posición en que se encuentra respecto al poseedor precedente, estando desvinculado de la causa que le dio origen¹⁷.

Goldschmidt señala que el título incorporado en un título valor es frecuentemente un crédito. Por eso los autores a menudo se refieren a títulos de crédito. Sin embargo, es preferible el término título valor porque el derecho incorporado puede ser de participación - acciones de las sociedades –incluso un derecho real– títulos representativos de las mercancías.¹⁸

9.1. Tipos de títulos de crédito

9.1.1. Según el rendimiento

a) Renta variable es un tipo de inversión donde no hay garantías de que se recuperará el dinero invertido; se debe que los rendimientos dependen de una variedad de factores, tales como el crecimiento de la empresa, su situación económica, el comportamiento de los mercados financieros. **Se caracterizan** por el hecho de que **al momento de su emisión el suscriptor no conoce con certeza el alcance de los flujos periódicos que tendrá derecho a cobrar hasta su vencimiento**. El clásico ejemplo de una inversión con renta variable son las acciones.

¹⁶ Alfredo Morles Hernández. "Régimen legal del mercado capitales". (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1999), 315-383

¹⁷ Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Tercera Edición. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989), 869-873.

¹⁸ Goldschmidt. *Curso de Derecho Mercantil*, 172-173

b) Renta fija generan un rendimiento predeterminado a sus tenedores, es decir, no depende de los resultados financieros del emisor ni de las condiciones del mercado. Son obligaciones o títulos de deuda que el emisor se compromete a reconocer una determinada tasa de interés de acuerdo con el plazo de la inversión al comprador del valor.

9.1.2. Según la forma de circulación

a) Títulos nominativos que son expedidos a favor de una persona, cuyo nombre se expresa en el texto mismo de un documento individualizando a su propietario como en el registro que lleva el emisor. Estos no pueden ser transferidos sin que se notifique la transmisión al deudor.

Morles expone para la transmisión del título es necesario realizarlo a través de las reglas de cesión de créditos (art. 150. Código de Comercio)¹⁹. Según Goldschmidt, podría reunirse bajo esta denominación los títulos heterogéneos como los emitidos en serie, acciones u obligaciones de sociedades; acotando si se quiere establecer un concepto general del título nominativo respecto de los documentos transferibles, no basta recurrir al texto genérico del Código de Comercio²⁰.

b) Los títulos al portador se consideran al que no se expide a favor de determinada persona, considerándose por tenedor legítimo a quien lo tenga en su poder transmitiéndose con la sola entrega. El tenedor acredita la titularidad del título con su simple posesión. Este carece de la indicación expresa de a quien se realizara a su favor el crédito contenido en la obligación, por lo que se considera que el beneficiario es quien simplemente posea o detente el título valor.

c) Los títulos a la orden señalan por beneficiarios a una persona determinada o a cualquier otra que se indique. La transmisión de los títulos a la orden se verifica mediante endoso y por la entrega del documento. Son aquellos que se expide a favor de persona determinada y circulan mediante dos requisitos: El endoso y la entrega material del título.

9.2. Garantías de los títulos de crédito

El cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores pueden estar garantizados total o parcialmente por cualquier garantía personal o real –fianza o hipoteca– u cualquier forma de aseguramiento permitida por la Ley, inclusive fideicomisos de garantía. En general, tiene por finalidad otorgar mayor seguridad al acreedor

¹⁹ Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III., 1290-1297.

²⁰ Goldschmidt. *Curso de Derecho Mercantil*, 166-170

del pago de la obligación en caso que el deudor no pueda cumplirla. Se otorga al acreedor la seguridad de cobrar efectivamente el importe que se le adeuda en la medida en que, si el deudor incumpliera con pagarle, el acreedor podrá efectuar el cobro ejecutando precisamente la garantía otorgada en respaldo al cumplimiento de la deuda.

10. Desmaterialización de los títulos valores

La desmaterialización es la pérdida del soporte documental del valor incorporado, optando por la alternativa de su representación por medios contables o electrónicos. En la práctica consiste en la sustitución del papel como base soporte de los títulos valores; con la finalidad de excluir la necesidad del desplazamiento material o físico del soporte documental para el ejercicio de los derechos inherentes al título.

Los títulos valores no representados documentalmente –desmaterializados o desincorporados– constituyen derechos de crédito igualmente sujeto al régimen legal de los bienes muebles, pero no al de los títulos valores tradicionales. La transmisión y ejercicio de los derechos representados en el título valor desmaterializado a diferencia del título valor tradicional, estarían sujetos a la normativa de cesión de crédito ordinaria. La desmaterialización e desincorporación se logra a través de la inscripción en cajas de valores o instituciones similares, o mediante acuerdos con los agentes de pago y traspaso o custodios²¹.

Así también, se parte del hecho que los títulos valores desmaterializados se configuran como una institución con su propia naturaleza y con un régimen propio, en la que tiene cabida algunos elementos del Derecho de las cosas. En cuanto la distinción entre de títulos valores y títulos valores desmaterializados tienen una naturaleza jurídica distinta conforme al análisis de la estructura de estos. Los primeros gira en torno al hecho de la posesión, la necesidad de la tradición para transmitir la propiedad, o la posesión del documento sea la condición indispensable para el ejercicio de los derechos incorporados al título que se desprende de la naturaleza corporal o real del título valor. En el caso, de los títulos valores desmaterializados el elemento central de la estructura de estos es la inscripción del valor en un registro contable y aunado a la condición de cosa mueble, estos tienen la naturaleza de bienes inmateriales²².

²¹ Carlos Pérez Castro. “Operaciones bursátiles a plazo”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 57 (2002),199-255.

²² Alfonso Martínez Echeverría y García de Dueñas. “La naturaleza jurídica de los valores anotados en cuenta: el desarrollo de la doctrina de los wertrechte en el derecho español”. (México, Editorial Mariano Otero- 2003), 17-23

10.1. Anotaciones en cuenta

En el caso de la desmaterialización a través de los medios contables se les ha denominado anotaciones en cuenta se realiza a través de asientos contables. Los valores existen como tales sin la necesidad de la inscripción en el registro contable desde que la sociedad acuerda su creación dado que la inscripción equivale a la impresión y entrega de los títulos físicos a sus titulares, en los casos que los emisores hayan optado por esta forma de representación. El registro contable está compuesto por cuentas matrices donde se registran valores propios o de clientes del participante, mientras que en la cuenta de emisor se registran exclusivamente valores emitidos por éste. El concepto de valor anotado en cuenta es más amplio, abarcando a los valores desmaterializados como a los inmovilizados, dado que en ambos casos el valor se encuentra anotado en el registro contable o «book entry» y las transmisiones de propiedad se efectúan mediante transferencias contables²³.

La Anotación Electrónica de Valores en Cuenta, es nota contable efectuada en un Registro Electrónico de Cuentas de Valores llevado por una institución depositaria. Es constitutiva de la existencia de valores desmaterializados, así como de las obligaciones de su emisor y de los derechos de su legítimo propietario.

La característica más importante de las anotaciones en cuenta correspondientes a una misma emisión y unas mismas características, tienen carácter fungible. Por lo tanto, quien aparezca como titular en el registro contable lo será de una cantidad determinada de los mismos sin referencia que identifique individualmente los valores. Los valores se transfieren por registros contables pues la inscripción de la transmisión a favor del adquirente produce los mismos efectos que la tradición de los títulos.

El valor anotado en cuenta es todo valor, susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero, se materializa, a través de un apunte contable en un registro contable basado en un sistema informatizado. Resaltando el hecho de que no es más que el instrumento que tiene un carácter esencialmente contable, a través del cual, se puede representar un valor, puesto que no es otra cosa que un mero apunte o asiento contable, lo cual viene refrendado por el hecho de que el alza y baja de valores en el registro contable se produce mediante operaciones de cargo y abono que confieren la dimensión contable a los valores anotados. Se puede afirmar, el origen del registro contable se encuentra precisamente en la creación de la anotación en cuenta, que no es otra cosa un mero apunte de carácter informático²⁴.

²³ Ivanna Loncharich Lozano. “Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de valores”. *Derecho PUCP*, N° 53, (2000), 825-836.

²⁴ Gonzalo Navarro Ruiz, “El sistema del registro contable de valores admitidos a negociación” (Memoria para optar al Doctor, Universidad Complutense de Madrid. 2017), 39-42.

La Anotación en Cuenta involucra dos aspectos. Es una nota contable electrónica, reconocida por la ley, como medio de representación de valores negociables en el mercado de valores; y al Sistema de Anotación en Cuenta administrado exclusivamente desde las entidades autorizadas para funcionar y brindar los servicios de depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores²⁵.

10.2. Transferencias de títulos

Los títulos valores desmaterializados que suelen reducirse a un título o certificado global –macro título– inmovilizadas en las cajas de una entidad que actúa como central de depósito; en esta entidad donde se asientan contablemente las transmisiones de derechos sobre esos títulos. Se “desincorpora” así, la circulación de los valores. Ésta se produce por cargos y abonos contables o registrales, que no reflejan más que transferencias de derechos sobre el título físico. Los títulos físicos dejan de existir y, por consiguiente, se “desincorpora” tanto la transmisión como la propia constitución del valor negociable. El soporte cartular es sustituido íntegramente por simples anotaciones contables o registrales. Se suele emplear el concepto de valores representados por anotaciones en cuenta o escriturales para referirse a esta forma de representación. El sistema de desmaterialización abarcaría la constitución de los valores negociables, su transmisión y la legitimación para el ejercicio de los derechos derivados de los mismos, se construye sobre la anotación contable²⁶.

Los instrumentos financieros se encuentran representados mediante anotaciones en cuenta, a diferencia que en el pasado estaban representados por un papel. Así, en efecto de la compraventa de instrumentos financieros tiene lugar una nueva anotación en cuenta quedando acreditado el cambio de titularidad del mismo. De esta forma, cada compraventa realizada conlleva su correspondiente anotación en cuenta, quedando registrado en el registro contable de títulos. La primera consecuencia de la equivalencia entre las formas de representación de las anotaciones en cuenta y los títulos en papel, es que la transmisión de la propiedad se produce con la transferencia contable; y no con la entrega y endoso del papel. La segunda consecuencia, es que el desplazamiento de la posesión de los títulos en papel, ya no es requisito para la constitución de derechos reales sobre los instrumentos financieros²⁷.

²⁵ Ricardo Gallegos Gómez “El sistema de anotación en cuenta en la Ley de Mercado de Capitales”. *Revista Jurídica*, (2013) 257- 283

²⁶ Francisco Garcimartín. “Sistemas de representación y tenencia de valores”. En *Estudio sobre los sistemas de registro, compensación y liquidación de valores en Iberoamérica*. (Madrid, Fundación Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, 2012), 19-45.

²⁷ Jon Ander Lorda Crespo. “El contrato bursátil”. (Lejona, Universidad del País Vasco. 2021), 44-45.

11. Titularización de activos

Es el proceso de convertir los flujos de fondos originarios de activos ilíquidos en instrumentos negociables. Se puede lograr dos objetivos importantes: 1) Dotar de liquidez a activos que no lo tienen. 2) La posibilidad de adscribir al título que se emite un riesgo de crédito asociado al activo subyacente, independientemente de la reputación crediticia del emisor. El concepto fundamental, está en la función de la idea de reunir o agrupar activos homogéneos, que permite realizar una emisión de títulos valores respaldados por estos activos. En principio, cualquier activo subyacente de un flujo de ingresos es factible de titularización.

Se ha entendido como la operación financiera mediante la cual las empresas o entidades obtienen recursos provenientes de su propio balance, a través de títulos que ingresan al mercado público de valores por intermedio de la “movilización de activos”. Es un mecanismo que permite transformar los activos o flujos cuyo ingreso se espera a futuro, con la finalidad de obtener recursos financieros o activos líquidos sin necesidad de incrementar los pasivos porque no implica una operación de endeudamiento para la empresa. Para tal efecto, se debe constituir un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, que transfiere la propiedad del flujo futuro o los activos que lo generan, para que con base a esa propiedad se emitan y coloquen títulos en el mercado de capitales.

Romero Montilla explica, la titularización es un proceso que una entidad transfiere a un “vehículo de propósito especial” que puede ser una compañía o un fideicomiso encargado de centralizar y agrupar activos tradicionalmente ilíquidos o de escasa o lenta rotación, o bienes o flujos de caja futuros. Esta movilización implica la transformación de activos en títulos negociables en el mercado público de valores teniendo por respaldo el activo o el flujo generado por el mismo²⁸.

11.1. Sociedades de titularización

Tienen por objeto estructurar el proceso de titularización de activos, bienes o derechos sobre flujos futuros actuando como receptora de los activos a ser titularizados. Sirve de vehículo para la emisión de valores por medio de un patrimonio autónomo a través de la sociedad de titularización.

Esta actividad por lo general implica:

1) estudio de factibilidad o análisis integral de la empresa, para identificar la viabilidad técnica, legal o financiera del proceso de titularización y de los activos sobre los cuales se busca obtener financiamiento estructurado a través del mercado de valores.

²⁸ Fulvia Romero Montilla. “La titularización de activos en el mercado de valores venezolano”. Revista Iberoamericana de Mercado de Valores, N° 23, (2008), pp. 79-86.

2) Estructuración y consolidación de un modelo financiero eficiente con el uso de los activos titularizados con el objetivo de minimizar los costos financieros de la empresa y obtener financiamiento con mejores condiciones respecto al mercado.

3) Administración de los patrimonios autónomos: Custodia, administra y representa legalmente al patrimonio autónomo constituido, acorde con lo establecido en el contrato de titularización y normas de la autoridad administrativa bursátil.

11.2. Regulación

DRVFLMV: Art. 33. Sociedades titularizadoras.

12. Acciones

12.1. Las acciones como título de crédito.

Morles señala que la característica de los títulos de crédito, consiste en que éstos atribuyen a su poseedor un derecho literal, autónomo y abstracto, es decir que se determina y fija únicamente según y en virtud de la letra del documento. La acción considerándose como título o documento no presenta ninguno de estos caracteres. No atribuye un derecho literal, porque los derechos del socio no se determinan en virtud de ese documento, sino más bien con referencia a la relación jurídica en que se encuentra con la sociedad. La letra del documento de la acción que no tiene pues una función que simbolice un derecho sino solamente son títulos de participación social que documenta la posición de miembro de la organización societaria. A la acción se le incluye en la subcategoría de títulos de participación, que no incorpora un derecho de crédito propiamente dicho, sino un complejo de derechos, de facultades y obligaciones inherentes a la condición de socio²⁹. La emisión pública de acciones estaría referida particularmente a tres supuestos: 1) en el acto constitutivo de la sociedad. 2) con ocasión al aumento de capital. 3) con ocasión de la fusión, de la transformación y de la escisión³⁰.

Brunetti afirma las acciones son títulos de crédito no completo, porque la disciplina de los derechos y de las obligaciones de los accionistas se encuentran determinada en el acto constitutivo de la sociedad. El documento refiere a elementos que se encuentra fuera de éste; en consecuencia, aunque la acción no sea un título completo, es un título de crédito que posee las características de estructura y de función del mismo. Es de carácter no constitutivo, pero faculta a su poseedor para ejercitar los derechos inherentes a la calidad de socio, que están contenidos en el mismo. La acción perte-

²⁹ Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, 869-873.

³⁰ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 386-391.

nece a una subcategoría de títulos, denominados de participación que no incorporan un derecho propiamente dicho, sino aquel complejo de derechos, de facultades y de obligaciones que son inherentes a la condición de socio.

La acción es un título incompleto, pues para conocer el verdadero alcance de los derechos inherentes a ella es preciso hacer referencia al acto constitutivos y a sus posteriores modificaciones. Resultaría excesivo que este incorpora el status de socio, incorpora mejor aquella entidad real que corresponde a la fracción del capital social cuyo valor nominal está indicado en el título y el derecho al ejercicio de los derechos de socio³¹.

Mendiola y otros, han señalado que las acciones representan los derechos de los accionistas, así como la partición en el capital de la sociedad, otorgando al propietario el derecho de intervenir en la administración y recibir una porción de las ganancias, a través del pago de dividendos³².

12.2. Regulación

NROPCPE: Art. 47. Autorización previa de la asamblea de accionistas. Art. 48. Solicitud formal. Art.49. Apertura del capital social. Art. 50. Junta directiva. Art. 51. Accionistas minoritarios. Art. 52. Deber de información. Art. 53. Comisarios. Art. 54. Limitaciones de los comisarios. Art. 55. Remuneración de los comisarios.

12.3. Emisión de acciones por aumento de capital

Para que un aumento de capital se califique de carácter bursátil es necesario que implique una oferta pública de las acciones que se emitan.

12.3.1. Aumento de capital de carácter real o efectivo

Consiste en un mecanismo de captación de nuevos recursos financieros a través del ingreso de nuevos aportes o montos de valor con la finalidad de obtener nuevos financiamientos, emitiendo nuevas acciones sean comunes o preferidas o aumentando el valor nominal de las emitidas con anterioridad.

Contablemente cuando una empresa procura obtener financiamiento sin endeudarse o sin aumentar su pasivo incurre a la emisión de acciones; en principio aumenta

³¹ Brunetti. "Acción como título de crédito". en *Sociedades Mercantiles. Serie Clásicos del Derecho Societario. Vol. 1* (México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001), 234-235.

³² Alfredo Mendiola, Carlos Aguirre, Giancarlo Bendezu, Ana Berrospi, Desiree Córdova, Paul Núñez del Prado. "Emisión de acciones de empresas peruanas en el mercado financiero internacional: factores de éxito, beneficios y riesgos" (Lima, Universidad ESAN, 2014), 15-36.

la cuenta de capital que es una cuenta de garantía por aportes de los nuevos socios, es decir es una operación contable extra patrimonial en relación con un tercero. Contrario al caso de las obligaciones el financiamiento constituye un valor que corresponde al activo, consecuentemente tiene un contravalor en el pasivo que debe ser satisfecho por su cancelación.

12.3.2. Aumento de capital de carácter contable o nominal

Consistiría en inmovilizar fondos o recursos monetarios que de otra manera estarían disponibles y podrían ser distribuidos a los accionistas como dividendos. No produce un incremento en el patrimonio de la sociedad, sino una afectación de fondos. En el caso del aumento nominal o contable, es decir, se disminuye el valor o hace desaparecer ciertas partidas y cuentas del balance social para aplicar la diferencia o el monto total de la partida relativa que se afecte para aumentar la cuenta del capital social.

Contablemente constituye la liberación de valores o montos del activo patrimonial de su contravalor en el pasivo, para ser transferido a la cuenta de capital considerado como cifra o monto de garantía o de responsabilidad; siendo una operación patrimonial dentro del estado financiero de la empresa.

La característica que individualiza este tipo de aumentos del capital social radica en que no producen un incremento del patrimonio social, pues éste, pese a la ampliación, permanece constante. Se da una reordenación contable, de modo que ciertos segmentos del patrimonio social van a mudar su contabilización para ser destinados a la cobertura de la cifra del capital.

12.4. Aspecto financiero

Fred Aarons P. menciona que las acciones equivalen al aporte de los inversionistas en las sociedades por acciones, corresponde a una parte o la totalidad del 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 la constitución de la sociedad. En la medida que se acumule superávit mediante reservas y revalorizaciones, el valor comercial de las acciones tiende a incrementarse en el tiempo generándose a así primas, plusvalía o ganancia, sobre su valor nominal³³.

³³ Fred Aarons P. "Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y fraccionamiento de las acciones societarias". *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 7. Homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello (diciembre 2021), pp. 271-330.

Desde el punto del adquirente de la acción en el mercado bursátil, constituye una inversión en activos que no garantizan la devolución del capital invertido, ni la percepción de una determinada renta, ni en cuantía ni en tiempo. Son instrumentos de renta variable por excelencia, pues la rentabilidad de la inversión se origina a partir de un incremento en el precio y por los dividendos que se entreguen. El precio es de carácter especulativo, pues a futuro no se conoce generando incertidumbre sobre las rentabilidades futuras, como también el desempeño histórico no puede garantizar el resultado.

Si bien existe un precio de emisión de la acción, cuando esta ingresa al mercado bursátil el precio individual de la acción se determina por oferta y demanda. La oferta se concreta en el número de acciones que la sociedad mercantil ha emitido, mientras que la demanda se origina en las personas que desean adquirirlas a inversionistas que ya las poseen.

En principio, cuantas más personas deseen ser propietarios de determinada acción, mayor será su predisposición a pagar más por ella. Es de acotar, cuando la oferta resulta limitada, en consecuencia, si muchas personas deseen comprar al “precio actual” de la acción, pero pocos tenedores quieren vender o existe escases de oferentes, el precio se incrementa hasta que más tenedores estén dispuestos a liberarse de estas poniéndolas en venta. Cuando el precio de la acción se incrementa demasiado, hasta un punto que nadie esté dispuesto a adquirirla, el precio empieza a decaer³⁴.

Es de acotar que en el caso particular de las acciones su oferta, colocación y suscripción en el mercado primario tiene por finalidad el financiamiento del emisor. En el caso, del mercado secundario, no proporciona financiamiento a la empresa emisora, sino los tenedores de acciones o inversionistas son los que negocian y revenden entre ellos los valores emitidos, implicando un intercambio de valores de un inversor a otro, por motivos especulativos sobre las perspectivas del precio de la acción.

12.5. Tipos de acción

a) Acciones comunes: Consagran el derecho al socio de obtener beneficios económicos de su inversión particularmente a través del pago de dividendos, participar en la vida societaria de la empresa, el derecho al voto en asamblea, entre otros.

b) Acciones preferentes: Estas pagan un dividendo fijo y no otorgan derechos de participar en la vida societaria; lo que la doctrina ha denominado derechos políticos. En el cobro de dividendos y en caso de liquidación, tienen en principio prioridad sobre los tenedores de acciones comunes.

³⁴ Mendiola, Aguirre, y otros. “Emisión de acciones de empresas peruanas en el mercado financiero internacional: factores de éxito, beneficios y riesgos”, 43-64.

12.6. Oferta de acciones

Conforme a las NROPCPEV, establece las personas jurídicas – obsérvese que no se limita a sociedades de capitales – que pudieran realizar oferta pública de sus acciones, deben obtener autorización previa de la asamblea general de accionistas donde se encuentre representado por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del capital social. En este caso, parece la norma referirse a la emisión de nuevas acciones por aumento de capital social. La decisión será tomada por el voto favorable de la mayoría simple de las acciones presentes, salvo que los estatutos sociales exigían un quorum o mayoría superior.

Obtenida la aprobación de la asamblea deben realizar la solicitud formal a la Superintendencia Nacional de Valores, suscrita por el representante legal de la sociedad mercantil –curiosamente la ley ahora restringe la redacción a este tipo de sociedad– o la persona autorizada en asamblea o la junta directiva. En el caso que se realice la emisión de acciones por acto constitutivo –la ley se refiere “por primera vez”– la Superintendencia Nacional de Valores podría requerir un estudio de factibilidad económico-financiero.

12.7. Administración y fiscalización

Las personas jurídicas que realicen oferta pública de sus acciones deben ser administradas por una junta directiva integrada al menos por tres miembros principales y sus respectivos suplentes, dos deberán ser residentes en la República Bolivariana de Venezuela y cumplir con los requisitos de honorabilidad, solvencia patrimonial y moral.

Deberán de contar con dos comisarios principales y sus respectivos suplentes; exigiéndoles ser profesionales universitarios de la contaduría pública o economía, tener experiencia en asuntos financieros y mercantiles; estos no podrán ser integrantes de la junta directiva, ni tener vínculo alguno con los administradores o accionistas hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; con la finalidad de elegirlos esta se realiza por ternas presentadas por la junta directiva con sus respectivos suplentes.

13. Obligaciones

13.1. Concepto

Se considera un mecanismo con que cuenta las sociedades de capital particularmente las anónimas para obtener recursos o capitales ajenos que le son necesarios para sus requerimientos y proyectos.

Según Morles las obligaciones son títulos valores emitidos en masa destinado en la generalidad de los casos, a procurar crédito al sujeto emisor. Las modalidades que adoptan, están en función de las condiciones del mercado de valores y otras circunstancias destacando las que guardan relación con el sujeto que las emite o las garantías que se ofrecen. Acota, en Venezuela su regulación legal se ubica tradicionalmente en el ámbito de las sociedades anónimas. El concepto de obligación estaría determinado por una relación fundamental que responde generalmente a una operación de crédito y por la forma que adopta la documentación de la operación considerando el elemento característico como es la incorporación del crédito al título emitido en masa particularmente negociable sin el consentimiento del deudor³⁵.

Carrera Villagran asevera que las obligaciones son partes alícuotas de un crédito y valores mobiliarios representativos en virtud de ser valores negociables que tienen una naturaleza transmisible y circulante. Destacando su capacidad para generar mercados organizados de valores que las transacciones se realizan en atención exclusiva a variables económicas como son el precio y la cantidad, y sin tener en cuenta las características subjetivas o personales de los contratantes³⁶.

Rodríguez Rodríguez, menciona, podemos hablar de obligación como una expresión de derechos y obligaciones correspondientes a cada una de las personas que han concedido un crédito colectivo a una sociedad anónima. Por otro lado, podemos hablar de obligación para referirnos al título valor en que se incorporan esos derechos y obligaciones³⁷.

Brunetti establece, es el más costoso –en relación a las acciones– porque la sociedad contrae un debito que ha de garantizar con sus propios bienes, aumentándose el pasivo y gravándose en el activo. Los obligacionistas que poseen los títulos son acreedores de la sociedad. El contrato que se concluye entre la sociedad emitente y los suscriptores de las obligaciones es un contrato de mutuo³⁸ bajo la especie de préstamo de dinero.

13.2. Regulación

Código de Comercio: Art. 300: Emisión de obligaciones: al portador o nominativas. Art. 301: Acuerdo de la asamblea de accionistas. Art. 302: El prospecto. 303: Prospecto: contenido.

³⁵ Morles Hernández, “Régimen legal del Mercado de Capitales”, 334-338.

³⁶ Álvaro Carrera Villagran. “Las obligaciones: controversias de las obligaciones convertibles en acciones” (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas- ICADE, abril 2014), 19-20

³⁷ Rodríguez Rodríguez. “Derecho Bancario”, 339-485.

³⁸ Antonio Brunetti. “Emisión de obligaciones”, 450-457

DRVFLMV: Art. 48: Del quorum exigido para la aprobación de emisión de obligaciones.

NROPCPE: Art. 56: Autorización de la asamblea general de accionistas. Art. 57: Delegación en la junta directiva. Art. 58: junta directiva: Emisión obligaciones. Art. 59: Límites de la emisión. Art. 60: Emisores: comisarios. Art.61: Reducción de capital.

14. Constitución de obligaciones

14.1. Proceso

Los prestamos obligacionarios o simplemente obligaciones se crean por declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora. Requiere de un mecanismo de endeudamiento o modalidad de captación de ahorro-inversión del público particularmente en el mercado de valores que el inversionista acepta constituirse en acreedor del emisor. Cada suscriptor de la obligación le correspondería una acreencia igual en principio a los demás acreedores dentro de un crédito colectivo.

La conformación de obligaciones constituye un proceso complejo que permite distinguir:

a) El acuerdo societario producido en asamblea de accionistas para la emisión de los títulos de créditos.

b) la emisión de la obligación a través de los correspondientes títulos de créditos como acto unilateral del sujeto emisor.

c) La colocación de los títulos valores que se concreta con la suscripción o adquisición por el público que significaría en todo caso el perfeccionamiento de un negocio de mutuo entre el sujeto emisor y los suscriptores.

d) La adquisición de valores en circulación considerándose un negocio de compraventa de títulos constituyéndose una transferencia que se identifica como venta o cesión del título de crédito.

15.2. Relaciones jurídicas

Desde el punto de vista de los derechos que se generan es preciso determinarlas en base al fundamento contractual y la ley que las regula distinguiéndose dos aspectos³⁹:

³⁹ Francisco Garcimartin. "Las novedades en materia de emisión de obligaciones bajo la ley extranjera". Almacén de Derecho(blog) 25 de mayo del 2015. <https://almacenederecho.org/las-novedades-en-materia-de-emision-de-obligaciones-bajo-ley-extranjera>.

1) Aspecto interno: atañe a la capacidad de la sociedad mercantil para originar obligaciones y al proceso de formación del consentimiento.

2) Aspecto externo u obligacional: atañe a las relaciones entre el emisor y los obligacionistas.

16. Papeles comerciales

Es un instrumento que suele emplearse en lo que es la financiación a corto plazo emitido por las sociedades mercantiles en el que se presenta un reconocimiento de un **crédito** comercial. Es un valor representativo de una deuda, que el emisor reconoce o crea, y exigible según las condiciones de la emisión. Conforme a la doctrina consultada, si bien es un título valor tienen una peculiaridad muy especial: siendo un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo contenido en el mismo, es un título causal pues no goza como la letra de cambio de independencia y sustantividad.

El papel se refiere a otro documento que es precisamente el contrato de emisión, aunque el título se negocia sin el consentimiento del deudor, no circula aislado de la causa que le debe su origen. Se encuentra sujeto y subordinado a la disciplina del negocio jurídico que lo origina, al régimen contenido en el contrato de préstamo o en la operación de crédito de la emisión de los títulos. A pesar de que el papel comercial es un título valor causal, es autónomo pues impide oponer al portador del mismo excepciones fundadas en las relaciones personales con el anterior tenedor⁴⁰.

16.1. Regulación

DRVFLMV: Art. 49: Concepto.

NROPCPE: Arts. 72 al 76. Emisión. Arts. 77 al 79. Autorización de la Superintendencia Nacional de Valores y las condiciones de las emisiones de papeles comerciales. Arts. 80 al 81. Emisión de papeles comerciales por las sociedades de corretaje de valores o casas de bolsa. Arts. 82 al 85. Emisión de papeles comerciales por compañías inversoras. Arts. 86 al 88. Publicidad de las emisiones de papeles comerciales.

⁴⁰ Vanessa Croce Civitillo, "Estrategias para gerenciar el flujo de caja de una empresa del sector ingeniería en época de crisis, periodo 2007-2009" (Trabajo especial de grado presentado como requisito para optar al título de especialista en instituciones financieras, Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de Postgrado. Postgrado en Instituciones Financieras. Julio 2009), 21-31.

17. Derivados

Son instrumentos financieros diseñados sobre un activo subyacente que puede ser acciones, títulos de renta fija, divisas, tasas de interés, índices bursátiles, materia primas o energía, entre otros y cuyos precios dependerán del precio del subyacente. Se define como un contrato que una parte acepta asumir un riesgo relacionado con la evolución futura de una variable subyacente, a cambio de una contraprestación dineraria o de la asunción de otros riesgos por la contraparte. El valor depende a su vez del valor de uno o más activos, tipos o índices subyacentes de referencia⁴¹.

El activo subyacente es un bien sobre el que se realizan contratos financieros derivados; siendo el valor la referencia que toman los productos derivados financieros que recaen sobre este.

En términos generales, es un acuerdo de compra y venta de un activo determinado, en una fecha futura y específica y un precio definido. El valor depende de la evolución del precio de otro activo, que se denomina subyacente; estos pueden ser un índice bursátil, acciones, valores de renta fija, divisas, materias primas, tipos de interés.

17.1. Regulación

DRVFLMV: Art. 50. Concepto. Art.51. Garantías de los derivados.

18. Pagare bursátil

Es una promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero a su tenedor o portador en determinado plazo. Puede estar avalado por una persona distinta a su emisor, que responde en forma solidaria en caso de incumplimiento de este último.

En el ámbito bursátil es un valor representativo de deuda, puede ser negociado en el mercado de valores, dentro del marco regulatorio establecido por las leyes de mercado de capitales. Es un título valor que la sociedad emisora promete incondicionalmente pagar al tenedor o inversionista, una suma determinada de dinero en una fecha y lugar específico. Si no menciona la fecha de su vencimiento se considera pagadero a la vista; es el instrumento que normalmente se utiliza como documento de negociación y aceptación comercial.

⁴¹ Paola Renata Romero y Juan Carlos Tristán Rodríguez, “Derivados Financieros. El Contrato Marco de la International Swaps And Derivatives Association a la Luz del Derecho Costarricense” (Tesis para Optar por el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Abril, 2010), 10-15.

De conformidad con la reglamentación venezolana no podrá ser endosable, además de tener las cláusulas “no transferibles” y “sin protesto”. Es un valor negociable de renta fija cuyo emisor promete pagar al beneficiario una suma determinada en un cierto momento de corto o mediano plazo. En el ámbito bursátil son emitidos por un programa de emisiones de pagarés o de valores para un período de tiempo determinado, de acuerdo a las características y límites establecidos por el emisor. La emisión tiene sus propias características y pueden emitirse pagarés dentro del plazo otorgado al programa y sin sobrepasar el monto del mismo.

18.1. Regulación

Instructivo para solicitar la autorización de oferta pública de pagare bursátil⁴².

NROPCPE: Arts. 89 al 91. Emisión, oferta pública y negociación del pagare bursátil. Arts. 92 al 98. Autorización de la Superintendencia Nacional de Valores y las condiciones del pagare bursátil. Arts. 99 al 101. Publicidad de emisiones de pagare bursátil.

19. Títulos de participación

Son valores representativos de deuda que evidencian los derechos de sus tenedores sobre el activo subyacente. Son títulos de crédito que representa el derecho a una alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase.

19.1. Regulación

DRVFLMV: Art. 52. Concepto. Art.53. Garantías de los títulos de participación.

NROPCPE: Arts. 102 al 104. Autorización de los títulos de participación. Arts. 105 al 106. Colocación de los títulos de participación.

CONCLUSIÓN

A medida que se hace más complejo el mercado financiero o de crédito surge la necesidad que se promueva una regulación y legislación mucho más precisa sobre el empleo de los títulos de crédito, desde su creación, emisión, oferta, suscripción; más aún que la tendencia inexorable a la desmaterialización del documento por instrumentos digitales, electrónicos, informáticos o virtuales que refleja el avance tecnológico actual implicaría una regulación actualizada que cubra estas áreas.

⁴² Superintendencia Nacional de Valores. Providencia mediante la cual se dicta el Instructivo para solicitar Autorización de Oferta Pública de Pagare Bursátil. Gaceta Oficial N° 42.105. (13-04-2021).

Existen aspectos que se deben tener particular atención. Destaca la actuación de la autoridad administrativa, si bien no implica una intervención en el mercado de capitales, estaría prevista una actividad controladora de orden público cuya principal función sería hacer más transparente la actuación de los sujetos habilitados por la ley para participar en este. Esta función discurre desde el inicio hasta el final del proceso de concreción del crédito. También sería menester discernir sobre la responsabilidad que incurriría el órgano administrativo como privados —el caso concreto de las calificadoras de riesgo— cuando sus decisiones, dictámenes, recomendaciones o pronunciamientos resultan pocos acertados o desafortunados afectando gravemente el mercado bursátil.

Otro aspecto, el acuerdo societario que origina al título valor producto de la decisión de la asamblea de accionistas o los administradores habilitados. Es importante determinar responsabilidades de carácter patrimonial que pudieran asumir los órganos societarios cuando en virtud de la oferta pública se emitieron valores y garantías de muy poca solvencia previa aprobación del respectivo balance, reflejándose una situación patrimonial que no corresponde a este; como la incapacidad patrimonial del órgano emisor en caso de retiro, revocatoria o suspensión de la oferta pública.

Los títulos valores como solicitud de préstamo e instrumentos bursátiles para ser colocados al público; resulta de importancia la información financiera sobre los oferentes como aspecto cardinal para tomar la decisión de adquisición; inclusive abarca la propaganda o publicidad a través de los medios de difusión sobre las bondades del producto financiero con la finalidad de evitar lo que se ha denominado la oferta fraudulenta o engañosa. Esta debe ser evaluada y controlada por los órganos internos societarios como la autoridad administrativa respectiva para procurar la seriedad y solvencia de las emisiones.

La protección de los inversores resulta relevante en el mercado capitalista en tal sentido la ley y doctrina nacional y extranjera han previsto las asociaciones de los inversionistas —obligacionistas— cuyo rol se inicia desde la emisión; si bien resulta un elemento de importancia, su desarrollo jurídico en general es lento incluso tangencial.

No solamente, las inversiones masivas en títulos valores se limitan a una expectativa económica; sino en muchos casos tienen intenciones de control sobre otras sociedades incluso con carácter monopolista; se agrega las especificidades sobre las denominadas acciones en tesorería. Ante estas realidades, del mercado de valores, las regulaciones y actuación de la autoridad administrativa, tendría como punto orientativo evitar las prácticas que atentaría sobre el libre desplazamiento y comercialización de los títulos.

Se ha observado que el mercado de valores resulta cada vez más complejo como las nuevas prácticas y vicios que se pudieran generarse. En consecuencia, los marcos

legislativos y regulatorios debiesen estar en continua evaluación con la finalidad de **no** incurrir en atrasos y lagunas jurídicas como doctrinales; respondiendo a la dinámica de este fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA

Libros Texto

- Andueza, José Guillermo. “La Comisión Nacional de Valores y las acciones en tesorería”. en El caso del Banco de Venezuela. La incompetencia de la Comisión Nacional de Valores para declarar acciones en sociedades anónimas, como acciones en tesorería. Tomo II. Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos n°6. Caracas, editorial jurídica venezolana, 1995.
- Ascarelli, Tulio. *Derecho Mercantil*. México DF, Biblioteca Jurídica, 1940.
- Brunetti, Antonio. “Emisión de obligaciones”, en Sociedades Mercantiles. Serie Clásicos del Derecho Societario. Vol. 1. México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Brunetti, Antonio. “Acción como título de crédito”. en Sociedades Mercantiles. Serie Clásicos del Derecho Societario. Vol. 1 México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Díaz Bravo, Arturo. “Títulos de crédito”. México, IURE, Editores. S.A. 2003.
- Goldschmidt, Roberto. “Principios generales sobre los títulos valores” En Curso de Derecho Mercantil. Caracas, Ediar Venezolana S.R.L., 1979.
- Garcimartín. Francisco “Sistemas de representación y tenencia de valores”. En Estudio sobre los sistemas de registro, compensación y liquidación de valores en Iberoamérica. Madrid, Fundación Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, 2012.
- Lorda Crespo, Jon Ander. “El contrato bursátil”. (Lejona, Universidad del País Vasco. 2021), 44-45.
- Martínez Echeverría, Alonso y García de Dueñas. “La naturaleza jurídica de los valores anotados en cuenta: el desarrollo de la doctrina de los wertrechte en el derecho español”. México, Editorial Mariano Otero- 2003.
- Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1.971.
- Morles Hernández, Alfredo. “Las acciones en la sociedad anónima” en Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Tercera Edición. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989.
- Morles Hernández, Alfredo. “Introducción al estudio de los títulos valores”, en Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Tercera Edición. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989.
- Morles Hernández, Alfredo. “El dictamen de los profesores Romero Uria y Aurelio Menéndez”, en El caso del Banco de Venezuela. Tomo III. Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N°8, 55-87. Caracas, editorial jurídica venezolana, 1996.
- Morles Hernández, Alfredo. “Régimen legal del mercado capitales”. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. “Operaciones de intermediación en el crédito. Emisión de obligaciones.”, en Derecho Bancario. México: Editorial Porrúa S.A., 1964.
- Tapia Hermida, Alberto Javier. Derecho del Mercado de Valores. Barcelona: Editor José M. Bosch. 2000.

Vivante, Cesar. “Sociedad Anónima”, en Derecho Mercantil. Madrid: La España Moderna, 1913.

Revistas

Aarons P, Fred. “Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y fraccionamiento de las acciones societarias”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 7. Homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello, (diciembre 2021), pp. 271-330.

Aparicio González, Mariza. “Flexibilización del régimen de emisión de obligaciones”. Noticias Breves /marzo 2013. <https://www.gomezacebo-pombo.com> (consultada 8 de febrero del 2023).

Bustos, Sebastián y Leticia Celador. “El nuevo sistema de compensación y liquidación de instrumentos financieros: Completando la infraestructura financiera chilena”. Derecho y Humanidades, No 16 vol. 2, (2010), pp. 185-202

Calderón Torres, P. “Mercado de capitales. Una mirada en retrospectiva”. Revista De Estudios Tributarios, N° 6 (2012), pp. 35-92.

Gagliuffi Piercechi, Ivo S. “Reflexiones sobre el Representante de los Obligacionistas”. THE-MIS. Revista de Derecho. Segunda Época. N° 40 (2000) pp. 143-160.

Gallegos Gómez, Ricardo, “El sistema de anotación en cuenta en la Ley de Mercado de Capitales”. Revista Jurídica, (2013), pp. 257- 283.

Garcimartin, Francisco. “Las novedades en materia de emisión de obligaciones bajo la ley extranjera”. Almacén de Derecho(blog) (25 de mayo del 2015). <https://almacenederecho.org/las-novedades-en-materia-de-emision-de-obligaciones-bajo-ley-extranjera>.

Ginebra Serrabou, Xavier. “Los contratos de adhesión financieros y las cláusulas abusivas en materia financiera”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año V, núm. 9, (enero-junio 2016), pp. 55-90.

Hundskopf Exebio, Oswaldo “Las acciones de una Sociedad Anónima: ¿son o no son títulos valores?”. Dimensión Mercantil(2022). <https://dimensionmercantil.pe/las-acciones-de-una-sociedad-anonima-son-o-no-son-titulos-valores/>.

Hundskopf Exebio, Oswaldo. “Las emisiones de obligaciones en el mercado de valores y su rescate anticipado”. Ius et Praxis. N° 30. Sección empresarial (1999): pp.95-112.

Lama More, Héctor Henrique. Garantías en títulos valores. Revista Oficial del Poder Judicial del Perú: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9, (2012-2013). págs. 45-63-

Loncharich Lozano, Ivanna. “Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de valores”. *Derecho PUCP*, N° 53, (2000), pp. 825-836.

Mendiola, Alfredo, Carlos Aguirre, Giancarlo Bendezu, Ana Berrospi, y Desiree Córdova, Paul Núñez del Prado. “Emisión de acciones de empresas peruanas en el mercado financiero internacional: factores de éxito, beneficios y riesgos” Universidad ESAN, (2014), pp. 15-36.

Pérez Castro, Carlos. “Prestamos de títulos valores”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 56 (2001), pp. 271-330.

Pérez Castro, Carlos. “Operaciones bursátiles a plazo”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 57 (2002), pp. 199-255.

- Ruiz Arranz, Antonio Ismael. “La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad”. Anuario de derecho civil, Vol. 71, N° 4, (2018), pp. 1351-1486.
- Ruiz Torres, Gustavo. “El contrato de underwriting”. Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia. Año 3/N° 8 (abril- julio 2005) pp. 115-125.
- Prado Puga, Arturo. “Acercas del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno. Su alcance, contenido y límites”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 30. Sección Estudios. N° 2 (2003) pp. 237-269.
- Otis Rodner, James. “Notas sobre las obligaciones convertibles”. Bolsa de Valores de Caracas. Año 28. N° 349. (Julio 1976) pp. 3-17.
- Romero Montilla, Fluvia “La titularización de activos en el mercado de valores venezolano”. Revista Iberoamericana de Mercado de Valores, N° 23, (2008), pp. 79-86.
- Ruiz Arranz, Antonio Ismael. “La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad”. Anuario de derecho civil, Vol. 71, N° 4, (2018), pp. 1351-1486.
- Torres García, Farah. “La Regulación del Representante de los obligacionistas en el ámbito en el mercado de valores”. Asociación Civil Derecho & Sociedad. Num. 41 (2013), pp 57-65.
- Vidal Ramírez, Fernando. “La oferta pública de valores”. *THEMIS Revista De Derecho*, (9), (1987) pp. 15-25
- Zegarra Mulánovich, Álvaro. “La noción de título valor”. Revista de Derecho. Vol. 22 Núm. 1 (2021), pp. 83-127.

Tesis

- Bonito Rivadeneira, Giannela Marianne, “Estructuración financiera de una emisión de obligaciones, como mecanismo de financiamiento de una empresa del sector real, a través del Mercado de Valores”. Maestría en Gestión Financiera y Administración de Riesgos Financieros. Sede Ecuador. Área de Gestión. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. 2021.
- Bustamante Peláez, Juan David – Sánchez Sepúlveda, Daniel Alejandro, “Ofertas públicas de adquisición (OPAS) y reacción de precios en Suramérica”. Maestría en Administración Financiera Universidad Eafit. Medellín. 2022.
- Carrera Villagrán, Álvaro “Las Obligaciones: Controversias de las Obligaciones Convertibles en Acciones”. Trabajo Fin de Grado en Derecho Mercantil 4-E Negocios. Universidad Pontificia de Comillas – ICADE 2014.
- Croce Civitillo, Vanessa, “Estrategias para gerenciar el flujo de caja de una empresa del sector ingeniería en época de crisis, periodo 2007-2009”. Trabajo especial de grado presentado como requisito para optar al título de especialista en instituciones financiera. Postgrado en Instituciones Financieras. Universidad Católica Andrés Bello. Julio 2009.
- Gonzalo Navarro Ruiz, “El sistema del registro contable de valores admitidos a negociación”. Memoria para optar al de Doctor, Universidad Complutense de Madrid. 2017.
- Renata Romero, Paola y Juan Carlos Tristán Rodríguez, “Derivados Financieros. El Contrato Marco de la International Swaps And Derivatives Association a la Luz del Derecho Costarricense”. Tesis para Optar por el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Abril, 2010.

Leyes

Congreso de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 475. De 1955. Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio.

Presidencia de la República de Venezuela. Gaceta Oficial. Extraordinario N° 6.211 del 30-12-2015. Decreto N° 2.176 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores.

Superintendencia Nacional de Valores. Gaceta Oficial N° 41745 del 24-10-2019. Normas relativas a la Oferta Públicas, Colocación y Publicación de las Emisiones.

Superintendencia Nacional de Valores. Gaceta Oficial N° 42.105, del 13-04-2021. Providencia mediante la cual se dicta el Instructivo para solicitar Autorización de Oferta Pública de Pagaré Bursátil.

Gobierno Corporativo aplicado a las PYMES en Venezuela

Rubén Eloy Balzan Almeida*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 617-639

Resumen: La presente investigación tiene por objetivo principal examinar los principios del Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico (OCDE) aplicables al contexto de las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) en Venezuela. Es una investigación de tipo jurídico-descriptiva, cuyo diseño fue documental y la técnica de recolección de datos utilizada fue la observación documental. Partiendo de la revisión de diferentes modelos de gobierno corporativo, fue seleccionado los principios del Gobierno Corporativo planteados por la OCDE y se analizó los resultados de su implementación en países como Colombia, integrando las consideraciones homogéneas entre los autores para constituir una base referencial para su aplicación en las Pymes en Venezuela.

Palabras claves: Pymes, Gobierno corporativo, derecho societario.

Corporate Governance applied to SMEs in Venezuela

Summary: *The main objective of this research is to examine the principles of Corporate Governance of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) applicable to the context of medium-sized enterprises (SMEs) in Venezuela. It is a legal-descriptive investigation, whose design was documentary, and the data collection technique used was documentary observation. Based on the review of different corporate governance models, the principles of corporate governance proposed by the OECD were selected and the results of their implementation in countries such as Colombia were analyzed, integrating the homogeneous considerations among the authors to constitute a referential basis for their application. in Venezuelan SMEs.*

Keywords: *SME, corporate governance, corporate law.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Universidad de Carabobo Abogado, 2010. University Caribbean International Magister en Derecho y relaciones internacionales, 2013. Universidad Rafael Urdaneta Especialista en Derecho Mercantil, 2023. University Caribbean International Jornada académica de actualización Gerencial, 2013. Colegio de Abogados del Estado Carabobo II Jornada de derecho laboral, 2014. Universidad de Margarita Curso Integral de Derecho del Trabajo y del Contencioso Administrativo Laboral, 2014. E-mail: rubenbalzan@gmail.com

Gobierno Corporativo aplicado a las PYMES en Venezuela

Rubén Eloy Balzan Almeida*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 617-639

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Gobierno Corporativo. 2. Aplicación de Buen Gobierno Corporativo en países de Latinoamérica. 3. Las Pymes en Venezuela. 4. Aplicabilidad de los principios de Gobierno Corporativo en las Pymes en Venezuela.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Incorporar normas y principios que dicten lineamientos claros para su aplicación en las empresas favorece el desarrollo económico, social y jurídico de las mismas, representando además oportunidades de crecimiento para los países que las apliquen. Por ello, el aporte de los modelos de Gobierno Corporativo representa alternativas que contribuyen a una adecuada gestión para las empresas.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en sus siglas OCDE postulan una serie de principios donde se consagra: La consolidación de la base para un marco eficaz de Gobierno Corporativo, los derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave, los inversores institucionales, los mercados de valores y otros intermediarios, el papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo, la divulgación de información y transparencia, y las responsabilidades del Consejo de Administración.

Considerando que dichos principios fueron adoptados dentro de los modelos de las empresas de algunos países de Latinoamérica, como Colombia, Chile y Perú, y cuyos resultados dan evidencia de sostenibilidad y recuperación económica, se convierten en referencia clave para ser aplicados en las Pequeñas y Medianas Empresas en otros países.

En el caso de Venezuela, las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) se enfrentan con factores que afectan su empoderamiento e impacto en la economía; entre ellos,

* Universidad de Carabobo Abogado, 2010. University Caribbean International Magister en Derecho y relaciones internacionales, 2013. Universidad Rafael Urdaneta Especialista en Derecho Mercantil, 2023. University Caribbean International Jornada académica de actualización Gerencial, 2013. Colegio de Abogados del Estado Carabobo II Jornada de derecho laboral, 2014. Universidad de Margarita Curso Integral de Derecho del Trabajo y del Contencioso Administrativo Laboral, 2014. E-mail: rubenbalzan@gmail.com

es posible mencionar el continuo incremento en los costos de funcionamiento de maquinarias y equipos, la dificultad para adquirir insumos y recursos necesarios, así como el uso inadecuado de sistemas de soporte para la toma de decisiones.

Por otro lado, la intervención del Estado a los fines de sistematizar un andamiaje proteccionista de los derechos económicos de los ciudadanos se refleja en los artículos 153 y 117 de la Carta Magna de la República Bolivariana, creando un marco regulatorio proteccionista del consumidor, presentado como la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ), promulgada en 2015 con el objetivo de regular los precios de bienes y servicios para proteger a los consumidores y promover la competencia entre las empresas. Esta ley ha tenido un impacto significativo en las Pymes, especialmente en cuanto a la fijación de precios. La LOPJ también ha obligado a las Pymes a adaptar sus estructuras de costos para cumplir con los requisitos legales, lo que puede ser un desafío para muchas empresas pequeñas.

Otro desafío al que deben enfrentarse las Pymes venezolanas, es la ecoeficiencia, caracterizada como la capacidad de producir bienes o servicios con menos recursos y al mismo tiempo reducir el impacto ambiental. Desde un análisis comparativo se encuentra que las Pymes venezolanas no están aprovechando al máximo los recursos o tecnologías disponibles para reducir su impacto ambiental. Esto, podría conducir a mayores pérdidas económicas para estas empresas si no toman medidas para ser más ecoeficientes¹.

De lo anterior mencionado, se constituye el escenario para establecer un análisis donde se considere la gestión que representa la constitución de los principios de Gobierno Corporativos de la OCDE en las Pymes en Venezuela, con énfasis en los criterios establecidos a partir del Derecho Mercantil venezolano.

1. Gobierno Corporativo

1.1. Definición

En la actualidad existen diferentes definiciones para el Gobierno Corporativo provenientes de organismos, Federaciones e instituciones internacionales como el IFC (2014), la cual indica que “*son las estructuras y procesos para la adecuada dirección y control de las empresas, que contribuyen a la generación de valor y a su desarrollo sostenible al mejorar su performance y su acceso a las fuentes de capital*”.

¹ LEAL, José. 2005. Ecoeficiencia: marco de análisis, indicadores y experiencias. En <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5644>. [Consultado el 15 de febrero de 2023]

Para Wolfensohn el Gobierno Corporativo es entendido como² “*las reglas y procedimientos para tomar decisiones en los asuntos corporativos y la promoción de la justicia corporativa, la transparencia y la rendición de cuentas.*” Mientras que para la OCDE “*es el sistema por el cual las sociedades son dirigidas y controladas*”³. Al respecto Flores y Rozas⁴ indican:

El buen Gobierno Corporativo está cobrando cada vez más importancia en el ámbito local e internacional, debido a su reconocimiento como un valioso medio para alcanzar mercados más confiables y eficientes, encargado de explicar las reglas y los procedimientos para tomar decisiones en asuntos como el trato equitativo de los accionistas, el manejo de los conflictos de interés, la estructura de capital, los esquemas de remuneración e incentivos de la administración, las adquisiciones de control, la revelación de información, la influencia de inversionistas institucionales, entre otros, que afectan el proceso a través del cual las rentas de la sociedad son distribuidas.

Por tanto, la definición de Gobierno Corporativo que es referido por los autores corresponde con diversos ámbitos de interacción, tales como aspectos de gestión, éticos, legales, normativos, estructurales, conductuales. Siendo este un proceso no un estado cuyo campo está en continua evolución⁵.

La globalización ha permitido la propagación transfronteriza de conocimientos y tecnología, lo que ha impactado en la gestión empresarial. La globalización de los mercados ha acelerado el proceso de internacionalización de las empresas creando un auge del Gobierno Corporativo a lo largo y ancho de las organizaciones.

1.2. Auge del Gobierno Corporativo

Se registra el impulso de Gobierno Corporativo a principios de los años noventa, como resultado de los procesos de privatización en los países de Europa oriental. Pero fue hace solo unos años que adquirió mayor difusión y análisis en los medios especializados, a raíz de los escándalos producidos en importantes empresas de Estados Unidos y otros países desarrollados, como los casos de Enron, Worldcom, Parmalat y otros.

² WOLFENSOHN, James. 2017. Definición de Gobierno Corporativo. En https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2008_1/a02.pdf. [Consultado el 24 de febrero de 2023]

³ OCDE. 2016. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. En <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>. [Consultado el 18 de febrero de 2023]

⁴ FLORES KONJA, Julio; ROZAS FLORES, Alan. 2008. El gobierno corporativo: un enfoque moderno. En https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2008_1/a02.pdf. [Consultado el 20 de febrero de 2023] :7,10

⁵ CLAESSENS, S. 2003. Corporate Governance and Development. Global Corporate Governance Forum Focus 1. En <https://www.redalyc.org/journal/3579/357966632009/html/> [Consultado el 20 de febrero de 2023]

Los países de América Latina, han ido entendiendo estos beneficios de implementar un Buen Gobierno Corporativo en las empresas y entidades, y en casi todos ellos ha comenzado un proceso de impulsar su implantación (Flores y Rozas, 2008). En la actualidad son más de ochenta y dos países los que han desarrollado y publicado recomendaciones propias a las características de su país. Además, los emisores son diferentes dependiendo de cada nación, a saber: de las bolsas de valores cuando la iniciativa proviene del órgano de gobierno del mercado de valores: SEC, CNMV, etc.⁶. Las diferentes muestras de aplicación y monitoreo de Gobierno Corporativo en países de Latinoamérica se pueden observar, mencionan Flores y Rozas:

En el Perú, por ejemplo, la Comisión Nacional de Empresas y Valores (CONASEV) ha publicado una norma que en la bolsa a incluir en sus memorias anuales una auto calificación respecto del cumplimiento de los principios de buen Gobierno Corporativo que esta entidad ha emitido. En Colombia, los avances son importantes habiéndose publicado el Código de Gobierno Corporativo para Compañías Inscritas en la Bolsa de Comercio Colombiana en agosto de 2003. Chile ha sido uno de los primeros países de la región que realizó importantes reformas legales sobre Gobierno Corporativo en diciembre de 2002. Y en Argentina, la ley que entró en vigor en julio de 2001, reformando los mercados de capital, contiene una serie de temas que contempla prácticas de buen Gobierno Corporativo donde se obliga a las empresas con valores cotizados⁷.

De esta manera, el panorama que ofrece el Gobierno Corporativo se aprecia enmarcado de forma implícita en la ética empresarial, misma que se aplica al ámbito organizacional, con indicadores que destacan la calidad humana, la excelencia de las personas y de sus acciones, en el ámbito de trabajo y de su desenvolvimiento. Por tanto, las prácticas de buena conducta empresarial se plasman en códigos de ética, que agrupan el conjunto de valores que están establecidos en un mismo sistema con el fin de favorecer a la empresa en su totalidad.

1.3. Desarrollo de sus principios

Desde 1999 la OCDE emitió sus Principios de Gobierno Corporativo⁸. Estos se han convertido en documentos de referencia para responsables de política, inversionistas, corporaciones y otros grupos de interés (*stakeholders*) alrededor del mundo, quienes han incrementado la agenda y aportan una guía especializada de buenas prácticas para su implementación, adaptándose a las circunstancias particulares de cada país (miembros o no miembros de OCDE) o región, sea para iniciativas legislativas y/o regulatorias en países miembros y no miembros.

⁶ GARZÓN CASTRILLÓN. Manuel. 2021. Antecedentes del Gobierno Corporativo (GC). En <https://journals.epnewman.edu.pe/index.php/IBJ/article/view/202>

⁷ FLORES KONJA, Julio; ROZAS FLORES, Alan. 2008. El gobierno corporativo... p. 8

⁸ OCDE. 2016. Principios de Gobierno ...

Tales principios se estructuran en función de sus pilares, constituidos en: Los derechos de los accionistas, tratamiento equitativo de los accionistas, función de los grupos de interés social en el gobierno de las sociedades, comunicación y transparencia informativa y responsabilidades del consejo. Estos son abordados por la OCDE en los siguientes términos:

El principio del derecho de los accionistas presenta un marco de Gobierno Corporativo para proporcionar incentivos adecuados en el Consejo de Administración donde la dirección seleccione aquellos objetivos más adecuados. Los derechos básicos de los accionistas incluyen el derecho a estipular los métodos de registro de la propiedad, traspasar o transferir las acciones y recibir información sobre la empresa, además, busca garantizar que se reparen satisfactoriamente las violaciones de sus derechos.

En cuanto al principio de tratamiento equitativo de los accionistas, cumple con la función de los grupos de interés social y el objetivo primordial del principio de tratamiento equitativo es que los accionistas reciban un trato similar posibilitando la igualdad en el ejercicio de sus derechos, observando la obtención de beneficios como grupo sobre los intereses individuales sin importar la jerarquía del socio.

La Comunicación y transparencia informativa como principio tiene la finalidad de asegurar que se presenta la información de manera precisa y oportuna sobre todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno. Esto incluye información sobre los objetivos, la naturaleza y estructura del grupo; así como información no financiera relacionada con ética empresarial, medio ambiente y asuntos sociales. El marco del Gobierno Corporativo también anima a las sociedades a divulgar su participación en los consejeros, incluidos los no ejecutivos. Esto ayudará a mejorar el ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE exigen el análisis de las responsabilidades de los directorios para garantizar una toma de decisiones eficiente y un buen gobierno corporativo. La junta debe realizar ciertas funciones clave, incluida la revisión y dirección de la estrategia corporativa, para los principales planes de acción y el desempeño. El énfasis se encuentra en la revisión de la estrategia corporativa, la gestión de riesgos y los sistemas de control interno⁹.

⁹ OCDE. 2016. Principios de Gobierno ...

1.4. Modelos de Gobierno corporativo

Los modelos de negocio son esenciales para crear valor y obtener ingresos. La toma de decisiones en una empresa es el proceso de elección entre opciones que apuntan a resolver un problema. Existen diferentes tipos. A continuación, se describen tres principales: El alemán, americano y el japonés.

1.4.1. Modelo corporativo alemán

El modelo de Gobierno Corporativo alemán plantea que las empresas delegan el control total o parcial a un banco. “*La institución financiera tiene como objetivo principal proveer fondos al grupo empresario para su desarrollo económico, de modo tal que el banco se asegura del pago del financiamiento por medio del ejercicio del control sobre las actividades del grupo*”¹⁰. Teniendo como basamento:

La elección de un órgano, el consejo de vigilancia, que se entre pone entre la junta de los accionistas y el consejo de administración. Permitiendo alinear los intereses de la gerencia y los trabajadores para mejorar la productividad y aumentar la seguridad de los accionistas contra los riesgos. Los miembros de la Junta Directiva asumen colectivamente la responsabilidad de la dirección de la empresa, mientras que el presidente coordina el trabajo de los miembros de la directiva y el Consejo de Vigilancia deben informar cuentas anuales sobre el Gobierno Corporativo o de la empresa¹¹.

El Código Alemán de Gobierno Corporativo establece disposiciones legales para la dirección y control de las compañías alemanas cotizadas en bolsa. Los miembros de la Junta Directiva asumen colectivamente la responsabilidad de la dirección de la empresa; el presidente coordina el trabajo de los miembros directivos y el Consejo de Vigilancia, e informa sobre cuentas anuales de la empresa¹².

1.4.2. Modelo corporativo americano

El modelo americano, se fundamenta en la teoría de *stakeholders*, caracterizado por mecanismos de control interno y regulación para proteger los intereses de los diversos grupos de interés conformados por accionistas, directivos, administradores y otros actores relacionados con la organización¹³. Los directores del Gobierno Corpora-

¹⁰ GARDE, Hugo. 2012. Modelos de gobierno corporativo. Universidad Católica Argentina. En <https://core.ac.uk/download/pdf/32624576.pdf> [Consultado el 20 de febrero de 2023]: 117

¹¹ Código Alemán de Gobierno Corporativo, 2005

¹² GARDE, Hugo. 2012. Modelos de gobierno corporativo. Universidad Católica Argentina. En <https://core.ac.uk/download/pdf/32624576.pdf> [Consultado el 20 de febrero de 2023]

¹³ RUIZ, Leire; RETOLAZA, José. 2012. Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica. Universitas [Consultado el 20 de febrero de 2023]

tivo americano, tienen acceso a información, monitoreo y control sobre las empresas. Además, hay una junta de supervisión compuesta al 50% por representantes de los accionistas y el resto por empleados¹⁴.

1.4.3. Modelo corporativo japones

El Gobierno Corporativo japonés se conforma en su estructura interna y su funcionamiento, equilibrado e incluso muy respetuoso de la relación laboral con sus trabajadores, con una filosofía donde estos hacen la empresa suya, motivándolos al mejor funcionamiento de las mismas, mientras que los accionistas establecen una estructura conformada por varios en bloque, pero sin tener control mayoritario¹⁵.

1.4.4. Similitudes y diferencias entre los modelos corporativos

En las tres propuestas conformadas por los modelos: americano, alemán y japonés se observan similitudes en cuanto a la importancia de la transparencia, veracidad, buenas prácticas y comportamiento empresarial. Aspectos fundamentales, ya que la ética en los negocios se basa en reglas escritas y tácitas sobre los principios que rigen las acciones y la toma de decisiones empresariales¹⁶.

Las diferencias se aprecian entre el enfoque del código japonés donde se pauta un trato igualitario entre accionistas, contrastando con el alemán que se inclina a proteger a los accionistas minoritarios. Otra diferencia se identifica en el modelo americano, el cual integra en sus prácticas la Ley Sarbanes-Oxley, los otros dos modelos no lo hacen.

La Ley Sarbanes-Oxley (SOX) de 2002, también denominada Ley de Responsabilidad Corporativa, pretende mejorar las actividades financieras de las empresas y la regulación de los informes financieros. Sus creadores, el senador Paul Sarbanes y el representante Michael Oxley, crearon 11 secciones y plazos, que son objeto de nuevas directrices. La Ley aborda cuatro temas básicos: Responsabilidad empresarial, Castigo penal, Regulación contable y Nuevas protecciones. La ley protege a los inversores de los informes financieros falsos y a los denunciantes de actividades fraudulentas¹⁷.

De lo anterior se aprecia que cada modelo planteado a pesar de compartir semejanzas y diferencias, debe estar orientado a seleccionarse considerando otras características asociadas a los aspectos regionales y ambientales adonde se pretende aplicar,

¹⁴ GARDE. Hugo. 2012. Modelos de gobierno corporativo...

¹⁵ CASTAÑEDA. Gonzalo. 1999. El Gobierno Corporativo. Modelos de Gobierno Corporativo. En http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/lagar_m_a/capitulo3.pdf [Consultado el 20 de febrero de 2023]

¹⁶ PEIRÓ. Rosario. 2023. Ética empresarial. En <https://economipedia.com/definiciones/etica-empresarial.html> [Consultado el 15 de febrero de 2023]

¹⁷ Ley Sabarnes oxley.2002

esto explica la variedad de estilos en los modelos y clarifica la importancia de ubicar un modelo con consideraciones similares al contexto de Venezuela.

1.4.4.1. Modelo de Gobierno Corporativo de Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (CCMA)

El modelo de Gobierno Corporativo de CCMA se basa en cuatro componentes: Responsabilidad, transparencia, rendición de cuentas y compromiso. Estos componentes están diseñados para asegurar que la CCMA y sus entidades asociadas cumplan con sus compromisos y obligaciones.

Se estructura en dos órganos: el Consejo Rector y el presidente o presidenta, así como el Consejo Asesor de Contenidos y Programación. Corresponde al Consejo Rector establecer las directrices de las prácticas de Gobierno Corporativo propias de la CCMA, así como de sus entidades asociadas.

La implementación de buenas prácticas de Gobierno Corporativo en la CCMA ha tenido un efecto ancla en sus entidades asociadas, llevándolas a adoptar prácticas similares. Esto se ha logrado a través de una doble visión tanto desde sus propias prácticas de Gobierno Corporativo como desde las de sus entidades asociadas¹⁸.

1.4.4.2. Comparación entre Modelos alemán, americano y japones con el Gobierno Corporativo de Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (CCMA)

Comparte algunas similitudes en las bases de responsabilidad, transparencia, rendición de cuentas y compromiso con los modelos alemán, americano y japonés. Sin embargo, también tiene características únicas que lo diferencian de otros modelos, por tanto, alienta a las empresas a centrarse en el crecimiento a largo plazo en lugar de las ganancias a corto plazo.

El modelo alemán se basa en un sistema de asociación entre empresas y un banco principal, mientras que el modelo estadounidense se basa en las restricciones impuestas por la Bolsa de Valores de Nueva York en 1792. El modelo japonés se basa en regulaciones gubernamentales, bancos y grupos empresariales, mientras el Gobierno Corporativo de la CCMA es regulado a partir del empresariado, aunque comparte con el estado el cumplimiento de consideraciones públicas.

¹⁸ CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN ANTIOQUIA. 2021. Informe de gestión. En https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documentos/2021/Informe_gestion_general_CCMA%20_2020.pdf [Consultado el 15 de febrero de 2023]

Finalmente, el modelo corporativo que se ajusta a los principios de la OCDE y que comparte coincidencias regionales, territoriales e incluso sociales y culturales por su ubicación en el contexto venezolano es el modelo de la CCMA.

1.5. Recomendaciones de los organismos internacionales para la implementación de gobiernos corporativos en las PYMES

1.5.1. Corporación Financiera Internacional (IFC)

La Corporación Financiera Internacional (IFC) ha desarrollado una guía para la aplicación del Gobierno Corporativo en las pequeñas y medianas empresas (Pymes). La misma destaca: Cultura de buen Gobierno Corporativo entre los empleados, plan de acción para el gobierno corporativo, sistemas de contabilidad que se adapten a las necesidades de las Pyme, estrategias para aumentar la transparencia y rendición de cuentas dentro de la empresa¹⁹.

Esta guía presenta recomendaciones específicas para cada etapa evolutiva de las Pymes, lo cual la convierte en una herramienta muy útil en virtud del valor que aporta la pequeña y mediana industria brindar visión y enfoque para avanzar con una metodología, previniendo riesgos y aprovechando las oportunidades.

1.5.2. CAF- Banco de desarrollo para América Latina

Los lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo son una serie de recomendaciones presentadas por la Comunidad Andina de Fomento (CAF). El objetivo de estos lineamientos es poner a consideración de las empresas de la región, operadores de los mercados financieros y reguladores, un conjunto de principios y prácticas que permitan mejorar el Gobierno Corporativo en América Latina. Estos lineamientos se enfocan en áreas como la transparencia, la rendición de cuentas, el respeto a los derechos de los accionistas y la responsabilidad social empresarial²⁰.

Sus lineamientos fijan criterios en la unidad de la estructura organizativa, este valor es de transcendental importancia puesto que robustece las estructuras que permitirán el mantenimiento y en consecuencia un crecimiento sólido que garantizará su permanencia en el tiempo, lo cual genera bienestar en el futuro.

¹⁹ Corporación Financiera Internacional, 2014

²⁰ CAF.2013. Reporte de economía y desarrollo. En <https://www.caf.com/es/temas/i/investigacion-para-el-desarrollo/publicaciones-investigacion/reporte-de-economia-y-desarrollo/red-2013/> [Consultado el 15 de febrero de 2023]

1.5.3. Deloitte

Firmas como Deloitte que prestan servicios profesionales, ofreciendo auditoría, consultoría, asesoría financiera, fiscal y jurídica en más de 160 países donde se impulsan el progreso y ayudan a los clientes a convertirse en líderes, publicó en 2015 un Código de Gobierno Corporativo en donde brinda recomendaciones, así como actividades esenciales para la adecuada institucionalización de una. Por último, Deloitte también advierte sobre prácticas que debilitan las estructuras del Buen Gobierno Corporativo²¹.

Cámara agrupa sus recomendaciones en tres grandes bloques: aspectos relacionados con el consejo de administración, aspectos relacionados con los accionistas y aspectos relacionados con la transparencia señalando que las prácticas de buen gobierno se deben aplicar según el tipo de empresa, su desarrollo, estructura accionaria y número de accionistas.

Las organizaciones internacionales que han brindado su aporte para el crecimiento económico han coincidido que las prácticas de buen Gobierno Corporativo en las Pymes deben necesariamente tomar en cuenta tanto la capacidad económica de las pequeñas y medianas industrias como su posición en la etapa evolutiva; en virtud que se le podría exigir que las Pymes aborden asuntos que por su características propias frustren los avances armónicos, es decir que debe exigir correspondencia entre lo que se pide a las Pymes y los que ellas pueden ofrecer conforme a su propia capacidad.

2. Aplicación de Buen Gobierno Corporativo en países de Latinoamérica

En Latinoamérica, diferentes instituciones y organizaciones como el Centro Internacional para la Empresa Privada (CIPE) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han publicado documentos orientados a difundir las experiencias exitosas de buen Gobierno Corporativo en la región.

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) también ha contribuido a promover el buen Gobierno Corporativo en América trabajando con empresas reguladas para implementar buenas prácticas, así como para evaluar experiencias exitosas en la materia, centrando la atención en mejorar los procesos de toma de decisiones, la transparencia y la responsabilidad dentro de las empresas²².

²¹ CAMARA. Rafael. 2015. "El buen Gobierno Corporativo clave para el desarrollo". En Cuestión de confianza. Volumen VI. Deloitte p.38

²² CAF. 2007. Gobierno Corporativo una herramienta para la competitividad. En <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2007/03/gobierno-corporativo-una-herramienta-para-la-competitividad>. [Consultado el 20 de febrero de 2023]

Grupo Nutresa, Bancolombia, Alpina, Sura y Bavaria son las empresas en Colombia con mejor Gobierno Corporativo²³. El concepto de Gobierno Corporativo está diseñado para garantizar que las empresas tomen mejores decisiones y prioricen la sostenibilidad. por igual, la implementación de buenas prácticas de Gobierno Corporativo puede ser un motor importante en la creación de valor para las empresas. Empresas como Bancolombia han adoptado estrategias hacia todos los niveles de la organización para asegurar la gestión del conocimiento y la sostenibilidad²⁴.

Otra empresa que destaca en resultados aplicación los principios de Gobierno Corporativo es Cemento Argos. Fundada en Medellín, Colombia hace aproximadamente noventa años. En el año 2004, Argos finalizó y publicó su Código de Buen Gobierno Corporativo, siguiendo las recomendaciones de la Bolsa de Nueva York, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), del Banco Mundial y de instituciones locales.

Su estructura de Gobierno Corporativo se basa en cinco pilares fundamentales: trato equitativo para los accionistas; fortalecimiento de la estructura y del desempeño del Directorio; formulación de procedimientos para proporcionar información completa, exacta y oportuna; establecimiento de un código de ética para los empleados y normativas para las relaciones con diferentes grupos de interés. Por último, fue decidido que tanto auditores internos como externos debían monitorear e informar al mercado sobre el cumplimiento de Argos de su Código de Gobierno Corporativo. Entre los accionistas más importantes de Argos se encuentran inversionistas internacionales y fondos de pensiones [...] El primer comité se encarga de supervisar los procesos de control interno, las actividades de auditoría interna y apoyar las decisiones del Directorio relacionadas con los controles. El segundo comité, Nombres y Remuneraciones, establece políticas de contratación, compensación y desarrollo de personal clave. Propone un plan de compensación vinculado tanto al desempeño personal como empresarial y está a cargo de revisar los planes de sucesión de los altos cargos de la empresa. Por su parte, las remuneraciones del Directorio son aprobadas por la Asamblea General Anual de Accionistas, instancia que puede destituir y reelegir a los directores incluso antes de que finalice su período. Al comité de Asuntos del Directorio le conciernen los papeles y las responsabilidades de los directores, la contratación de nuevos miembros

²³ EL ESPECTADOR. 2020. Empresas con mejor gobierno corporativo. En <https://www.elespectador.com/economia/bancolombia-nutresa-y-sura-las-empresas-con-mejor-gobierno-corporativo-articulo/> [Consultado el 24 de febrero de 2023]

²⁴ CAMARA. Rafael. 2015. "El buen Gobierno Corporativo"

y la definición de políticas destinadas a asegurar la adecuada composición del Directorio. Este comité implementó un sistema de evaluación de los directores y existe ya un programa permanente para su capacitación y desarrollo. En Argos, el Gerente General y el presidente del Directorio son cargos separados²⁵.

En 2022 Grupo Argos alcanzó valores financieros históricos. Los resultados consolidados de sus operaciones le permitieron a la compañía cerrar el año con ingresos acumulados de COP 21,3 billones, creciendo un 31% frente al mismo periodo del año anterior²⁶.

Por su parte en Chile, a partir de su ingreso como miembro de la OCDE, el país adoptó cambios regulatorios en pro de la transparencia y el buen Gobierno Corporativo incorporando las principales recomendaciones para empresas. El Estado chileno aprobó en marzo de 2010 la Ley 20.392 que introduce importantes modificaciones al estatuto orgánico de CODELCO líder mundial en la industria del cobre con el objeto de mejorar el Gobierno Corporativo²⁷. Codelco generó excedentes por US\$ 7.394 millones en 2021, cifra 256% superior al ejercicio anterior y la segunda más alta de los últimos 10 años²⁸.

3. Las Pymes en Venezuela

Existen diferentes definiciones y estándares en cada país para nombrar y clasificar a las empresas en la categoría de pequeñas y medianas, donde algunos criterios compartidos giran en función al número de empleados, ventas/ingresos y activos; mientras otros seleccionan a la unidad económica de producción como factor para considerar, destacando si entran en el rubro de manufactureras, comerciales o de servicios.

Es pertinente conocer que, *“el término empresa media fue acuñado en México para incluir en un grupo a las Pymes y a aquellas microempresas denominadas con opción de desarrollo. Esta nueva clasificación conserva como único criterio el número de trabajadores laborantes en ellas”*²⁹. Por otra parte, la OCDE define a las Pymes como:

²⁵ IFC,2005

²⁶ GRUPO ARGOS.2022. Grupo Argos registró resultados récord e históricos al cuarto trimestre de 2022. En <https://www.grupoargos.com/noticias/grupo-argos-registro-resultados-record-e-historicos-al-cuarto-trimestre-de-2022-los-ingresos-acumulados-consolidados-llegaron-a-cop-213-billones-31-el-ebitda-a-cop-52-billones-21-y-la-utilid/#:~:text=Los%20resultados%20consolidados%20de%20sus,con%20un%20crecimiento%20del%2021%25>. [Consultado el 20 de febrero de 2023]

²⁷ BERNAL, A; ONETO, A; PENFOLD, M; SCHNEIDER, L; WILCOX, J. 2012. “Gobierno Corporativo”. En Banco de Desarrollo de América Latina. Volumen N.º 6. Editorial CAF.

²⁸ CODELCO. 2022. Excedentes de CODELCO. En <https://www.codelco.com/prensa/2022/excedentes-de-codelco-llegan-a-us-2-377-millones-en-el-primer-semestre#:~:text=Santiago%2C%2029%20de%20julio%20de,Estado%20por%20US%24%201.671%20millones>. [Consultado el 24 de febrero de 2023]

²⁹ ZEVALLOS VALLEJOS. Emilio. 2003. “Micro, pequeñas y mediana empresa en América Latina” En CEPAL. Volumen N.º 79:56

Empresas que tienen menos de 250 trabajadores, mientras que la Comisión Europea establece un límite máximo de 50 empleados para las microempresas y 250 para las pequeñas y medianas empresas³⁰.

El análisis del criterio de cantidad de trabajadores se ha convertido en un tema importante para entender mejor el comportamiento y la dinámica del mercado laboral, la cantidad de trabajadores que también ha sido considerado por el legislador venezolano en La Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria señala que cálculo de la cantidad de trabajadores en las Pymes (50) trabajadores y con una facturación anual de hasta doscientas mil Unidades Tributarias (200.000 UT) para la pequeña industria, mientras que para Mediana Industria a aquéllas que tengan una nómina promedio anual desde cincuenta y un (51) trabajadores hasta cien (100) trabajadores y con una facturación anual desde doscientas mil una Unidades Tributarias (200.001 UT) hasta quinientas mil Unidades Tributarias (500.000 UT)³¹.

Venezuela cuenta con la Ley para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) que se sustenta en principios de carácter constitucional. Definiéndolas como “*toda unidad de producción o servicio que atiende al sector de la pequeña y mediana empresa. Incluyendo: Asociaciones relacionadas con el sector, cooperativas, asociaciones, etc.*”³².

Así, el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria (INAPYMI) fue creado por mandato de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeñas y Mediana Industria. Estableciendo entre sus funciones: Elaborar, coordinar, ejecutar y supervisar el Plan de Desarrollo anual, así como también promover la recuperación, desarrollo y administración de los Parques Industriales.

Las Pymes representan el 91,6% del total de empresas en Venezuela por lo que su fracaso antes de los cinco primeros años es alto (80%)³³. Por lo tanto, es importante desarrollar propuestas empresariales que potencien no solo el aspecto productivo y financiero, sino también el desarrollo social y humanístico.

³⁰ MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. 2014. Definición de PYME en la UE. En <http://www.ipyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Marco/Paginas/NuevaDefinicionPYME.aspx>. [Consultado el 24 de febrero de 2023]

³¹ PÉREZ PRIETO, María. 2007. “Consideraciones teóricas para el análisis de las pequeñas y medianas empresas como fuente de generación de empleo”. En Revista venezolana de gerencia. Volumen XII N.º 39. Maracaibo. p. 3-6

³² ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2002. Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37583

³³ PÉREZ PRIETO, María. 2007. “Consideraciones teóricas para el análisis de las pequeñas y medianas empresas como fuente de generación de empleo”. En Revista venezolana de gerencia. Volumen XII N.º 39. Maracaibo. p. 3-6

Las empresas normales y las Pymes no figuran una diferencia en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales; lo que quiere decir que las últimas tienen una estructura administrativa precaria, lo que les impide cumplir con los mismos requisitos que las grandes empresas. Esto significa que las Pymes tienen menos capacidad para absorber los costos fijos del cumplimiento de la regulación y el complicado papeleo que esto implica. Aunque existen parámetros legales con el artículo 13 de la LOTT y La ley de promoción a la pequeña y mediana industria que desarrollan preceptos constitucionales para su promoción y desarrollo en la práctica ha resultado un reto; que las Pymes gocen de algún beneficio en la declaración de impuestos o en la excusión de alguna regulación o intervención administrativo o/ fiscalizadora³⁴.

De igual modo, la Constitución Nacional en el artículo 117 prohíbe los monopolios y declara contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los particulares que restrinjan o impidan el libre ejercicio del derecho a la libre competencia³⁵.

Ambos artículos establecen un régimen económico que garantiza la eficiencia y equidad, así como un marco legal para promover la participación de las Pymes en el desarrollo económico del país. Además, se reconocen los derechos de los trabajadores y trabajadoras para desarrollar asociaciones sociales y participativas, lo que permite a las Pymes contar con un mayor apoyo para su crecimiento. Por último, se prevén sanciones severas para aquellos que cometan ilícitos económicos como especulación, acaparamiento o usura, lo que ayuda a proteger a las Pymes contra prácticas abusivas.

4. Aplicabilidad de los principios de Gobierno Corporativo en las Pymes en Venezuela

Partiendo desde lo establecido por Goldschmidt, cuando afirma que:

Se entiende el derecho mercantil como el derecho de la intermediación. Así se piensa en la actividad del comerciante en sentido estricto, la cual indudablemente constituye una actividad de intermediación. Pero el derecho mercantil influye hoy también en la actividad industrial y abarcando siempre algunas operaciones verbigracia de la letra de cambio que no pueden explicarse contrariamente a lo dicho por algunos el concepto de la intermediación³⁶.

³⁴ Ley para la promoción y desarrollo de las Pequeñas Y Medianas Empresas, 2002

³⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999

³⁶ GOLDSCHMIDT, Roberto. 1979. "Curso de Derecho Mercantil". Edición N.º 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas Venezuela: 11

El Derecho Mercantil desde la perspectiva intermediaria ha evolucionado propiciando la creación de figuras que se adapten a las exigencias del derecho societario contemporáneo. El marco donde se constituye el Gobierno Corporativo se manifiesta en el Derecho Societario por dos razones: la regulación de los socios y en la concurrencia multidisciplinaria en los estudios sobre Gobierno Corporativo³⁷ la intermediación del Derecho Mercantil ha seguido su sentido natural para ofrecer a los empresarios la configuración cada vez más estructurada la forma en deben establecerse las relaciones sanas y armoniosas para que las actividades comerciales se realicen de forma natural, sin contratiempos, ofreciendo beneficios y respetando los derechos de todos los involucrados tanto en el ofrecimiento de bienes y servicios como de los que se involucran de la actividad mercantil (relación ganar-ganar).

La evolución del Derecho Mercantil ha sido la respuesta a las demandas de la globalización de las transacciones comerciales y la necesidad de estándares legales uniformes que desde el derecho societario ha integrado una estructura clave en el dinamismo de la actividad comercial para fijar relaciones económicas armoniosas tanto para los socios como para la sociedad en general.

Venezuela no ha escapado a las exigencias del de los intereses de todos los involucrados en la actividad mercantil; puesto que dentro del sistema económico existen tanto el comerciante como los usuarios y estos actores demandan tratos justos y beneficios proporcionales. Este interés se observa en La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual garantiza el derecho a ejercer libremente actividades económicas, a la propiedad y a acceder a bienes y servicios de calidad. Además, prevé un sistema de valores y normas para regir los principios fundamentales de la convivencia social y política.

En el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) se establece que el régimen económico se basa en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del medio ambiente, productividad y solidaridad para asegurar el desarrollo humano integral y una vida digna.

Muchas organizaciones internacionales han creado conceptos y metodologías de prácticas de buen gobierno corporativo; en el caso que ocupa, la OCDE y la Corporación Internacional de Finanzas (IFC), han desarrollado programas dirigidos estratégicamente para que las Pymes puedan promover el buen Gobierno Corporativo el cual, es el objetivo que busca este estudio.

³⁷ Vásquez, 2016

Amén de lo anteriormente expuesto, la OCDE ha publicado varias recomendaciones para estimular la economía latinoamericana, Las cuales resultan propicias por tener criterio de contexto regional abordando los desafíos en siete dimensiones: acceso a financiamiento; apoyo empresarial; desarrollo económico local; innovación y tecnología; medioambiente; seguridad social y trabajo; y competencia. Estas dimensiones se utilizan para evaluar los progresos realizados por los países en materia de políticas que apoyan a las pequeñas y medianas empresas³⁸.

La Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL), ha emitido normas relacionadas con el Buen Gobierno Corporativo que se refieren a las mejores prácticas de Gobierno Corporativo reconocidas a nivel mundial, incluidos los principios de trato equitativo de los accionistas³⁹, estas normas brindan el escenario ideal para la creación de un marco regulatoria basado en los principios de la OCDE y su aplicación de forma institucional aprovechando los canales institucionales que sirven de organismo de ajuste el marco regulatorio necesario para el óptimo desempeño en la implementación de las buenas prácticas de buen gobierno corporativo.

Es necesario que se cumplan en el Gobierno Corporativo las normas establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, además de las leyes, normas y códigos no vinculantes. Direccionando sus principios en el ordenamiento jurídico venezolano a través del Código de Comercio que establecen los requisitos para la constitución y funcionamiento de las empresas.

Por medio de organizaciones como la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela (FEDECÁMARAS), que es una asociación civil sin fines de lucro, constituida por entidades económicas gremiales, y cuyo objetivo es agrupar las cámaras de los diferentes rubros productivos del país⁴⁰, promover la implementación del Gobierno Corporativo en las Pymes iniciando un debate sobre la importancia del Buen Gobierno Corporativo.

El Gobierno Corporativo es un medio para contribuir al fortalecimiento y sostenibilidad de las empresas. FEDECÁMARAS ya ha impulsado el diálogo con otras organizaciones como Alianza Sindical Independiente (ASI), Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), Confederación General de Trabajadores (CGT), Central Bolivariana Socialista de Trabajadores (CBST), FEDEINDUSTRIA, entre otras. El diálogo culminó con el acuerdo de formalizar una instancia técnica para definir un

³⁸ ODCE 2019

³⁹ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES.2021. Normas relativas al Buen Gobierno Corporativodel Mercado de Valores de la República Bolivariana de Venezuela. En Gaceta Oficial N° 42171

⁴⁰ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES.2021. Normas relativas al Buen Gobierno Corporativodel Mercado de Valores de la República Bolivariana de Venezuela. En Gaceta Oficial N° 42171

método de fijación del salario mínimo dentro de una política integral para impulsar la producción y recuperar la economía.

FEDECÁMARAS también podría promover pactos para-sociales dentro de las Pymes. Esenciales para las organizaciones porque proporcionan pautas claras sobre cómo deben comportarse los socios puesto que su comportamiento se relaciona directamente con el éxito de las Pymes.

El Diccionario Panhispánico del español jurídico define el pacto para-social como:

Acuerdo celebrado entre todos o algunos de los socios o administradores de una sociedad, o con terceros, con el fin de integrar, completar o modificar algunos aspectos de la vida de la sociedad o de la relación jurídico-societaria al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional⁴¹.

Estos acuerdos permiten establecer condiciones distintas a las dispuestas en los estatutos sociales para regular las relaciones entre los socios.

Los pactos para-sociales son acuerdos celebrados al margen de la regulación societaria, entre los socios, entre estos y la sociedad, o con terceros, que constituyen una herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas pese a la ausencia de una regulación legal integral, pues en Venezuela, no existe una regulación específica sobre los pactos parasociales; no obstante, en general, tienen fuerza vinculante dependiendo el instrumento a través del cual fijen dichos acuerdos, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 20 de la carta magna el 19 El artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el derecho a la propiedad y garantiza que toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes Además, el artículo 19 reconoce el derecho al goce y ejercicio irrenunciable de los derechos económicos, sociales y culturales Estos artículos establecen la libertad y los derechos económicos en Venezuela.

Es importante señalar que implementar el Gobierno Corporativo en las Pymes requiere tiempo y recursos. Sin embargo, vale la pena invertir en un Buen Gobierno Corporativo porque contribuye al éxito a largo plazo de las empresas.

El desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) es una prioridad para los responsables de la formulación de políticas públicas y privadas en toda América Latina y el Caribe. Constituyendo el 99,5% de las empresas de la región (casi 9 de cada 10 son microempresas) y generan el 60% del empleo productivo formal. Sin

⁴¹ Diccionario Panhispánico del español jurídico. En <https://dpej.rae.es/lema/pacto-parasocial> [Consultado el 20 de febrero de 2023]

embargo, pese a que se considere normal que las Pymes presenten niveles de productividad más bajos que las grandes empresas, las Pymes latinoamericanas presentan una brecha de productividad particularmente significativa, ya que son responsables de solo una cuarta parte del valor total de la producción de la región.

En este contexto, la OCDE está colaborando con la región para fortalecer la formulación de políticas relacionadas con las Pymes como instrumento para el crecimiento económico sostenible y el desarrollo productivo, utilizando el Índice de Política para las Pymes y los estudios de países.

CONCLUSIONES

La implementación del Gobierno Corporativo en las pequeñas y medianas empresas (Pyme) en Venezuela puede traer beneficios, como lo es la transparencia, adecuada toma de decisiones y una mayor confianza de los inversores, a través del desarrollo de prácticas de Buen Gobierno que se adapten a sus necesidades específicas.

Esto incluye establecer relaciones sólidas con bancos y otras instituciones financieras, así como implementar políticas y procedimientos que promuevan la transparencia y la rendición de cuentas. Además, las Pymes deberían considerar la adopción de estándares internacionales de Gobierno Corporativo como los establecidos por la Corporación Financiera Internacional (IFC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), o el Foro Global sobre Gobierno Corporativo, puesto que se ha demostrado los buenos resultados presentes en los países en donde se materializó su implementación favorecieron enormemente lo que se puede evidenciar en la publicación “Mejores políticas para las micro, pequeñas y medianas empresas en América Latina”, elaborada por CEPAL destacando la importancia de mejorar el Gobierno Corporativo en estas empresas.

Implementar el Gobierno Corporativo para las Pymes en Venezuela es entenderlo como un medio para contribuir a la sostenibilidad y desarrollo de la empresa. Esto incluye el fortalecimiento de los órganos de dirección y control, como la asamblea de accionistas o propietario, directorio y otros. También se recomienda formalizar las empresas de menor tamaño y adoptar prácticas éticas de anticorrupción.

Amoldar la práctica que se debe realizar en un Gobierno Corporativo adecuado a las condiciones y tamaño de las Pymes en Venezuela, hay varias recomendaciones que se pueden seguir. Estas incluyen el desarrollo de un marco regulatorio para el buen gobierno corporativo, la identificación y gestión de conflictos de interés, los riesgos y el control interno, la inclusión de consejeros independientes, la determinación de la estrategia por parte del Consejo de Administración, la evaluación del Consejo, la creación de un Comité de Auditoría y un Comité de Prácticas Societarias, así como el monitoreo

y evaluación del desempeño. Además, es importante realizar un diagnóstico para identificar problemas en las áreas en las que se necesita mejorar el gobierno corporativo.

La IFC en la guía práctica publicada para ayudar a las empresas e instituciones financieras a crear empleos, generar ingresos fiscales y mejorar el Gobierno Corporativo estableció como principal recomendación la aplicación del Gobierno Corporativo a las Pymes en Latinoamérica es el compromiso con las buenas prácticas, los derechos de los accionistas y que esto se puede lograr mediante la creación del Círculo de Empresas por recomendación de la Mesa Redonda y este se presenta como el escenario perfecto para organizaciones como Fedecámaras.

Esto es una gran oportunidad para incentivar la implementación de una cultura de responsabilidad de Gobierno Corporativo en la región, es importante que los líderes de las empresas asuman la responsabilidad de adaptar cambios. Esto incluye el desarrollo y mantenimiento de un plan de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) definido, así como el establecimiento y cumplimiento de normas y principios de Buen Gobierno Corporativo.

Además, la supervisión en la actualización y desarrollo de las empresas se mantengan sobre los avances relacionados con el Gobierno Corporativo a nivel mundial y regional, ya que el buen gobierno requiere un enfoque de mejora continua para adaptarse a las circunstancias internas y externas cambiantes. Las empresas también deben tener en cuenta los valores y principios éticos al tomar decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 36.860 Extraordinario.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2002. Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37583
- BERNAL, A; ONETO, A; PENFOLD, M; SCHNEIDER, L; WILCOX, J. 2012. “Gobierno Corporativo”. En Banco de Desarrollo de América Latina. Volumen N.º 6. Editorial CAF.
- CAF. 2007. Gobierno Corporativo una herramienta para la competitividad. En <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2007/03/gobierno-corporativo-una-herramienta-para-la-competitividad>. [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- CAF. 2013. Reporte de economía y desarrollo. En <https://www.caf.com/es/temas/i/investigacion-para-el-desarrollo/publicaciones-investigacion/reporte-de-economia-y-desarrollo/red-2013/> [Consultado el 15 de febrero de 2023]
- CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN ANTIOQUIA. 2021. Informe de gestión. En https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documentos/2021/Informe_gestion_general_CCMA%20_2020.pdf [Consultado el 15 de febrero de 2023]

- CAMARA. Rafael. 2015. “El buen Gobierno Corporativo clave para el desarrollo”. En Cuestión de confianza. Volumen VI. Deloitte p.38
- CASTAÑEDA. Gonzalo. 1999. El Gobierno Corporativo. Modelos de Gobierno Corporativo. En http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/lagar_m_a/capitulo3.pdf [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- CLAESSENS.S. 2003. Corporate Governance and Development. Global Corporate Governance Forum Focus 1. En <https://www.redalyc.org/journal/3579/357966632009/html/> [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- CODELCO. 2022. Excedentes de CODELCO. En <https://www.codelco.com/prensa/2022/excedentes-de-codelco-llegan-a-us-2-377-millones-en-el-primer-semester#:~:text=Santiago%2C%2029%20de%20julio%20de,Estado%20por%20US%24%201.671%20millones.> [Consultado el 24 de febrero de 2023]
- Código Alemán de Gobierno Corporativo. 2005.
- Diccionario Panhispánico del español jurídico. En <https://dpej.rae.es/lema/pacto-parasocial> [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- EL ESPECTADOR. 2020. Empresas con mejor gobierno corporativo. En <https://www.elespectador.com/economia/bancolombia-nutresa-y-sura-las-empresas-con-mejor-gobierno-corporativo-articulo/> [Consultado el 24 de febrero de 2023]
- FLORES KONJA, Julio; ROZAS FLORES, Alan. 2008. El gobierno corporativo: un enfoque moderno. En https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2008_1/a02.pdf. [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- GARDE. Hugo. 2012. Modelos de gobierno corporativo. Universidad Católica Argentina. En <https://core.ac.uk/download/pdf/32624576.pdf> [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- GARZÓN CASTRILLÓN. Manuel. 2021. Antecedentes del Gobierno Corporativo (GC). En <https://journals.epnewman.edu.pe/index.php/IBJ/article/view/202>
- GOLDSCHMIDT. Roberto. 1979. “Curso de Derecho Mercantil”. Edición N.º 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas Venezuela.
- GRUPO ARGOS.2022. Grupo Argos registró resultados récord e históricos al cuarto trimestre de 2022. En <https://www.grupoargos.com/noticias/grupo-argos-registro-resultados-record-e-historicos-al-cuarto-trimestre-de-2022-los-ingresos-acumulados-consolidados-llegaron-a-cop-213-billones-31-el-ebitda-a-cop-52-billones-21-y-la-utilid/#:~:text=Los%20resultados%20consolidados%20de%20sus,con%20un%20crecimiento%20del%2021%25.> [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. 2014. Gobierno Corporativo. En https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/b6e94259-8799-4e2b-85c1-a66b398a41c5/CG_Fact_Sheet_Dominican_Republic_SPANISH_March2014.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kjXfDFS. [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- LEAL, José. 2005. Ecoeficiencia: marco de análisis, indicadores y experiencias. En <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5644>. [Consultado el 15 de febrero de 2023]
- LEY SARBANES-OXLEY. 2002. Información sobre el cumplimiento de los principios de buen gobierno para las sociedades peruanas. Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). Aprobada por Resolución Gerencial General N.º 096-2003-EF/94.11

-
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. 2014. Definición de PYME en la UE. En <http://www.iPyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Marco/Paginas/NuevaDefinicionPYME.aspx>. [Consultado el 24 de febrero de 2023]
- OCDE. 2016. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. En <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>. [Consultado el 18 de febrero de 2023]
- PEIRÓ. Rosario. 2023. Ética empresarial. En <https://economipedia.com/definiciones/etica-empresarial.html> [Consultado el 15 de febrero de 2023]
- PÉREZ PRIETO. María. 2007. “Consideraciones teóricas para el análisis de las pequeñas y medianas empresas como fuente de generación de empleo”. En *Revista venezolana de gerencia*. Volumen XII N.º 39. Maracaibo. p. 3-6
- RUIZ, Leire; RETOLAZA, José. 2012. Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica. *Universitas* [Consultado el 20 de febrero de 2023]
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES. 2021. Normas relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores de la República Bolivariana de Venezuela. En *Gaceta Oficial* N° 42171
- VÁSQUEZ PALMA, María; YEMBID IRUJO, José. 2016. “Modernización del Derecho societario”. En *Ius et Praxis*. Volumen XXII N° 1. Talca
- WOLFENSOHN. James. 2017. Definición de Gobierno Corporativo. En https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2008_1/a02.pdf. [Consultado el 24 de febrero de 2023]
- ZEVALLOS VALLEJOS. Emilio. 2003. “Micro, pequeñas y mediana empresa en América Latina” En CEPAL. Volumen N.º 79.

Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela

Simón Jesús Fernández Bravo*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 641-665

Resumen: Con el discurrir del tiempo, la protección al consumidor y, más en concreto, la responsabilidad civil por productos defectuosos ha pasado a las sombras en el Derecho venezolano, lo cual se ha debido a una multiplicidad de factores; esta situación, pone al público consumidor en situaciones muy complicadas e incómodas para exigir la reparación de los daños y perjuicios provocados por los bienes y servicios circulantes en el mercado, sobre todo, por el hecho de que el Derecho Privado tradicional no se encuentra diseñado para atender a la relación de consumo, con lo cual, es pertinente observar la doctrina y jurisprudencia comparadas en el tema para observar sus tendencias.

Palabras clave: Protección al consumidor, responsabilidad civil, responsabilidad por productos defectuosos.

Some problems caused by the lack of a liability regime for defective products in Venezuela

Abstract: *With the passage of time, consumer protection and, more specifically, civil liability for defective products has gone into the shadows in Venezuelan Law, which has been due to a multiplicity of factors; This situation puts the consumer public in very complicated and uncomfortable situations to demand compensation for damages caused by the goods and services circulating in the market, above all, due to the fact that traditional Private Law is not designed to attend to the consumer relationship, therefore, it is pertinent to observe the doctrine and comparative jurisprudence on the subject to observe its trends.*

Keywords: *Consumer protection, Torts, product liability.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursando la Especialización en Derecho Financiero en la misma Universidad.

Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela

Simón Jesús Fernández Bravo*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 641-665

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Aproximaciones a la noción de consumidor en el Derecho comparado. 2. La responsabilidad civil por productos defectuosos como técnica de protección al consumidor. 3. Los obstáculos que el sistema venezolano de responsabilidad civil genera al consumidor. 4. ¿Quién es el consumidor y por qué requiere protección? 5. Características de la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Comparado.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es una institución fundamental del Derecho Privado que impacta al Derecho en todas sus dimensiones; sin embargo, en el caso del Derecho Mercantil tiene la particularidad de fungir, más que en el resto de las áreas, como un mecanismo de asignación de riesgos y beneficios dentro del mercado para las empresas.

Con ello, no puede olvidarse que, en última instancia, la empresa se acaba relacionando de manera directa o indirecta con el público consumidor, proveyendo al mismo de bienes y servicios, teniendo en cuenta que esta relación suele estar altamente mediatizada por la propia naturaleza de las relaciones comerciales actuales.

Atendiendo a esto, puede observarse muy claramente que estos bienes y servicios circulantes en el mercado, eventualmente y por una amplia pluralidad de causas, pudieren causar daños susceptibles de reparación a un consumidor o usuario –a efectos del presente, utilizaremos el término indistintamente–.

Así, a mediados del Siglo XX, comenzaron a desarrollarse sistemas de protección al consumidor con regímenes especiales para atender a las particularidades de estas relaciones, en vista de que el Derecho Privado clásico es insuficiente para tal fin, siendo que Venezuela adoptó su propio sistema que, con el tiempo, se diluyó en la actual Ley Orgánica de Precios Justos.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursando la Especialización en Derecho Financiero en la misma Universidad.

Viendo esto, el propósito del presente es determinar los impedimentos de la responsabilidad civil venezolana para atender a los detalles de la relación de consumo, a los efectos de ilustrar la ingente necesidad de recuperar la protección al consumidor en Venezuela, a cuyo propósito se liga la exposición de estos sistemas en el Derecho comparado.

1. Aproximaciones de la noción de consumidor en el Derecho Comparado

Primeramente, debe decirse que, al Venezuela carecer de un complejo normativo destinado a la protección del consumidor, en el presente reconstruiremos la noción de consumidor con las tendencias marcadas por el Derecho comparado, teniendo consideración en las que antaño fueran adoptadas en el país.

En ese orden, debemos señalar que, desde 1974, aunque deficientemente, existía un sistema de expreso de protección al consumidor, lo cual ocurrió hasta la derogatoria de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.930 del 4 de mayo de 2004.

Luego, entró en vigor el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicado en Gaceta Oficial N°5.889 Extraordinaria del 3 de agosto de 2008, en la cual se incluyó el término de “persona” contra toda tendencia comparada en cuanto a la nomenclatura¹.

Todo ello, lamentablemente, se suprime en la práctica en su totalidad al consultar la normativa vigente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

1.1. características de la noción de consumidor

A. El consumidor es quien adquiere utiliza o disfruta del bien o servicio

La doctrina hace una distinción entre el “consumidor jurídico” y el “consumidor material”.

En el primer caso, hablamos la persona que adquiere el bien o servicio o, en otros términos, al que realiza el negocio jurídico de adquisición del bien o un servicio²; en

¹ Quiroz Rendón, David. *Reflexiones sobre la noción de personas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° 133 de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2009, pp. 186-187

² Quiroz Rendón, David. *La noción de consumidor; problemas prácticos derivados de la aplicación del artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, y propuestas para una reconstrucción conceptual*. en en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°132, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 209

el segundo, quien, sin ser el adquirente “usa, disfruta o aprovecha el bien o servicio de que se trate”³.

Ahora, los Ordenamientos comparados abarcan ambas nociones –de consumidor jurídico y material–, a los efectos de calificar como consumidor y, con ello, dotar de protección a los sujetos en cuestión.

Por ejemplo, podemos observar el Artículo 1 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor argentina, cuando define al consumidor como “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar”.

Igualmente, la Ley N° 19.496 que establece normas para la protección de los derechos de los consumidores chilena, al hablar de las “personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

A su vez, el Artículo 1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española se refiere, nuevamente a “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales”.

Además, esta circunstancia se repite en el Estatuto del Consumidor colombiano y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, con lo cual, se puede inducir que se trata de una característica indiscutible en la región.

B. El consumidor puede ser una persona física o jurídica

Este elemento puede alcanzar cierto grado de ambigüedad, dado que pudiese resultar contraintuitivo denominar “consumidor” a una persona jurídica; no obstante, la tendencia comparada apunta a todo lo contrario.

Así, la tercera de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor⁴ hace referencia a su noción, de una forma que “se enuncia una definición convencional, al tiempo que se admite la necesidad de cierta flexibilidad”⁵:

A los efectos de las presentes directrices, el término “consumidor” hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas.

³ *Ídem*, p.209

⁴ Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ditceplpmisc2016d1_es.pdf

⁵ Esto dice el el Manual sobre protección del consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2017, disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditceplp2017d1_es.pdf

De la lectura anterior, puede concluirse que, si bien es cierto que se refiere, “por lo general”, a personas físicas, también es cierto que no lo hace de manera exclusiva, abriendo la posibilidad de que se hablara de personas jurídicas “consumidoras”.

Por su parte, la normativa comunitaria europea muestra un patrón generalizado de referirse, por lo menos en principio, al consumidor como personas físicas, tal como lo señala Sosa Oslán, mientras reseña algunas directivas⁶.

Sin embargo, basado en los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el mismo autor afirma que la protección se otorga a las personas jurídicas, siempre que actúen en ámbitos ajenos a su actividad profesional o comercial⁷.

A su vez, son esclarecedoras las palabras de Jara Amigo, quien razona que “Ello es posible por cuanto hay personas jurídicas que son destinatarias finales de bienes o servicios, y que no realizan una actividad mercantil, por lo que los actos que realizan son actos civiles y no mercantiles”⁸.

En nuestra doctrina, Quiroz Rendón parte del Artículo 117 del texto constitucional, del cual alude a que “en ningún momento se refiere a los consumidores como categoría, sino a “todas las personas”⁹.

C. El destino de los bienes o servicios utilizados o adquiridos para uso privado. El uso personal y no empresarial ni profesional, ¿sin fines de lucro?

Sobre este tópico desarrollado sobre todo en el Derecho Comunitario europeo, debe decirse que, a juicio de Reyes López, se manifiesta en que “no responde a planteamientos generales sino a necesidades de carácter sectorial, que se ha traducido en una falta de coordinación y sistematización entre ellas”¹⁰.

De todas maneras, frente a esto, intenta ser unificadora la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE y TJUE, respectivamente).

⁶ Sosa Oslán, Henry. *El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español*. en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins* ARS BONI ET AEQUI (AÑO 11 N° 2), pp.179-183

⁷ *Ídem*

⁸ Jara Amigo, Rony. *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*. en *Derecho de Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp.63-64. Además, continúa añadiendo que “excluimos a. todas aquellas personas jurídicas que ejerzan actividades empresariales, por cuanto no tienen la calidad de destinatarios finales, y a aquellas que ejerzan actividades mercantiles, las cuales además de ser empresarios darán lugar a actos mercantiles, lo que impedirá su calificación como actos mixtos”.

⁹ Quiroz Rendón, David. *La noción de consumidor, problemas prácticos derivados de la aplicación del artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, y propuestas para una reconstrucción conceptual.*, añadiendo que en “la realidad ha demostrado que existen empresarios que, aun bajo los más estrictos cánones de buena conducta empresarial, tienen alguna debilidad estructural que los coloca dentro del mercado en un plano similar al de los consumidores”, p.225.

¹⁰ Reyes López, María José. *La evolución del concepto de consumidor*. en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, p. 3241

Para abordar los primeros criterios del TJCE, cabe hacer referencia a la sentencia de 3 de julio de 1997 en el asunto C-269/95, en cuyo párrafo 15 cita expresamente a la sentencia Shearson Lehman Hutton de 19 de enero de 1993¹¹, en la cual se decidió que debía otorgarse protección al “consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales”.

Ahora bien, partiendo de ese razonamiento, la sentencia de 3 de julio de 1997 en su párrafo 16 señala que “hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva”, concluyendo en el párrafo 17 lo siguiente:

17. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.

Según el criterio, para que un sujeto se considere consumidor, es necesario que la adquisición o utilización de bienes o servicios sea “para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo”.

Además, excluye de plano a los casos en los cuales esto tenga por objeto una actividad profesional –o empresarial– actual o futura, lo cual permitiría descartar directamente a los actos de comercio de la categoría de los “actos de consumo”.

Por su parte, como se ha mencionado, la Ley chilena, entiende al consumidor como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

Jara Amigo, comentando esta definición, concluye que “no se han utilizado elementos que son comunes en la doctrina y en el derecho comparado”, refiriéndose al al hecho de que esa adquisición o la utilización de los mismos tengan lugar fuera de cualquier actividad empresarial o profesional¹².

La jurisprudencia del TJUE se ha referido a los actos mixtos de consumo para atender a los casos en los cuales un sujeto celebra un contrato de consumo con una doble finalidad, al relacionarse parcialmente con su actividad profesional y, parcialmente, con fines privados.

¹¹ *Vid.* Sentencia de 19 de enero del TJCE, asunto C-89/91, párrafo 23 En la sentencia del caso Shearson Lehman Hutton Inc., referido a un conflicto interpretativo sobre una norma de jurisdicción establecida en el Convenio de 17 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el TJCE, al referirse a las disposiciones objeto del conflicto, estableció que que éstas sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales..

¹² Jara Amigo, Rony. *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones.*, p.54

Sobre estos actos mixtos de consumo, el criterio más reciente del TJUE es el expuesto en la sentencia de 14 de febrero de 2019, en cuyo párrafo 91 señala:

91. Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato con una doble finalidad, para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y, parcialmente, con fines privados, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría invocar las mencionadas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de esa persona fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 32 y jurisprudencia citada).

En conclusión, es un asunto puramente casuístico el de determinar cuándo una persona puede considerarse consumidor, debiendo analizarse la relación jurídica concreta en cada caso particular para identificar estos elementos, lo cual avala la mítica frase del expresidente J.F. Kennedy en su discurso del 15 de marzo de 1962: “consumidores somos todos”.

Otras condiciones subjetivas relevantes para considerar: la asimetría informativa

Sobre este asunto, la doctrina suele referirse a “las disparidades intrínsecas de la relación entre consumidores y proveedores, tales como el poder de negociación, los conocimientos y otros recursos”¹³.

Sobre esto, no negamos que esas disparidades existan, pero sí negamos que ello justifique un ataque contra la empresa privada.

De hecho, estas disparidades –siendo la principal, a nuestro parecer, la asimetría de la información– no son intrínsecamente malas, dado que son consecuencia de dos fenómenos económicos: (i) el costo de la información y (ii) la división del trabajo.

Primero, la obtención de la información tiene un costo, en medida de que, para ser obtenida, requiere que se invierta una determinada cantidad de recursos, tal como lo estudió en su momento el economista George Stigler, lo cual desemboca en que es natural e incluso racional no estar informado sobre todo¹⁴.

Segundo, la división del trabajo, principio deseable en toda sociedad para el crecimiento económico y para, justifica y exige que haya asimetría informativa. Adam Smith lo plantea así:

¹³ Por ejemplo, así lo hace el *Manual sobre protección del consumidor*, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Naciones Unidas, 2017, p.2

¹⁴ Stigler, George. *The economics of information*. en *The Journal of Political Economy*, Volumen 69, Tercera Edición, Chicago, 1961, pp.213-225

Este gran incremento en la labor que un mismo número de personas puede realizar como consecuencia de la división del trabajo se debe a tres circunstancias diferentes; primero, al aumento en la destreza de todo trabajador individual; segundo, al ahorro del tiempo que normalmente se pierde al pasar de un tipo de tarea a otro; y tercero, a la invención de un gran número de máquinas que facilitan y abrevian la labor, y permiten que un hombre haga el trabajo de muchos¹⁵.

Con ello, de lo que queremos llamar la atención, es de que la protección al consumidor no debe convertirse en un mecanismo para polarizar a la “clase consumidora” y a la “clase empresarial”, sobre todo considerando que las disparidades vienen de fenómenos perfectamente comprensibles, tal como lo reconoce el preámbulo de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica de España.

Ahora, trasladando el análisis económico del Derecho a este campo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú incluye esta clase de consideraciones, implícitamente, en su articulado; por ejemplo, aludiendo directamente a la asimetría informativa como elemento calificador, la cual incluso puede arropar a cierta categoría de personas jurídicas (las PYMES, por ejemplo).

1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

2. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

¹⁵ Smith, Adam. *Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones.*, Alianza Editorial, 2011, España, p. 44

2. La responsabilidad civil por productos defectuosos como técnica de protección al consumidor

2.1. Las técnicas de protección del consumidor en general y el abuso de las técnicas sancionadoras en Venezuela

Von Mises sostiene que un sistema de mercado, basado en la propiedad privada, capitalista, significa, entre otras cosas, “la soberanía de los consumidores en los asuntos económicos y la soberanía de los electores en las cuestiones políticas”¹⁶, proteger al consumidor implica proteger a lo que Mises se refiere como “el funcionamiento democrático del mercado”¹⁷.

En este punto, debemos internalizar que la protección al consumidor es una disciplina en la cual se adoptan institutos propios de las distintas ramas del Derecho con el fin de proteger al público consumidor y esta democratización del mercado.

Recogiendo de manera muy acertada esta idea, el profesor García Cantero expuso lo siguiente:

La experiencia comparativa ofrece gran variedad de vertientes sobre las que se proyecta el Derecho del Consumo: penal para sancionar las más graves transgresiones; administrativa, pues los Estados dedican importantes medios personales y materiales para proteger eficazmente a los consumidores; y, por supuesto, civil y mercantil por recaer fundamentalmente sobre contratos de una y otra clase (si el Derecho privado aparece escindido) (...) ¹⁸.

Además de lo enunciado en la cita anterior, puede hacerse referencia a una serie de facilidades procesales (reglas de carga de la prueba, lapsos más amplios, etc.)¹⁹.

Ahora, lo ideal es que haya armonía entre las distintas técnicas, viendo que típicamente se utiliza el poder sancionador –tanto penal como administrativo– del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas que consagran los derechos de los consumidores²⁰.

¹⁶ Von Mises, Ludwig. *Burocracia, gestión empresarial frente a gestión burocrática*. Segunda Edición, Unión Editorial, Madrid, 2005, p. 57

¹⁷ *Ídem*

¹⁸ García Cantero, Gabriel. *Integración del Derecho de Consumo en el Derecho de Obligaciones*. Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 13, Navarra, 1992, p. 39

¹⁹ Esto lo proponemos en los términos de Perret, Louis. *Protección al Consumidor en Canadá y los Estados Unidos: Principales técnicas*. en *Derecho de Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp.15-23

²⁰ Mayor Menéndez, Pablo comentando el Artículo 76 de la Ley 11/1998 de 24 de abril en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones.*, coordinado por Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo, Civitas, Madrid, 1999,

Lastimosamente, el legislador venezolano confunde por completo la sustancia de la protección al consumidor con los mecanismos de cumplimiento, siendo la base del sistema los Artículos 7, de los derechos individuales, y 47, en el capítulo de infracciones relativas a la inobservancia de estos derechos, exacerbando el poder sancionador a costas de ignorar la tutela habitual de los mismos.

En conjunción con esto, nos parece adecuado hacer referencia al profesor Sira Santana, quien reseña que, por si no fuera poco, el procedimiento sancionador como inconstitucional y adverso a los empresarios, concluyendo que representa una norma de criminalización del sector privado y no de protección al consumidor²¹.

2.2. El rol de las técnicas de protección del consumidor en el Derecho Privado

Defendemos un enfoque preponderantemente de Derecho Privado al estudio de la protección al consumidor, puesto que la relación que guarda el público consumidor con los integrantes de la cadena de producción es, ante todo, de carácter privado.

Por múltiples causas –sobre todo, la experiencia venezolana de la última década–, se tiende a percibir a la protección al consumidor como un asunto de Derecho Público –en concreto, de Derecho Administrativo–, pero esa es sólo una parte de la realidad.

Inclusive, sin apelar a los efectos perniciosos del poder sancionador, pueden provocarse condiciones adversas para los intereses del público consumidor, tal como reseña Basile Urizar, al referirse al efecto en Venezuela de lo que, quizás, sería el mecanismo más intrusivo en la libertad de “protección del consumidor”: los controles de precios²².

Por esto, instamos a volcar la vista hacia las instituciones del Derecho Privado, dado que en ellas se desenvuelve de manera cotidiana la relación de consumo, la cual entraña ciertas complejidades que, como afirma la profesora Chacón Gómez, van mucho más allá de la mera fijación de precios²³ o de la imposición de sanciones que, en

p. 660, comentando el título de Inspección y Régimen Sancionador de la Ley 11/1998 de 24 de abril, cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para expresar que “*la potestad sancionadora tiene un carácter instrumental respecto del ejercicio de competencias sustantivas*”.

²¹ Sira Santana, Gabriel. *El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo N° 15, 2018, pp. 111-154

²² Basile Urizar, Miguel Ángel *La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos. Un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana*. en Revista de la Facultad de Derecho N° 71 (2016-2017), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017

²³ Chacón Gómez, Nayibe. *Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos*. en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 9, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017

poco o nada, satisfacen al consumidor que ha sufrido una lesión en su esfera subjetiva.

No obstante, es cierto que las instituciones del Derecho Privado tradicional chocan con estas complejidades y no logran atender de manera eficaz al dinamismo y particularidad de la relación de consumo, con lo cual, nos vemos en la necesidad de poner de manifiesto estos obstáculos.

3. Los obstáculos que el sistema venezolano de responsabilidad civil genera al consumidor

3.1. En el plano contractual

Aquí, debemos advertir que hay un elemento que afecta a todas las acciones contractuales: el principio de relatividad de los contratos.

Como se verá más adelante, esto es un tópico ampliamente tratado en el Derecho comparado –en particular, en el Derecho estadounidense–, pero es preciso fijarnos en las particularidades de nuestro sistema.

Sobre este asunto de legitimación que produce la exclusión del consumidor material por causa de la relatividad de los contratos –el cual se repite en todas las acciones contractuales, como se señaló–, Urdaneta Fontiveros expresa que:

Por último, los terceros extraños al contrato de compraventa de la cosa defectuosa no pueden accionar en garantía contra el vendedor lo que no les impide, en caso de haber experimentado un daño por la cosa defectuosa, accionar contra él por la vía extracontractual, siempre y cuando demuestren la culpa del civilmente responsable²⁴.

A. Saneamiento por vicios ocultos

Preponderantemente, la relación de consumo se desenvuelve en contratos de compraventa²⁵, con lo cual, es posible aplicar las soluciones disponibles en el Código Civil relacionadas con el saneamiento por vicios ocultos planteadas entre los Artículos 1.518 a 1.526 del texto normativo.

Aquí, encallamos con un par de barreras:

La primera, consiste en que los lapsos de prescripción establecido por el Artículo 1525 del Código Civil son sumamente breves (un año para cosas muebles, cuarenta días para animales y tres meses para otras cosas muebles).

²⁴ Urdaneta Fontiveros, Enrique. *vicios redhibitorios y saneamiento.*, Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios 73, Caracas, 2008, p. 96

²⁵ Mélich Orsini, José. *Las particularidades del contrato con consumidores.* en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp.85-86

Además, en el caso de que el consumidor desee reclamar los daños y perjuicios, tendría que probar que el vendedor conocía los vicios de la cosa, lo cual pone cuesta arriba el tema probatorio para el consumidor, basándose en la presunción de buena fe del Artículo 789 del Código Civil²⁶.

B. Acción de responsabilidad contractual por daños y perjuicios

Por otra parte, en el caso de una acción para reclamar daños y perjuicios por la vía contractual, el consumidor se topa nuevamente con la relatividad de los contratos, en donde sólo el comprador dañado (consumidor jurídico), puede reclamar los daños y perjuicios con ocasión del objeto del contrato, dado que sólo surte efectos entre ellos.

A su vez, se acentúa la necesidad de probar la culpa²⁷ (1270 y 1271 del Código Civil) del vendedor para que proceda la indemnización por daños y perjuicios, lo cual complica la posición del consumidor, considerando que desconoce el funcionamiento de los procesos de producción internos y, difícilmente, podrá determinar en donde ha habido culpa por parte del demandado.

Por último, tres observaciones: el deudor sólo responde por culpa leve, excluyéndose la culpa levísima (1270 del Código Civil), por los daños previstos y previsibles al momento del contrato, excepto por dolo –debiendo probarlo– (1274 del Código Civil)²⁸ y se excluye la reparación del daño moral²⁹.

En los casos alemán y francés, antes de que se integraran al régimen comunitario, la jurisprudencia partía de una presunción de mala fe que establecía la obligación de resarcir cualquier daño, independientemente de que el mismo fuera ignorado o conocido por el vendedor.

Igualmente, para lidiar con el principio de relatividad de los contratos, se entendía que el productor estipulaba a favor del destinatario final, abriendo la posibilidad de que intente una acción contra el mismo por la vía contractual³⁰.

Los estadounidenses, a su vez, emplearon en un principio un sistema de garantías implícitas que daban lugar a que los terceros pudieran accionar³¹.

²⁶ *Ídem*, p. 97

²⁷ Mélich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Quinta Edición, Primera Reimpresión, Caracas, 2012, p.333

²⁸ *Ídem*

²⁹ Mélich Orsini, José. *La responsabilidad civil por hechos ilícitos.*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tercera edición actualizada, serie de estudios 45-46, Caracas, 2006, pp. 46-66

³⁰ Hernández Ramos, Carlos. *Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985.* en *Revista e-Mercatoria*, vol. 17 n.º 1, enero-junio/2018, pp. 93-94

³¹ Woolcott, Olenka. *La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano.* en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X, núm. 19, enero-junio, Bogotá, 2007,

De cualquier modo, estas soluciones son poco satisfactorias para el nivel de desarrollo que halla esta disciplina a nivel comparado, con lo cual, las traemos como meras anécdotas y nunca como recomendaciones.

3.2. En el plano extracontractual

El plano extracontractual también complica severamente la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios producidos en nuestra hipótesis.

El profesor Zelaya Etchegaray lo atribuye a: (a) una desproporcionadamente exigente carga probatoria en cabeza de la víctima para demostrar la culpa del agente del daño, al igual que la causa precisa y determinante del daño; (b) la víctima desconoce los detalles del proceso productivo y la empresa la maneja en su totalidad³².

A. Acción de responsabilidad por hecho ilícito

A la luz de la responsabilidad por hechos ilícitos establecida en el Artículo 1.185, las dimensiones de la carga de la prueba que debe asumir la víctima son draconianas, debiendo probar el nexo de causalidad entre el acto culposo y el resultado dañoso

Para ello, está obligado a demostrar que uno era *conditio sine qua non* del otro, situación que, tal como nos enseña Messineo, desaparece en los sistemas de responsabilidad objetiva o en los cuales se emplea la carga dinámica de la prueba³³.

Tal como afirma el tratadista italiano, una posible vía para aliviar estos lastres para la víctima sería el empleo de la carga dinámica de la prueba, ampliamente utilizada en el Derecho comparado, y recientemente reconocida por nuestro alto tribunal³⁴,

Asimismo, Alpa comenta que este era el remedio al cual acudía la jurisprudencia italiana para lidiar con la posición constantemente desfavorable de los consumidores desde 1964, a partir de la decisión del caso de los Esposos Schettini contra la compañía Saiwa³⁵.

³² Zelaya Etchegaray, Pedro. *El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva Ley de Protección al Consumidor*. en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp.216-221

³³ Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.*, Tomo VI, EJEA, Buenos Aires, 1955, p.501

³⁴ Sentencia N° 137 del 25 de mayo de 2021 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/312159-RC.000137-25521-2021-20-028.HTML>

³⁵ Alpa, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. traducido por Leysser Luggi León Hilario, El Jurista Editores, Lima, 2006, p. 836

B. Responsabilidad civil del guardián de la cosa

Siguiendo a Messineo, el problema probatorio en torno a la culpa, desaparece por completo en los sistemas de responsabilidad objetiva, el cual fue uno de los enfoques adoptados en Francia³⁶.

No obstante, pese al atractivo de la ausencia del examen de la culpa, se presenta otra valla en el camino, y es que no está muy claro que la guarda pueda extenderse tanto como para que proceda esta acción, dado que se trata de un supuesto en el cual el productor o proveedor, indistintamente, se han desprendido de la cosa por completo.

Sobre ello, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 614 del 15 de julio de 2004 expone que “el traslado efectivo de la guarda se verifica cuando se transfiere no sólo la posesión material de la cosa, sino también cuando se le da a otra persona el poder de control y dirección de la misma”³⁷.

En esos términos, parece sumamente complicado determinar la existencia de una guarda —presupuesto para que opere la indemnización del Artículo 1.193 del Código Civil, de lo cual se concluye que se entremezclan las dificultades y soluciones, sin que se cuente con una única solución que carezca de esta clase de límites.

4. El sistema de responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho comparado

Hasta ahora, hemos atendido a los escollos que contiene el Derecho venezolano para esta clase de supuestos, los cuales acentúan la asimetría informativa, las dificultades probatorias y otros elementos vistos que no se adecúan con el dinamismo de las relaciones de consumo.

Frente a esto, nos concentraremos en los sistemas estatuidos para lidiar con esta clase de contratiempos en Estados Unidos y en la Unión Europea, así como en algunos países latinoamericanos por extensión de los anteriores.

Antes que otra cosa, se trata de un régimen de responsabilidad basado en el defecto como categoría jurídica generada por la inobservancia de un deber de seguridad existente en cabeza de los proveedores y de un corte *sui generis* en cuanto a la valoración de la culpa y sus aspectos probatorios.

³⁶ Hernández Ramos, Carlos. *Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985.*, p. 95

³⁷ Sentencia N° 614 del 15 de julio de 2004 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-150704-03200.html

4.1. El defecto como presupuesto fundamental y como infracción del deber de seguridad del productor

A. Producto peligroso, inidóneo y defectuoso

La noción del defecto es elemental para la composición de la responsabilidad por productos defectuosos, pudiese afirmarse que es uno de sus factores distintivos de cualquier otro régimen especial de responsabilidad.

Antes de poder entender la noción del defecto, es imperativo establecer la distinción entre la idoneidad, la peligrosidad y la seguridad del producto.

Primero, sobre la peligrosidad, debe decirse que la misma se trata de una cuestión fáctica, en medida de que depende de las características propias e inherentes a cada producto y su peligrosidad³⁸, como bien pudiese hacerlo una motosierra, un horno o los cigarrillos.

Por otra parte, el producto inidóneo es aquel que no reúne las cualidades esperadas por el consumidor³⁹, sobre el cual recaen los controles preventivos de calidad e idoneidad, con lo cual, continúa comprendiendo una vertiente preventiva de la protección al consumidor, en tanto que procura garantizar la calidad e idoneidad de productos para los fines pretendidos.

Apartado de estas dos categorías, se perfila el producto defectuoso, el cual representa el fundamento de la responsabilidad por productos defectuosos y una infracción del deber de seguridad de los productores y proveedores, operando en un plano reactivo y no preventivo como los anteriores, siendo que sólo se habla de productos defectuosos en la medida de que los mismos produzcan un daño al consumidor⁴⁰.

B. El surgimiento de la noción del “defecto” en el Derecho norteamericano

En el caso del Derecho norteamericano el cual, como se verá, es uno de los sistemas con un desarrollo más preciso en la materia, la noción de “defecto” comenzó a cobrar relevancia dentro del orden jurídico con la decisión del caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc*⁴¹.

³⁸ Ruiz García, Carlos y Marín García, Ignacio. *Producto inseguro y producto defectuoso, conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*. Indret N° 388, octubre 2006, p. 5

³⁹ Corral Talciani, Hector. *Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*. en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp. 163-165

⁴⁰ Ruiz García, Carlos y Marín García, Ignacio. *Producto inseguro y producto defectuoso, conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*, p. 5

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de California del 24 de enero de 1963. Lo indica en estos términos: “*A manufacturer is strictly liable in tort when an article he placed on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects,*

La anterior, marca el inicio de la responsabilidad extracontractual objetiva por parte de los tribunales, en nuestros términos—, en donde se hace referencia explícita al defecto como presupuesto de la responsabilidad en estos casos; sin embargo, la sentencia peca de no establecer un criterio para determinar conceptualmente al defecto⁴².

Ahora, dos años después se emitió el *Restatement (Second) of Torts* (1965), en cuya Sección 402A referida a la responsabilidad especial del vendedor por los daños causados por productos al consumidor.

En ella, se estableció al defecto como una condición que haga al producto “irrazonablemente peligroso”, lo cual puede determinarse a través del denominado “test de las expectativas del consumidor ordinario”, lo cual, en el lenguaje del *Restatement* debería apuntar a un examen objetivo y no a los conocimientos del consumidor en cada caso concreto⁴³.

Sobre ello, Keeton afirma que en este estado sigue habiendo falta de claridad en torno a la noción de defecto, insistiendo en que no puede aplicarse el mismo régimen a los diseños de manufactura o fabricación, que a los defectos “de diseño”⁴⁴.

Tal como estudiaremos, Tabakian expresa que la responsabilidad por productos defectuosos estadounidense sirvió de modelo a la Unión Europea y a Latinoamérica⁴⁵.

C. La clasificación tripartita: defectos de fabricación, de diseño y de información. El análisis risk-utility para determinar la existencia de defectos de diseño e información

Ahora, hubo un esfuerzo por parte de la jurisprudencia por lidiar con las dificultades prácticas de la limitada —o inexistente— noción de defecto del *Restatement (Second) of Torts*, tal como lo pretendió la sentencia *Barker v. Lull Engineering Co*⁴⁶, en la cual se procuró proveer un par de criterios para determinar los defectos de diseño.

proves to have a defect that causes injuries to a human being”, consultar en: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=traynor_opinions

⁴² Woolcott, Olenka. *La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano*. P. 132

⁴³ *Ídem* p.135

⁴⁴ Keeton, Page. *Product Liability and the Meaning of Defect*. en *St. Mary's Law Journal*, Volume 5, 1973, pp. 30 y 39

⁴⁵ Tabakian, Marcela. *Evolución de la responsabilidad del fabricante en Estados Unidos y su influencia en el derecho comparado*. en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 26, 2014, p. 59

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema de California del 16 de enero de 1978,

Fundamentalmente, los criterios⁴⁷ que indicó la Corte para determinar si existía un defecto de diseño, siendo el primero (i) el criterio de las expectativas de seguridad de un consumidor ordinario dando el uso previsto o razonablemente previsible al producto y el segundo (ii) si el dañado prueba que los riesgos de emplear el diseño en cuestión superan a los beneficios del mismo y el demandado no prueba lo contrario.

Aquí, considerando las expectativas del consumidor ordinario como estándar para verificar la peligrosidad irrazonable y el balance de los riesgos y beneficios del producto⁴⁸, debe añadirse que este último debe realizarse a través del método del *hind-sight* –o de retrospectión–, el cual se basa en analizar los riesgos y beneficios tomando en cuenta los avances científicos del momento⁴⁹.

Esto da lugar a que entren en escena los defectos de información, en donde también se ha determinado la existencia del defecto a través de este último análisis descrito, como puede observarse en la sentencia del caso *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.* (1982)⁵⁰ para el caso de los defectos de información, centrándose en la reducción de riesgos que pudo provocar la advertencia de uso⁵¹.

D. La aparición del Restatement (third) of torts: Products Liability (1997) que adoptó la clasificación tripartita del defecto

Dentro del contexto de esta evolución jurisprudencial, estos criterios terminan asentándose en el *Restatement (third) of torts: Products Liability* (1997), en cuya sección 2 contiene una clasificación tripartita de los tipos de defectos, siendo estos los de (i) fabricación (*manufacturing defects*), (ii) de diseño (*design defects*) y (iii) de información (*warning defects*)⁵², en donde se reserva el examen *risk-utility* para los defectos de diseño y de información.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de California del 16 de enero de 1978: *We hold that a trial judge may properly instruct the jury that a product is defective in design (1) if the plaintiff demonstrates that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in an intended or reasonably foreseeable manner, or (2) if the plaintiff proves that the product's design proximately caused his injury and the defendant fails to prove, in light of the relevant factors discussed above, that on balance the benefits of the challenged design outweigh the risk of danger inherent in such design..*

⁴⁸ Keeton, Page. *Product Liability and the Meaning of Defect..*, p. 38 considera esto: *"It is unreasonably dangerous if a reasonable person would conclude that the magnitude of the scientifically perceivable danger as it is proved to be at the time of trial outweighed the benefits of the way the product was so designed and marketed"*.

⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema de California del 16 de enero de 1978,

⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de New Jersey del 19 de abril de 1982.

⁵¹ *Ídem*: *"Warning cases are of this second type.[5] When plaintiffs urge that a product is hazardous because it lacks a warning, they typically look to the second test, saying in effect that regardless *202 of the overall cost-benefit calculation the product is unsafe because a warning could make it safer at virtually no added cost and without limiting its utility"*.

⁵² *S 2. Categories of products defect A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:*
(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of th product;

En nuestra opinión, la codificación de la clasificación tripartita en una eventual regulación en Venezuela sería más precisa, en medida de que, más allá de establecer un dogma de responsabilidad objetiva, permite acceder a las circunstancias del caso concreto con herramientas distintas y dependiendo de la naturaleza del defecto.

a. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

Este es un elemento que ha tenido uno de los grados más notables de evolución cuando se ve en retrospectiva. Sobre esto, Villalba Cuéllar toma una postura poco convencional, indicando que se trata de una “responsabilidad especial de orden legal denominada responsabilidad de mercado” que trasciende a la responsabilidad civil tradicional, añadiendo que es irrelevante distinguir si la fuente es contractual o extracontractual⁵³.

Corral Talciani⁵⁴ parece enmarcarse en la misma postura, al referirse a los esfuerzos realizados por los distintos legisladores para diseñar estos regímenes especiales, afirmando que lo mismo puede decirse del régimen comunitario.

En Chile, Barrientos Camus afirma que, a pesar de que la Ley chilena hace referencia a la responsabilidad por productos defectuosos, la misma se ha reconducido por las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil⁵⁵.

Ahora, todo esto entraña un problema de legitimación para reclamar esta responsabilidad con el que también lidió el Derecho norteamericano en su momento.

En cuanto a tal particular, no puede omitirse que el trayecto de esta disciplina inició lidiando con el principio de relatividad de los contratos –*privity of contract*–. Fue así como el *leading case* en la materia fue la decisión del caso *McPherson v. Buick Motor Co.* de la Corte Suprema de Nueva York⁵⁶

(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonable safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warning.

⁵³ Villalba Cuéllar, Juan Carlos. *La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano*. Civilizar 14 (27): 17-40, julio-diciembre de 2014, p.27

⁵⁴ Corral Talciani, Hector. *Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*, pp. 163-165

⁵⁵ Barrientos Camus, Francisca María. *La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor*. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 14, julio, 2010, p. 6

⁵⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York del 14 de marzo de 1916

En este último, el demandante sufrió daños físicos a causa de la rueda defectuosa de un vehículo producido por la demandada que adquirió a través de un tercero intermediario y en donde la Corte falló a favor del demandante, bajo el fundamento de que la peligrosidad presente en el caso sólo era posible si estaba defectuosamente construido⁵⁷.

Esto supuso un abandono de la relatividad de los contratos como barrera para reclamar la responsabilidad del productor, a la vez que se abandonó la necesidad de interpretar extensivamente lo que se denominaron *implied warranties* o garantías implícitas que permitían accionar contra terceros no contratantes⁵⁸.

Esto fue así hasta que se llegó al régimen actual establecido en el *Restatement (third)* y se volvió irrelevante la distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual, dado que la jurisprudencia, como vimos, se basaba en el examen del defecto.

De hecho, esta amplitud también puede observarse en el plano latinoamericano con el caso argentino de Hugo Arnaldo Mosca del 6 de marzo de 2007, en donde el demandante obtuvo una indemnización por daños y perjuicios de parte del Club Atlético Lanús, debido a que, a pesar de no haber asistido a un partido –es decir, sin vínculo contractual alguno–, sufrió lesiones que hubieran podido evitarse si el organizador del evento hubiese atendido debidamente al deber de seguridad.

b. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?

Como se indicó con anterioridad, el parámetro que se emplee para definir al defecto tiene una fuerte influencia en la necesidad de realizar una evaluación de la conducta del demandado, advirtiendo que la tendencia es hacia la responsabilidad objetiva, la cual pudiese estar justificada en que los integrantes de la cadena de producción están en una mejor posición para asumir los riesgos que el consumidor⁵⁹.

b'. En el sistema estadounidense

El sistema recogido en el *Restatement (third) of torts: Products liability*, es un sistema que, al entender del profesor David Owen, puede caracterizarse con el color gris, observando que desde sus inicios con la jurisprudencia de los años 60 pivotó entre

⁵⁷ *Ídem*: In this view of the defendant's liability there is nothing inconsistent with the theory of liability on which the case was tried. It is true that the court told the jury that .an automobile is not an inherently dangerous vehicle.. The meaning, however, is made plain by the context. The meaning is that danger is not to be expected when the vehicle is well constructed. The court left it to the jury to say whether the defendant ought to have foreseen that the car, if negligently constructed, would become .imminently dangerous..

⁵⁸ Woolcott, Olenka. *La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano.*, pp. 126-127

⁵⁹ Owen, David. *The Moral Foundations of Products Liability Law: Toward First Principles.* en 68 *Notre Dame L. Rev.* 1993, pp. 468-477

extremos de blanco o negro, la responsabilidad puramente objetiva –*strict liability*– y la responsabilidad por culpa –*negligence*–⁶⁰.

Al decir esto, alude directamente a la clasificación tripartita de los defectos en el Derecho norteamericano (defectos de fabricación, de diseño y de información).

Primero, el estándar aplicado para detectar los defectos de fabricación reposa en torno a un sistema de auténtica responsabilidad objetiva⁶¹, siendo irrelevante la conducta del productor, al punto de que es irrelevante que el productor haya tenido todo el cuidado posible⁶².

No obstante, no ocurre lo mismo con los defectos de diseño y de información, los cuales se rigen por un criterio de “*radical negligence*” según Vandall, lo cual implica que el demandante deberá demostrar que existe una “alternativa razonable de diseño”⁶³, siendo que esto se extiende a los defectos de información, en donde se debe probar que existía una alternativa razonable para informar.

En suma, tal como hace Woolcott, puede hablarse de una regla de responsabilidad objetiva atemperada que reposa sobre la noción de defecto⁶⁴, distinguida por un punto ecléctico caracterizado por el color gris que utilizó David Owen para hacerle referencia, a pesar de que en el *Restatement (second)* se pretendía una regla de responsabilidad objetiva para todos los casos, lo cual era expresión de lo pretendido por la decisión *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*⁶⁵.

***b*”. El deslinde del sistema comunitario y los derivados del mismo**

Ahora bien, esta particularidad del sistema estadounidense no está presente en los sistemas europeos y latinoamericanos, al menos en su mayoría.

Primeramente, aludiendo a la regla establecida en el Artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE, la cual reza que “El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño”, se puede deducir que se trata de un sistema de responsabilidad aparentemente objetiva –a nuestro parecer–, de culpa presunta.

Esto es así, en medida de que puede librarse, entre otros, por causa extraña no imputable.

⁶⁰ Owen, David. *The Graying of Products Liability Law: Paths Taken and Untaken in the New Restatement*. 61 Tenn. L. Rev. p. 1.242

⁶¹ *Ídem*, p. 1.245, véase también Schwartz, Victor E.. *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability-The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation*., en Hofstra Law Review: Vol. 26: Iss. 3, Article 9, 1998, p.756

⁶² *Vid. supra*, 51

⁶³ Vandall, Frank. *Constructing a Roof Before the Foundation Is Prepared: The Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Section 2(b) Design Defect.*, 30 U. MICH. J. L. REFORM, 1997, p. 262

⁶⁴ Woolcott, Olenka. *La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano.*, p. 143

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de California del 5 de julio de 1944

Bajo el mismo, la víctima no tiene la necesidad de probar la culpa del productor y en donde existen unas causales de exoneración limitadas, sobre las cuales el productor tiene la carga probatoria⁶⁶, las cuales se establecen en el Artículo 7 de la Directiva –debemos considerar que los miembros de la Unión están alineados con este régimen–⁶⁷.

En Latinoamérica, también puede hablarse de sistemas con tendencias hacia la responsabilidad objetiva. Por ejemplo, en Colombia, el profesor Villalba Cuéllar⁶⁸ afirma que se trata de una regla de responsabilidad objetiva, lo cual se puede observar en la lectura del Artículo 21⁶⁹ de la Ley colombiana; está formulada en términos muy similares a la Directiva, con lo cual, nos inclinamos por afirmar que se trata más de un sistema de culpa presunta que de uno de responsabilidad puramente objetiva.

Por su parte, la Ley peruana es mucho más clara, dado que su Artículo 101 señala claramente que “La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva”, siendo que el estándar para definir al defecto está fijado por el Artículo 102, contentivo del criterio de las expectativas del consumidor previamente expuesto, aplicable a los defectos de fabricación del Derecho estadounidense.

En Venezuela, el antecedente más próximo es el Artículo 77 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y rezaba:

Artículo 77: Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, serán solidaria y concurrentemente responsables, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con los mismos una relación laboral.

Sobre este particular, Madrid Martínez se pronunció, señalando que se trataba de un sistema enigmático, el cual no permite distinguir si debe procederse con el sistema de culpa probada o de culpa de los Artículos 1.185 y 1.191 del Código Civil, respectivamente, así como tampoco era posible distinguir si se trataba de un sistema de responsabilidad contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva, y demás⁷⁰.

⁶⁶ Hernández Ramos, Carlos. *Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985.*, p.116

⁶⁷ *Ídem*

⁶⁸ Villalba Cuéllar, Juan Carlos. *La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano.* en *Civilizar* 14 (27): 17-40, julio-diciembre de 2014, pp. 28-29

⁶⁹ Artículo 21. *Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso.* Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

⁷⁰ Madrid Martínez, Claudia. *La responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios.* en *Homenaje a Aníbal Dominici*, coordinado por Irene de Valera y José G. Salaverria, Ediciones Liber, Caracas, 2008, p. 61

CONCLUSIONES

De lo anterior, estimamos que se derivan tres conclusiones principales.

Primero, el Derecho Privado venezolano, tal como ocurrió con los Ordenamientos comparados antes del auge de esta disciplina, no posee normas diseñadas para atender las particularidades de la relación de consumo en materia de responsabilidad civil.

En segundo lugar, si bien es cierto que hay ciertas herramientas –como la carga dinámica de la prueba– que, en vía jurisprudencial pueden solventar a corto plazo estas trabas, lo cual representaría sacrificar instituciones propias de nuestro Derecho, poniendo en riesgo la seguridad jurídica y generando situaciones de incertidumbre completamente sorteadas al terreno de la discrecionalidad judicial.

En tercer puesto, debemos añadir que es necesario comprender que las técnicas sustantivas de protección al consumidor van más allá del poder sancionador del Estado, que éste debe comportar un mecanismo de cumplimiento y que no puede llenar el espacio de la protección sustantiva. Hay una serie de técnicas de Derecho Privado que pueden ser examinadas, en el presente fue la responsabilidad civil, pero no es la única.

BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. traducido por Leysser Luggi León Hilario, El Jurista Editores, Lima, 2006
- Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*. en Revista de Administración Pública N°135 septiembre-diciembre, 1994
- Barrientos Camus, Francisca María. *La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor*. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 14, julio, 2010
- Basile Urizar, Miguel Ángel *La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos. Un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana*. en Revista de la Facultad de Derecho N° 71 (2016-2017), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017
- Brodsky Jonathan M., *Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, pp. 288-296
- Butler, Eamonn. *Public Choice a Primer*. The Institute of Economic Affairs, Londres, 2012
- Cabrera-Araujo, Diego. *La viabilidad del arbitraje dentro del sistema de protección al consumidor en el Perú*. (tesis de licenciatura en Derecho), Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Programa Académico de Derecho, Lima, Perú, pp. 83-87
- Cappelletti, Marco. *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*. 32 Ariz. J. of Int'l & Comp. L. (forthcoming 2015)

- Chacón Gómez, Nayibe. *Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos*. en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 9, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017
- Corral Talciani, Hector. *Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*. en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999
- Hernández Ramos, Carlos. *Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985*
- Keeton, Page. *Product Liability and the Meaning of Defect*. en St. Mary's Law Journal, Volume 5, 1973
- Madrid Martínez, Claudia. *La responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*. en Homenaje a Aníbal Dominici, coordinado por Irene de Valera y José G. Salaverría, Ediciones Líber, Caracas, 2008
- Manual sobre protección del consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2017, disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplp2017d1_es.pdf
- Mayor Menéndez, Pablo comentando el Artículo 76 de la Ley 11/1998 de 24 de abril en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*., coordinado por Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo, Civitas, Madrid, 1999
- Mélich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Quinta Edición, Primera Reimpresión, Caracas, 2012
- Mélich Orsini, José. *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tercera edición actualizada, serie de estudios 45-46, Caracas, 2006
- Mélich Orsini, José. *Las particularidades del contrato con consumidores*. en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999
- Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*., Tomo VI, EJE, Buenos Aires, 1955
- Owen, David. *The Moral Foundations of Products Liability Law: Toward First Principles*. en 68 Notre Dame L. Rev, 1993
- Owen, David, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363, 1994,
- Owen, David. *The Graying of Products Liability Law: Paths Taken and Untaken in the New Restatement*. 61 Tenn. L. Rev
- Perret, Louis. *Protección al Consumidor en Canadá y los Estados Unidos: Principales técnicas*. en *Derecho de Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999
- Quiroz Rendón, David. *La noción de consumidor, problemas prácticos derivados de la aplicación del artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, y propuestas para una reconstrucción conceptual*. en en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°132, Universidad Central de Venezuela, Caracas

- Quiroz Rendón, David. *Reflexiones sobre la noción de personas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° 133 de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2009
- Reyes López, María José. *La evolución del concepto de consumidor*. en Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567
- Ruiz García, Carlos y Marín García, Ignacio. *Producto inseguro y producto defectuoso, conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*. Indret N° 388, octubre 2006, p. 5
- Schwartz, Victor E.. *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability-The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation*,. en Hofstra Law Review: Vol. 26: Iss. 3
- Sira Santana, Gabriel. *El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo N° 15, 2018
- Smith, Adam. *Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*,. Alianza Editorial, 2011, España, p. 44
- Sosa Oslán, Henry. *El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español*. en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O' Higgins ARS BONI ET AEQUI (AÑO 11 N° 2)
- Stigler, George. *The economics of information*. en The Journal of Political Economy, Volumen 69, Tercera Edición, Chicago, 1961
- Tabakian, Marcela. *Evolución de la responsabilidad del fabricante en Estados Unidos y su influencia en el derecho comparado*. en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 26, 2014
- Tambussi, Carlos Eduardo. *El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*. en LEX Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol.14, Núm 18 (2016), Perú
- Urdaneta Fontiveros, Enrique. *vicios redhibitorios y saneamiento*,. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios 73, Caracas, 2008,
- Urdaneta Fontiveros. *Daños punitivos ¿Una quiebra del sistema de responsabilidad civil?* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N°10, 2018
- Vandall, Frank. *Constructing a Roof Before the Foundation Is Prepared: The Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Section 2(b) Design Defect*,. 30 U. MICH. J. L. REFORM, 1997
- Villalba Cuéllar, Juan Carlos. *La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano*. en Civilizar 14 (27): 17-40, julio-diciembre de 2014, pp. 28-29
- Woolcott, Olenka. *La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano*. en Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, Bogotá, 2007
- Von Mises, Ludwig. *Burocracia, gestión empresarial frente a gestión burocrática*. Segunda Edición, Unión Editorial, Madrid, 2005,
- Zelaya Etchegaray, Pedro. *El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva Ley de Protección al Consumidor*. en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999

Límites al arbitraje estatutario

Jesús Augusto Rojas Hernández*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 667-689

Resumen: Este trabajo de investigación tiene la finalidad de ahondar sobre las fronteras que deben establecerse al arbitraje estatutario para garantizar que cumpla su finalidad de ser un medio adecuado para la solución de controversias de contenido estatutario. Para ello, el análisis que se realizará irá más allá del alcance objetivo y subjetivo del acuerdo arbitral estatutario, para de esta forma encontrar linderos a partir del análisis de la eficiencia y conveniencia de la jurisdicción arbitral y de las excepciones al principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

Palabras clave: Arbitraje, estatutos, conveniencia, separabilidad.

Limits to statutory arbitration

Abstract: *The purpose of this research work is to delve into the boundaries that should be established for statutory arbitration to ensure that it fulfills its purpose of being an adequate means for the resolution of disputes of statutory content. To this end, the analysis goes beyond the objective and subjective scope of the statutory arbitration agreement, to find boundaries based on the analysis of the efficiency and convenience of the arbitral jurisdiction and the exceptions to the principle of separability of the arbitration agreement.*

Keywords: *Arbitration, bylaws, convenience, severability.*

Recibido: 15/11/2023
Aprobado: 22/11/2023

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública de la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco Interamericano de Desarrollo, estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

Límites al arbitraje estatutario

Jesús Augusto Rojas Hernández*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 667-689

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Nociones sobre arbitraje estatutario. 2. Alcance del arbitraje estatutario. 2.1. Arbitrabilidad subjetiva. 2.2. Arbitrabilidad objetiva. 3. Impugnación de las asambleas en sede arbitral. 4. Forum non conveniens en el arbitraje estatutario. 5. Límite al efecto positivo del acuerdo arbitral estatutario.* CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mecanismos que se han adoptado para el buen desarrollo de las empresas a nivel mundial es el arbitraje estatutario, porque es una institución que permite brindar una solución expedita, técnica y confidencial para los socios o participantes de una organización, características que son ampliamente valoradas a lo interno de las empresas, ya que las mismas no pueden permitirse frenar la optimización de su operatividad por una mala gestión de un conflicto estatutario.

En Venezuela se han hecho suficientes análisis y discusiones en la doctrina sobre la procedencia del arbitraje estatutario a nivel nacional; no obstante, sus límites han sido analizados desde la arbitrabilidad subjetiva y objetiva de la controversia, obviando la necesidad de que los particulares involucrados deben contar con un foro adecuado para la resolución de controversias que no perjudique intereses generales no susceptibles de ser tutelados eficazmente en sede arbitral. A su vez recientes sentencias a nivel nacional han presentado retos para los corolarios del arbitraje internacional, como lo es el principio de separabilidad, el cual a nivel internacional ha venido relativizándose con un análisis apropiado de las circunstancias de cada negocio jurídico.

En ese sentido, el objetivo de esta investigación es determinar ¿Cuáles son los límites al arbitraje estatutario? Para lo cual se tomará en cuenta no solo la doctrina nacional de árbitros especializados, sino también los diversos criterios internacionales que se han sostenido sobre el particular.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública de la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco Interamericano de Desarrollo, estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

1. Nociones sobre arbitraje estatutario

El arbitraje estatutario o societario ha sido una institución analizada por primera vez en Venezuela por la doctrina de un jurista de destacada trayectoria en el Derecho corporativo y arbitral venezolano, como lo fue Carlos Lepervanche. A partir de ese momento se han sumado una cantidad importante de profesionales del Derecho en Venezuela que concurren en el estudio de este mecanismo para resolver de forma adecuada las controversias de contenido estatutario.

Ahora bien, siempre que se va a analizar una problemática vinculada a una institución del Derecho, se erige como condición *sine qua non* delimitar su concepto, para proceder con bases suficientes al debate doctrinario enmarcado dentro de la erística como ciencia filosófica que rige la argumentación jurídica. En ese sentido, debemos señalar que el Club Español del Arbitraje ha elaborado un informe donde se han desarrollado un conjunto de directrices para un desarrollo eficiente del arbitraje estatutario, dentro de estas destaca principalmente un modelo de acuerdo arbitral que puede ser usado por las instituciones, de diverso carácter, al incluirlas en sus documentos de constitución, la cual señala:

Todo conflicto de naturaleza societaria, que afecte a la sociedad, sus socios y/o sus administradores (incluyendo a título de ejemplo la impugnación de acuerdos sociales, la acción social e individual de responsabilidad contra administradores y las controversias relativas a la convocatoria de órganos sociales), queda sometido a la decisión de uno o tres árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la institución arbitral de la que se trate, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos¹.

Este modelo de acuerdo permite entender al arbitraje estatutario como aquel “que se constituye mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establece la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje”².

En el caso venezolano Carlos Lepervanche³ y Mario Bariona⁴, realizaron destacados esfuerzos en diversos trabajos de investigación para recalcar al arbitraje estatutario como un mecanismo disponible para todos aquellos que hacen vida en una socie-

¹ «Informe sobre el arbitraje societario en España», Club Español del Arbitraje, acceso el 15 de marzo de 2023, https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

² Eduardo Carmigniani, Carlos Cepeda Altamirano y Bernarda Muriel Bedoya, «Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto» *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje* 12 (2021): 206-225, <https://iea.ec/pdfs/revista-12/articulos/ARTICULO-7.pdf>

³ Carlos Lepervanche, «Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante arbitraje» *Revista Business Legal Report* (2010): 48-51, https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf

⁴ Mario Bariona, «El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades», *Revista Business Legal Report* (2012): 56-59. <https://cedca.org.ve/category/legal-report/>

dad, esto sin obviar que la institución, a diferencia de otras legislaciones como España, no ha sido consagrada por el legislador mercantil patrio. Sin embargo, debemos reiterar lo señalado por Eugenio Hernández-Bretón:

...el arbitraje es un derecho fundamental soportado por la Constitución con todas las implicaciones que ello determina. Muy especialmente, creemos que el carácter de derecho fundamental del arbitraje debe producir forzosamente una actitud pro-arbitraje y crear en cabeza de todos los tribunales de la República la obligación de fomentar el arbitraje⁵.

Situación que ha permitido aceptar que el arbitraje sea un principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, que encuentra su origen en la libertad de los particulares manifestada a través de la autonomía de la voluntad, lo cual ha hecho que su aplicación sea interpretada de forma extensiva e integrada de forma analógica y sus limitaciones de forma restrictiva y no integradas de forma analógica.

Ahora bien, en el caso nacional el reconocido árbitro Diego Castagnino ha definido al arbitraje societario como:

...un medio alternativo de resolución de controversias que tiene por finalidad dirimir divergencias intrasocietarias. Se trata de un medio que cada vez tiene más auge debido a los beneficios que ofrece, especialmente en lo que respecta a celeridad y confidencialidad⁶.

Esta definición el destacado jurista vinculado con el Derecho mercantil la considera extensible al arbitraje estatutario, al afirmar:

...es un error considerar que el primero únicamente se le es aplicable a las sociedades mercantiles, y que el segundo incluye a las asociaciones civiles, ya que no existen motivos jurídicos, técnicos ni lógicos para hacer tal diferenciación⁷.

No obstante, al existir poca cultura arbitral societaria en nuestro país, consideramos prudente usar a los fines de este trabajo el término arbitraje estatutario, para evitar equívocos en el uso práctico del término y lograr su necesaria aplicación extensiva en el Derecho corporativo venezolano, tal como lo ha referido el árbitro nacional Juan Carrero, quien ha sostenido en su doctrina:

⁵ Eugenio Hernández-Bretón, «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental», *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 22-34.

⁶ Diego Castagnino, «Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano», *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje 2* (2021): 35-67, <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>

⁷ Diego Castagnino, «El acuerdo de arbitraje societario», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación 1* (2022): 84-109, <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

...preferimos hablar de Arbitraje “Estatutario” y no de Arbitraje “Societario”, por cuanto consideramos que los principios relativos a la implementación del acuerdo arbitral estatutario son aplicables a cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, y no se limitan exclusivamente a las sociedades mercantiles, tal como –erróneamente, en nuestro criterio- menciona parte de la escasa doctrina que ha comentado el tema. Razón por la cual, es perfectamente posible que se pacte un compromiso arbitral estatutario en cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, bien sea de naturaleza mercantil, tal como una sociedad anónima, o de naturaleza civil, tal como sería el caso de asociaciones civiles, sociedades civiles y fundaciones⁸.

2. Alcance del arbitraje estatutario.

Antes de proceder a abordar la problemática de este trabajo consideramos necesario hacer referencia a lo que hasta ahora ha sido aceptado como el alcance del arbitraje estatutario. Para ello se debe hacer referencia a dos nociones importantes dentro de la teoría general del arbitraje, como lo son la arbitrabilidad subjetiva y la arbitrabilidad objetiva.

2.1. Arbitrabilidad subjetiva

Sobre la arbitrabilidad en su vertiente subjetiva Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, han señalado que se refiere “a la aptitud o capacidad de determinadas personas, para estipular un acuerdo arbitral válido, en virtud de su naturaleza o función”⁹.

Es así como puede señalarse que la arbitrabilidad subjetiva es un carácter necesario para que las personas puedan consentir en someterse a un procedimiento arbitral. En el caso particular del arbitraje estatutario se erige como una de sus problemáticas, ya que existen divergencias “con relación a la vinculación de todos los accionistas a la cláusula compromisoria introducida en el estatuto social mediante el voto de la mayoría”¹⁰. Al respecto debemos exponer que existen dos momentos para incorporar el acuerdo arbitral estatutario, estos son: al constituirse la institución y mediante una reforma estatutaria.

⁸ Juan Carrero, «El Arbitraje estatutario en Venezuela» *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Boletín Especial* (2022): 33-47, <http://revistabusinessvenezuela.com/webv/actualidad/boletin-especial-de-la-revista-marc/>

⁹ Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, «Artículo 3», en *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo (Caracas: CIERC, 2022), p. 337-374. Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>

¹⁰ «La arbitrabilidad subjetiva y la imperatividad de los derechos societarios como pretendidos factores impositivos para adoptar el arbitraje en las sociedades anónimas», Pedro Batista, acceso el 3 de abril de 2023, <http://batistamartins.com/la-arbitrabilidad-subjetiva-y-la-imperatividad-de-los-derechos-societarios-como-pretendidos-factores-impeditivos-para-adoptar-el-arbitraje-en-las-sociedades-anonimas-2/>

Con respecto al quórum de decisión que se requiere al momento de realizarse el documento constitutivo, la doctrina nacional ha señalado que se requiere el acuerdo mayoritario de los fundadores al momento de adoptar la decisión¹¹. Ahora bien, existen serias divergencias cuando se refiere a una incorporación del acuerdo arbitral posterior al momento de la constitución, por un lado se tiene la tesis de la unanimidad sostenida recientemente por Pablo Trivella, quien considera:

...no resulta posible para la mayoría modificar el derecho de impugnación de un accionista sin su consentimiento. Creemos que la inclusión de un acuerdo de arbitraje evidentemente modifica el comentado derecho, pues si bien el arbitraje es una vía adecuada y trae múltiples ventajas, no podemos olvidar que conlleva también algunas renunciaciones importantes, entre ellas el acceso a los recursos y a la gratuidad de la justicia¹².

Lo cual si bien es cierto es una postura respetable que cuenta con razonamiento jurídico, no consideramos sea la más apropiada, debido a que no toma en cuenta la realidad empresarial explicada por Pedro Batista, quien expone:

La unanimidad es una simple quimera en cualquier esfera de las relaciones sociales. Es impensable pretender que una organización como las sociedades anónimas funcione de forma unánime. Mera utopía. De la misma forma que sería impracticable someter toda y cualquier sociedad al control de la minoría. Pura fantasía. Indeseable dictadura. Por ello el derecho ha adoptado el acuerdo mayoritario, como la forma más democrática de acuerdo social y como el medio más adecuado de dar continuidad a un ente importantísimo para el desarrollo de las naciones. El derecho todavía no ha encontrado una fórmula más justa y democrática de gestión social que la fórmula mayoritaria¹³.

Por otro lado, Diego Castagnino ha identificado que en el ordenamiento jurídico mercantil venezolano no existe regulación expresa sobre el quórum necesario para adoptar este tipo de acuerdos de forma sobrevenida a la constitución, por lo que considera, y compartimos dicho criterio, que “el quórum necesario para considerar válida la decisión, será el dispuesto por el propio estatuto de la sociedad para el caso de una modificación cualquiera de los estatutos sociales, y a falta de ello, será suficiente contar con la mayoría de los presentes”¹⁴, posición que encuentra sustento en el artículo 289 del Código de Comercio¹⁵.

¹¹ Diego Castagnino, *Arbitraje...Ob.Cit.*, p. 43.

¹² Pablo Trivella, «Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano», *Revista Derecho y Sociedad* 16 (2020): 266-291, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/16/deryso_2020_16_266-291.pdf

¹³ Pablo Batista, *Ob.cit.*

¹⁴ Diego Castagnino, *Arbitraje...Ob.Cit.*, p.45-46

¹⁵ Código de Comercio de Venezuela (Gaceta Oficial extraordinaria No. 475, sancionado por el Congreso de Venezuela en 1955).

De manera pues, que la adopción del arbitraje estatutario no debería verse como una renuncia a derechos inherentes de los socios, siempre y cuando se adopten válidamente a través de la asamblea, esto es respetando las disposiciones referentes a la convocatoria y al quórum mínimo para la toma de decisiones. Ahora bien, ¿A quiénes alcanza el acuerdo arbitral estatutario adoptado válidamente?

Para nosotros el acuerdo arbitral estatutario alcanza a la sociedad, a los socios, a los herederos legatarios de un socio fallecido, a los cesionarios de un socio cedente de su participación y a los administradores y comisarios. De esta forma se puede concluir que el acuerdo arbitral estatutario alcanza a todos aquellos sujetos que tienen una relación orgánica con la sociedad y que tienen su ámbito de actuación regulado por disposiciones estatutarias, tal como lo refiere Pablo Trivella¹⁶.

2.2. Arbitrabilidad objetiva

Respecto a la arbitrabilidad objetiva, el reconocido árbitro internacional Ramón Escovar Alvarado, ha señalado que se refiere al campo y a los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje¹⁷. En ese sentido sobre las controversias que pueden ser susceptibles de ser debatidas en sede arbitral la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allá 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 partes¹⁸.

Criterio que es más amplio que el sostenido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha afirmado en sus sentencias que:

La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral¹⁹.

¹⁶ Pablo Trivella, *Ob. Cit.*, p. 277.

¹⁷ Ramón Escovar Alvarado, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini* (Caracas: ACIENPOL, 2012), 529.

¹⁸ Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó

¹⁹ Juan Carlos Naizir, «Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?» *Revista Vniversitas* 139 (2019): S/D, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>

Por tanto, podemos sostener que el examen de la arbitrabilidad objetiva debe hacerse tomando en consideración los aspectos señalados por Euribel Canino, Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:

...el primero aspecto es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil²⁰(sic).

Ahora bien, en el análisis particular de las controversias de contenido estatutario somos del criterio que, toda disputa estatutaria que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones taxativas del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial²¹, son arbitrables, tal como lo ha señalado Juan Carrero²².

Por tanto, y a los efectos de este trabajo, debemos enfatizar que las controversias sobre nulidades de asambleas son arbitrables, ya que si bien es cierto en materia de nulidades absolutas puede estar involucrado el orden público, eso no hace que no pueda ser arbitrable, debido a que el Derecho arbitral lo que impide es la arbitrabilidad de acciones contrarias al orden público, más no las que se encuentren vinculadas a este. Asimismo, debemos respaldar nuestra posición en que la doctrina arbitral mayoritaria no es contraria al criterio según el cual “son arbitrables todo el amplio espectro de las impugnaciones de acuerdos nulos”²³.

Por último, debemos señalar en cuanto a la transabilidad, que el árbitro, según el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial²⁴, tiene facultades generales para anular la

²⁰ Euribel Canino, «Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 55-74, <https://arbitrajecccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

²¹ Artículo 3°. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme. Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998)

²² Juan Carrero, *Ob. Cit.*, p. 38.

²³ Manuel Gerardo Tarrío Berjano, “La Cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación”, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+55+-+Sumario+-+DOCTRINA+-+La+cl%C3%A1usula+estatutaria+para+la+sumisi%C3%B3n+a+arbitraje+de+la+impugnaci%C3%B3n+de+los+acuerdos+sociales.+Esquema+de+situaci%C3%B3n%2C+por+Manuel+Gerardo+Tarr%C3%ADo+Berjano.pdf/58adcbcd-8bfd-d54c-93e8-57b87afe5593?t=1571241048662>

²⁴ Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

convención, esto sin distinguir si es por nulidad absoluta o relativa, y a su vez debemos reiterar el criterio de la jurisdicción ordinaria, ya señalado, según el cual basta que la controversia pueda ser conocida por un juez para que pueda ser conocida por un tribunal arbitral.

3. Impugnación de las asambleas en sede arbitral

En lo que respecta a las decisiones tomadas en el seno del órgano que refleja la voluntad social de la empresa, el histórico doctrinario mercantilista Goldschmidt, ha sostenido como principio general que “las decisiones de la asamblea, dentro de los límites de sus facultades, según los estatutos sociales, son obligatorias para todos los accionistas, aún para los que no hayan concurrido a ella, salvo que exista el derecho a separación”²⁵. Sin embargo, estas decisiones pueden estar viciadas de nulidad o inexistencia por un defecto en la formación del acto, lo cual las inhabilita para producir efectos jurídicos²⁶.

Es necesario advertir que a los efectos de esta investigación se usarán como sinónimos los conceptos nulidad absoluta e inexistencia, debido a que si bien es cierto desde un punto de vista teórico existen diferencias, la realidad práctica es que “la distinción es artificiosa, porque siempre deberá acudir al juez para lograr los efectos restablecedores de la declaración de nulidad...En consecuencia, desde un punto de vista práctico, es inevitable acudir al juez para que declare la inexistencia”²⁷.

Ahora bien, en la teoría general de las obligaciones se suele distinguir dos tipos de nulidades, las absolutas y las relativas²⁸. En el caso bajo examen una decisión tomada en una asamblea estaría viciada de nulidad absoluta cuando la decisión viole las buenas costumbres, cuando infrinja una disposición de orden público o cuando sea tomada sin cumplimiento de los requisitos formales para su existencia, lo cual acarrea la inexistencia del acto; mientras que estaría viciada de nulidad relativa cuando no se den ninguno de los supuestos de la nulidad absoluta y solo se afecte un interés particular²⁹.

Otros caracteres han sido señalados por Mata Palacios³⁰, quien ha descrito que la nulidad absoluta puede ser intentada por cualquiera de las partes o terceros interesados, pudiendo el juez incluso declararla de oficio, mientras que la nulidad relativa

²⁵ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964), p. 314-315.

²⁶ Freddy Zambrano, *Obligaciones* (Caracas: Editorial Atenea, 2008), p. 303-314.

²⁷ *Ibid.*, p. 305 y 306.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Roberto Goldschmidt, *Ob.Cit.* p. 314-315.

³⁰ Luis Enrique Mata Palacios, «La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima» *Revista de la Facultad de Derecho* 67-70 (2012-2015): 368-385, <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/3657/3132/11718>

solo podrá ser invocada por quien tuviere un interés particular violado. Con respecto a la imprescriptibilidad, aunque el autor se posiciona dentro de la postura clásica de afirmar que es imprescriptible la nulidad absoluta y prescriptible la nulidad relativa, somos del criterio de que en materia de acciones personales, como lo es la acción de nulidad absoluta, debe aplicarse de forma genérica la prescripción establecida en el artículo 1977 del Código Civil, según el cual las acciones personales prescriben a los diez años³¹. Ahora bien, al existir disposición especial en la Ley de Registros y Notarías para impugnar las decisiones de las asambleas, debe aplicarse el lapso de prescripción de un año³², ya sea el vicio de nulidad absoluta o nulidad relativa, debido a que la ley no distingue entre ambas nulidades. En ese sentido, las decisiones de las asambleas pueden impugnarse a través de dos vías, a través de la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio o con la acción de nulidad ordinaria con base a los artículos 6 y 1346 del Código Civil³³.

Ahora bien, de lo señalado por la doctrina podemos llegar a la misma conclusión de Pablo Trivella, con respecto a que no se existen inconvenientes en cuanto a someter a arbitraje las impugnaciones de las decisiones viciadas de nulidad relativa, ya que se “busca proteger intereses netamente privados”³⁴. No obstante, consideramos que la situación de las nulidades absolutas es distinta, debido a que como lo señala el mismo autor “la nulidad absoluta busca proteger el interés general”³⁵, lo cual resulta inconveniente sea resuelto en sede arbitral, donde los árbitros se deben a las partes en el caso concreto y no al interés general. Esta situación se debe a lo afirmado por Manuel Penádes Fons³⁶, quien señala:

1) Aunque los árbitros han aumentado el espectro de materias sobre las que pueden decidir, este progreso no ha venido acompañado en las leyes arbitrales nacionales por un régimen conflictual que establezca el deber de aplicar o, cuanto menos, respetar las normas imperativas de los ordenamientos que puedan estar vinculados con la disputa.

(Omissis)

³¹ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017), p. 355. Para mayor información consultar Sentencia Sala Casación Civil disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/sccl/octubre/204473-RC.000662-261017-2017-17-381.HTML>

³² Ley de Registros y Notarías (Gaceta Oficial No. 6.668, Extraordinario, del 16 de diciembre de 2021)

³³ Código Civil de Venezuela (Gaceta Oficial No. 2.990, Extraordinario, del 26 de junio de 1982)

³⁴ Pablo Trivella, *Ob.Cit.*, p. 280.

³⁵ Ídem.

³⁶ Manuel Penades, «La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens* (The protection of general interests by arbitral tribunals and *forum non conveniens*)», en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Elena Petit De Gabriel and José Alcaide Fernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), p. 599-610, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3642745

3) La posibilidad de que los órganos judiciales puedan ejercer el mencionado *second look* está condicionada a que una de las partes comience una acción judicial en relación con el laudo.

(Omissis)

4) Los causales que se prevén en el Derecho arbitral para la anulación de un laudo o para la denegación de su reconocimiento o ejecución son siempre *numerus clausus*, de modo que si el pronunciamiento arbitral no es subsumible en ninguno de ellos el laudo surtirá plenos efectos.

5) Dentro de estos causales no se encuentra el error en la aplicación sustantiva del Derecho, de modo que, salvo en los casos en los que exista afectación del orden público, la interpretación arbitral se encuentra blindada frente a la autoridad judicial.

6) El causal de orden público es siempre definido a la luz de la fuerte corriente pro-arbitral, que restringe su ámbito a cuestiones de orden público internacional y no doméstico. Desde este punto de vista, no toda inaplicación de una norma imperativa resultará necesariamente en una vulneración del orden público del órgano que escruta el laudo.

7) El único orden público que es relevante tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución es el del Estado que conoce de dicha acción y no el del Estado cuyo orden público puede estar directamente afectado por la disputa.

(Omissis)

8) Incluso si es posible salvar todos los factores enumerados, la doctrina del *second look* limita su actuación a la fase post-laudo, cuando las partes han pasado por un proceso arbitral ciertamente costoso y posiblemente dilatado en el tiempo. Es decir, es un sistema diseñado para eliminar resultados arbitrales patológicos, pero no para prevenirlos.

4. Forum non conveniens en el arbitraje estatutario

Usualmente al pensar en los límites al arbitraje estatutario se analiza la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de la controversia; no obstante, al existir situaciones como las referidas en el apartado anterior, donde no existen mecanismos dentro del Derecho arbitral para garantizar la aplicación de normas imperativas tendentes a proteger el interés general, la comunidad jurídica debe analizar instrumentos que permitan establecer fronteras eficientes al arbitraje para garantizar que cumpla su finalidad de brindar una tutela arbitral efectiva para los intereses de los ciudadanos. Es así, como la doctrina comparada ha estudiado la figura del *forum non conveniens*, como mecanismo que permitiría proteger los intereses generales en sede arbitral.

De nuestras clases de Derecho procesal civil internacional a cargo del árbitro nacional Javier Ochoa, podemos recordar que se reconoce la potestad a los Estados de dictar normas que determinen los supuestos en los que los órganos judiciales deben ejercer potestad jurisdiccional, pero en virtud de otras reglas de orden interno o internacional, igual se reconoce que se establecen los casos en los que jurisdicción de un Estado estaría exceptuada de aplicación.

En ese sentido, esas excepciones se han identificado en la doctrina nacional como consecuencia de: la derogatoria convencional de la jurisdicción, la litispendencia y conexidad internacional y la inmunidad de jurisdicción³⁷. No obstante, a nivel internacional se han reconocido otras excepciones a la potestad de juzgar, como lo es el *forum non conveniens*, principio según el cual “un tribunal aún teniendo jurisdicción para conocer del caso, puede discrecionalmente declinar su jurisdicción”³⁸. Concretamente en un trabajo de reciente data se ha definido a esta institución como “una excepción oponible ante los tribunales cuando existen dos jurisdicciones competentes y concurrentes, dicha excepción consiste en el ruego o exhorto al tribunal para que decline su jurisdicción y ello se presenta bajo argumentos agrupados bajo la palabra conveniencia”³⁹. A su vez ha sido señalado en la doctrina comparada que el fundamento filosófico del *forum non conveniens* se encuentra “en la presunción de la concurrencia de dos foros existentes para conocer de las acciones impetradas”⁴⁰.

Aplicando el *forum non conveniens* en sede arbitral se permitiría a los árbitros “remitir a las partes a los tribunales judiciales cuando entiendan que, dadas las circunstancias específicas del caso, el foro arbitral no es el apropiado para resolver la disputa”⁴¹, lo que incluso permitiría limitar el *forum shopping* reseñado en la jurisprudencia venezolana, donde se ha afirmado:

Tales circunstancias respecto de las condiciones favorables para el inversor, planteadas en el contexto de las negociaciones internacionales ha generado como práctica habitual, la posibilidad que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses -*Forum Shopping*-, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones, lo cual si bien puede verificarse acorde al ordenamiento jurídico como una actividad procesal perfectamente lícita y legítima, en algunos casos puede constituirse un verdadero fraude, en la medida que el mismo se utilice para vulnerar el principio de buena fe de las partes para lograr un beneficio o ventaja no tutelado por la legislación efectivamente aplicable, y en detrimento de los derechos e intereses de la otra parte; como es el caso de aquellas conductas asumidas *ex post* al negocio jurídico, con ocasión al surgimiento de la disputa o controversia, entre otros elementos o índices indicativos reveladores del fraude. Con lo cual en cada caso debe aplicarse el test o parámetro

³⁷ Eugenio Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano* (Caracas: Editorial Sherwood, 2004), p. 102-115.

³⁸ Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No.01543, del 18 de julio de 2001.

³⁹ Sebastián Zabaleta y Raúl Ruiz, «La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?» *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela* 5 (2023): 361-385, <https://www.mdipc-ucv.com/el-anuario-de-la-maestria>

⁴⁰ Gilberto Boutin, «Experticia jurídica sobre valoración de la prueba de iure ante los tribunales norteamericanos», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* (México: AME-DIP, 2020), p. 80. Disponible en PDF.

⁴¹ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 603.

de racionalidad, cuyo contenido se materializa en que el potencial demandado no termine sujeto a un foro al cual no tenía una expectativa razonable de sometimiento -Vid. R.H.K.. *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers - ICC Institute of World Business Law*. B.M.C. & Julian D.M. Lew, París, 2005 y Weinberg de Roca, Inés. *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002-⁴².

Particularmente consideramos que el caso más emblemático vinculado al arbitraje estatutario en Guatemala, asomó la posibilidad de aplicar esta excepción a la jurisdicción arbitral, al afirmar:

...es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad. Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: i. la procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad; ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones; iii. la modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; iv. el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc. Tales temas no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone⁴³.

Sin embargo, su aplicación fue errada al tratar de vincularla con la arbitrabilidad objetiva de la controversia y no a una excepción a la jurisdicción arbitral. Ahora bien, para que esta doctrina pueda ser usada por los tribunales arbitrales, requiere que dicha potestad sea reconocida por la ley de la sede del arbitraje, la cual se encarga de servir de

⁴² Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó

⁴³ Corte Constitucional de Guatemala, expediente No. 878-2010, de fecha 15 de marzo de 2011.

apoyo y cooperación para el correcto funcionamiento de los arbitrajes, de lo contrario esto no podría ser aplicado por los árbitros⁴⁴. Así lo ha enfatizado la árbitro internacional Claudia Madrid, quien ha afirmado:

Sin embargo, solo entendemos procedente esta excepción al ejercicio de la jurisdicción en aquellos casos en los que el legislador la consagre expresamente. No creemos que sea viable aplicar, por vía de una interpretación extensiva, una excepción procesal que afecta el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Sería deseable, sí, pero mientras el legislador no disponga expresamente su procedencia, el juez estará de manos atadas⁴⁵.

Empero, en aquellos ordenamientos jurídicos arbitrales, como el venezolano, donde se reconoce la potestad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), se permitiría a estos órganos jurisdiccionales la aplicación de esta excepción a la jurisdicción, porque “al fin y al cabo, es una teoría relativa a la competencia del tribunal, con la peculiaridad de que su objeto no se centra en la existencia de la misma sino en su ejercicio”⁴⁶. Asimismo, se puede acudir a esta institución con base al reconocimiento a la libertad de ordenación procesal que “tanto las leyes nacionales como las reglas procesales reconocen frecuentemente a los árbitros”⁴⁷, lo que no quiere decir que estos órganos jurisdiccionales alternativos puedan aplicarla de oficio, sino que con base al principio dispositivo puede ser aplicado, es decir, siempre y cuando una de las partes en el procedimiento arbitral la invoque.

Así ha sido aceptado en un arbitraje internacional ante la Cámara de Comercio Internacional de París, donde:

...el tribunal arbitral, constituido bajo los auspicios de la CCI, accedió a la solicitud de las demandadas españolas de someter la posibilidad de arbitrar y la elección de la sede arbitral a un análisis de *forum non conveniens*. Y ello sin perjuicio de que la sede en la que se asentaba el tribunal (El Cairo) perteneciera a un Estado de tradición *civil law*, que no prevé esa doctrina en su Derecho procesal internacional de origen interno y que, al igual que España, ha adoptado la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial⁴⁸.

Ahora bien, creemos que esta excepción a la jurisdicción arbitral puede ser alegada en procedimientos arbitrales donde se pretenda impugnar por nulidad absoluta lo decidido en una asamblea general, ya que como fue indicado en el apartado anterior de

⁴⁴ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 607.

⁴⁵ Claudia Madrid, «Venezuela como foro conveniente. Efectos en Venezuela de una decisión extranjera sobre *forum non conveniens*», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* (México: AMEDIP, 2020), p. 151. Disponible en PDF.

⁴⁶ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 607.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

este trabajo, los terceros pueden impugnar a través de la acción de nulidad estas decisiones, los cuales solo podrían hacerlo en vía ordinaria, debido a que por el principio de relatividad de los contratos, nadie puede verse sujeto a un negocio jurídico donde no haya prestado consentimiento, y porque tampoco pueden verse afectados por una cosa juzgada ajena; situación que haría que pueda haber múltiples impugnaciones por nulidad absoluta, una en sede arbitral y otras en la jurisdicción ordinaria, lo cual haría irremediablemente riesgosa la existencia de decisiones contradictorias que pudieran afectar la tutela jurisdiccional efectiva de los involucrados.

Lo afirmado cuenta sustento con la doctrina de Pérez Escalona, quien señala:

Al margen, aunque pudieran encontrarse y aceptarse argumentos que justifiquen que el interés afectado por el acuerdo impugnado no obsta la arbitrabilidad teórica de la impugnación, parece que los intereses afectados por los vicios determinantes de la infracción pueden revelarse como relevantes para condicionar su operatividad práctica, porque no queda claro que la apertura del procedimiento arbitral impida, per se, la actualización del riesgo de duplicidad de procedimientos y, muy particularmente, el supuesto de que un tercero con interés legítimo, respecto del que es discutible que se pueda extender la eficacia de cosa juzgada de un laudo firme, decida iniciar un procedimiento judicial de impugnación del acuerdo social objeto de arbitraje. Si, como parece, es muy discutible que la eficacia subjetiva del laudo –no del convenio arbitral como cláusula estatutaria inscrita– cubra a todos los sujetos eventualmente legitimados para impugnar el acuerdo social, lo cierto es que el riesgo de contradicción de pronunciamientos y/o de duplicidad de procedimientos puede terminar dando al traste con la bondad de la arbitrabilidad por empobrecer, en términos de litigiosidad de los acuerdos, la eficiencia de la solución arbitral de las impugnaciones⁴⁹.

5. Límite al efecto positivo del acuerdo arbitral estatutario

El principio de separabilidad del acuerdo arbitral es uno de los corolarios fundamentales del Derecho arbitral, el cual permite “la independencia de la cláusula arbitral, posibilitando su supervivencia pese a los ataques de los que pueda ser objeto el contrato principal”⁵⁰.

Este fundamento ha sido reconocido por nuestro ordenamiento jurídico arbitral que dispone en su articulado:

⁴⁹ Susana Pérez Escalona, «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica», *Boletín de la facultad de derecho*, número 28 – (2006): 24-25. Recuperado de: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFID-2006-28-43356C99/PDF>

⁵⁰ Ángela Marcela Vargas Silva, «La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional», *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 22 (2015): 97-140, https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866/revista-internacional-de-arbitraje/la-doctrina-de-la-separabilidad%3a-de-los-errores-y-afirmaciones-mas-comunes-hacia-las-verdaderas-raices-de-una-regla-de-derecho-internacional

Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Sin embargo, recientemente la doctrina internacional ha identificado la existencia de circunstancias denominadas “causales de nulidad de doble impacto”⁵¹, llamadas así “porque afectan simultáneamente al contrato subyacente y al convenio arbitral”⁵², y que permiten afirmar que la aplicación del principio de separabilidad no es de carácter absoluto.

Los supuestos de hecho para la nulidad de doble impacto que hasta ahora ha identificado la doctrina, son aquellos que integran la incapacidad y la doctrina general de los vicios en el consentimiento, donde se encuentra el error, la violencia y el dolo. Condiciones de procedencia que de ser probadas “se entenderá que el contenido del acuerdo objeto de esa falta de voluntad, no podrá ser aplicado a la parte que se vio afectada de algún vicio en su consentimiento”⁵³.

Ahora bien, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina ha señalado sobre la ausencia de formalidades esenciales de las asambleas que “Las asambleas inexistentes quedarían configuradas en los supuestos de falta efectiva de la reunión o de formas esenciales para la convocación de reunión de personas”⁵⁴, lo cual tiene completo sentido, debido a que como lo sostiene la doctrina clásica de Casas Rincón estaremos en presencia de un acto jurídico inexistente cuando “uno de los elementos esenciales indispensables a su formación hace falta”⁵⁵. Es así como estas circunstancias integran la doctrina del negocio jurídico inválido estudiado por Emilio Betti, quien expone:

Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio jurídico al que pertenece. Invalidez es aquella

⁵¹ Vika Mikaela Lara Tarancheko, «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral» *USFQ Law Review* Volumen II (2020), <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1739/2083>

⁵² Ídem.

⁵³ Carol Jiménez y María Palacios, «Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal» *Preambulo* 1 (2023): 103-122. <https://www.ciere.com/principia>

⁵⁴ «Nulidad absoluta de asamblea unánime en donde el socio ausente fue intencional e indebidamente desplazado del órgano de administración», *Microjuris*, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/03/13/nulidad-absoluta-de-asamblea-unanime-en-donde-el-socio-ausente-fue-intencional-e-indebidamente-desplazado-del-organo-de-administracion/>

⁵⁵ César Casas Rincón, *Obligaciones civiles*. T. I. (S/D: Fondo editorial Sanojo, S/D), p. 573.

inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios⁵⁶.

Lo anterior fue argumentado en un caso reciente tratado por la Sala Política Administrativa, donde por la invocación de irregularidades en el proceso de convocatoria de una asamblea que adoptó una reforma de los estatutos e incluyó una cláusula arbitral, los magistrados sentenciaron que:

...visto que los nuevos estatutos son objeto de impugnación en la presente demanda, mal puede el juzgado *a quo* tomar en consideración su contenido a los fines de decidir sobre la falta de jurisdicción, toda vez que su validez se encuentra cuestionada⁵⁷.

Lo que permite afirmar que dentro del sistema de justicia venezolano ha sido aceptado que existen excepciones a la separabilidad del acuerdo, como lo es la ausencia de formalidades esenciales para celebrar asambleas, lo cual ocurrió de forma inédita en un caso vinculado con una controversia estatutaria. Particularmente la excepción que consideramos está identificando el órgano judicial es aquella basada en el aforismo jurídico *ex nihilo nihil fit*, que significa según el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico “de la nada, nada proviene”⁵⁸. Esta circunstancia ha sido ampliamente debatida por la doctrina arbitral como un supuesto de excepción a la separabilidad del acuerdo, pero en el caso venezolano parece que el Tribunal Supremo de Justicia se inclina a favor de esta excepción al principio de separabilidad del acuerdo, que encuentra sustento en el caso *Cassia*, conocido por la Corte de Apelación de París y la Corte de Casación, donde ambos órganos sostuvieron:

En los hechos, las partes habían rubricado, aunque no firmado, un contrato que incluía una cláusula compromisoria y que fue incumplido. El tribunal arbitral se consideró competente, al entender que las partes habían consentido el arbitraje, pero según criterio de la CA de París el defecto en la formación del contrato según la ley aplicable (la paquistaní) lo hacía inexistente y no permitía fundar la competencia arbitral...⁵⁹

⁵⁶ Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico* (Granada: Editorial Comares, 2000), p. 405.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 838 del 8 de diciembre de 2022.

⁵⁸ «*ex nihilo nihil fit*», Diccionario Panhispánico de Español Jurídico, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://dpej.rae.es/lema/ex-nihilo-nihil-fit#:~:text=Gral.,Boecio%3A%20De%20aeternitate%20mundi>).

⁵⁹ «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», María Palazón, acceso el 21 de mayo de 2023, https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/71179/Preprint_El%20principio%20de%20separabilidad%20o%20autonomi%CC%81a%20del%20acuerdo%20arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

De igual forma, ha sido una postura acatada en el caso *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*, conocido por la Corte Suprema de India que sentenció:

Una cláusula de arbitraje es una presentación escrita, acordada por las partes del contrato, y, como otras presentaciones escritas a arbitraje, debe ser interpretada de acuerdo a su lenguaje y a la luz de las circunstancias en las que fue hecha. Si la controversia se refiere a si el contrato que contiene la cláusula se ha celebrado alguna vez, esta cuestión no puede someterse a arbitraje en virtud de la cláusula, ya que la parte que niega haber celebrado el contrato está negando que se haya unido a la convención. Del mismo modo, si una de las partes del supuesto contrato alega que es nulo *ab initio* (porque, por ejemplo, la celebración de dicho contrato es ilegal), la cláusula de arbitraje no puede aplicarse, ya que, desde este punto de vista, la propia cláusula también es nula⁶⁰. (Traducción libre).

Por ello, la comunidad arbitral estatutaria venezolana debe advertir que al momento de adoptarse un acuerdo arbitral en un negocio jurídico multiparte, como lo es la formación de los estatutos sociales o la reforma de estos, si existen vicios no van a poder defender el acuerdo arbitral y con ello la jurisdicción de los tribunales arbitrales amparados en el principio de separabilidad, debido a que estos vicios pueden romper con el efecto positivo y negativo de los acuerdos de arbitraje, ya que los tribunales arbitrales al verificar estos defectos, podrían declarar su falta de jurisdicción.

No obstante, queremos advertir que es contrario al principio *Kompetenz-Kompetenz*, que la valoración inicial de si se está en presencia de una causal de nulidad de doble impacto la haga un tribunal de la jurisdicción ordinaria, debido a que como ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia venezolana, los tribunales de la República para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción deberán verificar únicamente si existe un acuerdo arbitral escrito, es decir, no podrán entrar a realizar valoraciones de fondo, porque es una competencia exclusiva de los tribunales arbitrales⁶¹. Asimismo, queremos enfatizar que estas excepciones identificadas, deben interpretarse de forma restrictiva y casuística, para que los operadores jurídicos puedan debatir en cada caso, si la invalidez del negocio jurídico principal también contamina al acuerdo arbitral.

⁶⁰ Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*. Sentencia, 27 de marzo de 1963. Disponible en https://indiankanoon-org.translate.google/doc/1593938/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=sc

⁶¹ Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 1067, del 3 de noviembre de 2010, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>. Criterio reiterado en un caso vinculado a la materia bajo análisis en Sala Política Administrativa, número 621, 12 de mayo de 2011, caso: Centro Portugués. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.html>

CONCLUSIONES

Luego de las disertaciones realizadas se puede inferir del presente trabajo que las acciones de nulidad absoluta de las asambleas de accionistas o participantes de una organización determinada, a pesar de cumplir con los criterios de arbitrabilidad subjetiva y objetiva, no son convenientes que sean sometidas a arbitraje, debido a la legitimación extensa que existe sobre esa acción, lo cual permite determinar que la jurisdicción arbitral no es adecuada para conocer de estas controversias.

Asimismo, se ha podido verificar que una sentencia reciente del Máximo Tribunal de la República, ha determinado que existen límites al principio de separabilidad del acuerdo arbitral, los cuales se encuentran en la doctrina internacional de las causas de nulidad de doble impacto, donde se encuentra el aforismo *ex nihilo nihil facit*, que en el caso concreto del arbitraje estatutario se plantea cuando no se han cumplido con las formalidades esenciales para realizar la asamblea, cuestionamiento que afecta incluso a la cláusula arbitral que se adopte en el seno del órgano destinado a la formación de la voluntad social de la institución. Lo cual establece fronteras al efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral estatutario.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque Sayago, Ingrid e Ivette Esis. «Artículo 3». En *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo. Caracas: CIERC, 2022. Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>
- Bariona, Mario. «El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades». *Revista Business Legal Report* (2012): 56-59. <https://cedca.org.ve/category/legal-report/>
- Batista, Pedro. «La arbitrabilidad subjetiva y la imperatividad de los derechos societarios como pretendidos factores impeditivos para adoptar el arbitraje en las sociedades anónimas». Acceso el 3 de abril de 2023. <http://batistamartins.com/la-arbitrabilidad-subjetiva-y-la-imperatividad-de-los-derechos-societarios-como-pretendidos-factores-impeditivos-para-adoptar-el-arbitraje-en-las-sociedades-anonimas-2/>
- Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- Boutin, Gilberto. «Experticia jurídica sobre valoración de la prueba de iure ante los tribunales norteamericanos», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos*. México: AMEDIP, 2020. Disponible en PDF.
- Canino, Euribel, «[Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida](#)». *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 55-74. <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>
- Carmigniani, Eduardo, Carlos Cepeda Altamirano y Bernarda Muriel Bedoya. «Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto». *Revista del Insti-*

- tuto Ecuatoriano de Arbitraje* 12 (2021): 206-225. <https://iea.ec/pdfs/revista-12/articulos/ARTICULO-7.pdf>
- Carrero, Juan. «El Arbitraje estatutario en Venezuela». *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Boletín Especial* (2022): 33-47. <http://revistabusinessvenezuela.com/webv/actualidad/boletin-especial-de-la-revista-marc/>
- Casas Rincón, César. *Obligaciones civiles*. T. I. S/D: Fondo editorial Sanojo, S/D.
- Castagnino, Diego. «Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano». *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje* 2 (2021): 35-67. <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>
- Castagnino, Diego. «El acuerdo de arbitraje societario». *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 84-109. <https://arbitrajeccc.org/principal/primer-edicion-junio-2022/>
- Club Español del Arbitraje. «Informe sobre el arbitraje societario en España». Acceso el 15 de marzo de 2023. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf
- Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial extraordinaria No. 475, sancionado por el Congreso de Venezuela en 1955.
- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial No. 2.990, Extraordinario, del 26 de junio de 1982.
- Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*. Sentencia, 27 de marzo de 1963. Disponible en https://indiankanoon-org.translate.google/doc/1593938/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=sc
- Corte Constitucional de Guatemala, expediente No. 878-2010, de fecha 15 de marzo de 2011.
- Diccionario Panhispánico de Español Jurídico. «*ex nihilo nihil fit*». Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://dpej.rae.es/lema/ex-nihilo-nihil-fit#:~:text=Gral.,Boecio%3A%20De%20aeternitate%20mundi>
- Escovar Alvarado, Ramón. «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual». En *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini*. Caracas: ACIENPOL, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964.
- Hernández-Bretón, Eugenio. *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*. Caracas: Editorial Sherwood, 2004.
- Hernández-Bretón, Eugenio. «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental», *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Jiménez, Carol y María Palacios. «Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal». *Preambulo* 1 (2023): 103-122. <https://www.cierc.com/principia>
- Lara Tarancheko, Vika Mikaela. «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral» *USFQ Law Review* Volumen II (2020). <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1739/2083>

- Lepervanche, Carlos. «Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante arbitraje». *Revista Business Legal Report* (2010): 48-51. https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf
- Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.
- Ley de Registros y Notarías. Gaceta Oficial No. 6.668, Extraordinario, del 16 de diciembre de 2021.
- Madrid, Claudia. «Venezuela como foro conveniente. Efectos en Venezuela de una decisión extranjera sobre *forum non conveniens*», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* México: AMEDIP, 2020), p. 151. Disponible en PDF.
- Mata Palacios, Luis Enrique. «La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima». *Revista de la Facultad de Derecho* 67-70 (2012-2015): 368-385. <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/3657/3132/11718>
- Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017.
- Microjuris. «Nulidad absoluta de asamblea unánime en donde el socio ausente fue intencional e indebidamente desplazado del órgano de administración». Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/03/13/nulidad-absoluta-de-asamblea-unanime-en-donde-el-socio-ausente-fue-intencional-e-indebidamente-desplazado-del-organo-de-administracion/>
- Naizir, Juan Carlos. «Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?». *Revista Vniversitas* 139 (2019): S/D. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>
- Palazón, María. «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral». Acceso el 21 de mayo de 2023. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/71179/Preprint_El%20principio%20de%20separabilidad%20o%20autonomi%CC%81a%20del%20acuerdo%20arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Penades, Manuel. «La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens* (The protection of general interests by arbitral tribunals and *forum non conveniens*)». En *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Elena Petit De Gabriel and José Alcaide Fernández. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3642745
- Pérez Escalona, Susana. «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica». *Boletín de la facultad de derecho* 28 (2006): 24-25. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2006-28-43356C99/PDF>
- Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No.01543, del 18 de julio de 2001.
- Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó.
- Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1067, del 3 de noviembre de 2010, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>.

Sala Político Administrativa, número 621, 12 de mayo de 2011, caso: Centro Portugués. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.html>

Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, No. RC-662, del 26 de octubre de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/204473-RC.000662-261017-2017-17-381.HTML>

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 838 del 8 de diciembre de 2022.

Tarrío Berjano, Manuel Gerardo. «La Cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación». Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+55+-+Sumario+-+DOCTRINA+-+La+cl%C3%A1usula+estatutaria+para+la+sumisi%C3%B3n+a+arbitraje+de+la+impugnaci%C3%B3n+de+los+acuerdos+sociales.+Esquema+de+situaci%C3%B3n%2C+por+Manuel+Gerardo+Tarr%C3%ADo+Berjano.pdf/58adcbcd-8bfd-d54c-93e8-57b87afe5593?t=1571241048662>

Trivella, Pablo. «Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano». *Revista Derecho y Sociedad* 16 (2020): 266-291. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/16/deryso_2020_16_266-291.pdf

Vargas Silva, Ángela Marcela. «La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional», *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 22 (2015): 97-140, https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866/revista-internacional-de-arbitraje/la-doctrina-de-la-separabilidad%3a-de-los-errores-y-afirmaciones-mas-comunes-hacia-las-verdaderas-raices-de-una-regla-de-derecho-internacional

Zabaleta, Sebastián y Raúl Ruiz. «La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?». *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela* 5 (2023): 361-385, <https://www.mdipc-ucv.com/el-anuario-de-la-maestría>

Zambrano, Freddy. *Obligaciones*. Caracas: Editorial Atenea, 2008.

El levantamiento del velo corporativo: Sentencia Nro. 509 del 2022, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia

Jesús A. Dávila
Nailet M. Gomez Padilla
RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 691-704

Resumen: Se presenta a continuación un análisis, desde una perspectiva académica, a la sentencia Nro. 509 de la Sala de Casación Civil que recurre al concepto del levantamiento del velo corporativo para justificar la responsabilidad civil de una sociedad mercantil relacionada contractualmente con la que estaba directamente implicada en los hechos generadores de la situación gravosa. Es importante advertir que en estas anotaciones no se analizará al fondo de la causa, ni los temas procesales y de derecho de responsabilidad civil que podrían también ser revisados. Finalmente, el propósito de este escrito es retomar el tema de la figura del levantamiento del velo corporativo que de ser usada con cautela. A criterio de los autores¹, la Sentencia mezcla temas de solidaridad pasiva, contratos entrelazados y la personalidad jurídica.

Palabras clave: Responsabilidad, solidaridad, jurisprudencia.

Lifting the corporate veil: Sentence no. 509 of 2022, Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice

Abstract: Analysis of Decision 509 from the Civil Chamber of the Venezuelan Supreme Court, which uses the concept of corporate veil piercing to justify civil liability of a company contractually related to the party directly involved in the events generating the damaging situation. It is important to note that these annotations will not review the merits of the case, nor the procedural and civil liability issues that could also be reviewed. Finally, the purpose of this paper is to review the issue of the figure of the corporate veil piercing as a concept that should be used with caution. In the opinion of the authors, the judgment mixes issues of passive joint liability, intertwined contracts and legal personality.

Keywords: Torts law, joint liability, jurisprudence

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.
** Directora Ejecutiva del Observatorio de Bioética y Derecho UNIMET Escuela de Derecho.

¹ La figura de los contratos entrelazados ya ha sido tema de discusión en la doctrina venezolana, especialmente por el autor James-Otis Rodner en su obra "Los Contratos Enlazados. El subcontrato", publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Estudios Nro. 77 del año 2008.

El levantamiento del velo corporativo: Sentencia Nro. 509 del 2022, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia

Jesús A. Dávila
Nailet M. Gomez Padilla
RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 691-704

SUMARIO:

1. De los hechos relevantes del caso. 2. Argumentos de la Sala de Casación Civil para justificar la legitimidad pasiva. 2.1. Criterio objetivo para juzgar el caso. 2.2. Levantamiento del velo corporativo. 3. El abuso de derecho, el levantamiento del velo corporativo y la teoría del riesgo.

1. De los hechos relevantes del caso

El caso al que hace referencia la Sentencia corresponde a un reclamo de responsabilidad civil de los familiares de la víctima de un accidente automovilístico. En este sentido, los hechos y argumentos que describe el formalizante son transcritos de la siguiente manera en la Sentencia:

Para el momento del arrollamiento el conductor de la gandola involucrada en el accidente prestaba servicios, como chofer o trabajador subordinado para la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, y transportaba una carga considerable de cervezas marca POLAR con destino a una de las distribuidoras de la nombrada empresa cervecera ubicada en los Filuos, sector Nueva Lucha del Municipio Mara, y la unidad de carga (gandola), donde se transportaba la carga de cervezas, se encontraba pintada de los colores alusivos a las empresas POLAR, es decir azul y blanco, con el logotipo de la empresa en cuestión, asimismo, su remolque con la lona protectora tenía los mismos colores azul y blanco, y el mismo logotipo.

Otro elemento importante a considerar, es que la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, tiene celebrado un contrato de transporte con la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, a quien le presta el servicio de manera exclusiva, ya que todas sus unidades de carga, tienen los mismos colores, signos y logotipos alusivos a la mencionada empresa, siendo el transporte de cervezas de la CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, la única y principal fuente de lucro de la misma.

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

** Directora Ejecutiva del Observatorio de Bioética y Derecho UNIMET Escuela de Derecho.

En materia laboral, existe la solidaridad entre los intermediarios o contratistas y los beneficiarios del servicio prestado por éstas (sic). Esto quiere decir, que la responsabilidad que pueda dimanar en cuanto a la aplicación de la normativa laboral por los trabajadores contratados o al servicio de cualquier contratista o intermediario, es solidariamente compartida por las empresas que se benefician de las mismas.

El trabajador puede, si así lo desea, reclamar los diferentes beneficios laborales indistintamente al intermediario o contratista para el que presta el servicio, o reclamárselos a la empresa beneficiaria del servicio que presta ese intermediario o contratista, lo que nos lleva a la conclusión lógica de que estos trabajadores están subordinados por la solidaridad existente, a ambos patronos, valga decir, al intermediario o contratista y a la empresa beneficiaria del servicio.

Además, la relación que existe y que se produce con ocasión del servicio de transporte que presta la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA a la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, está íntimamente relacionado con el objeto o giro comercial de la misma, puesto que luego de elaborar y envasar las cervezas y demás productos fabricados por ésta, se le hace indispensable y necesario surtir y proveer a las distintas distribuidoras ubicadas en el ámbito geográfico regional. Es allí donde entra en escena la empresa contratista de transporte que surge con ocasión de la producción de la empresa cervecera, estableciéndose plenamente la conexidad entre ambas empresas.

Sumado a lo anterior, la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, tiene como única y principal fuente de ingresos los provenientes del servicio de transporte que le presta a la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA, es más, esta compañía se creó o nació a la vida comercial con ocasión de ese servicio, hasta el punto que la cervecera prestó el dinero para la adquisición de un lote de gandolas y remolques, incluida en este lote la gandola causante del accidente, para comenzar a prestar sus servicios de transporte, todo lo cual evidencia indudablemente la conexidad existente entre ambas empresas, y por ende la responsabilidad solidaria con los trabajadores que presten servicios para la contratista, y la responsabilidad de ambas empresas frente a terceros por los hechos ilícitos que cometan los mismos (trabajadores) en ejercicio de sus funciones.

Todos estos elementos arriba mencionados y descritos con suficiencia inciden de manera incuestionable en la consideración de la vinculación efectiva de la relación de trabajo del ciudadano chofer de la gandola causante del arrollamiento, dentro de la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA, con la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA

(...)

En el caso que nos ocupa, quedó demostrado que existen dos sociedades mercantiles, TRANSPORTE RINCÓN (sic) VALERO, COMPAÑÍA ANÓNIMA y CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA (sic), que actúan como una unidad o grupo, aunque en sus relaciones frente a terceros se presenten como sociedades independientes, debido a la personalidad jurídica que les es inherente a cada una, diluyendo así la unidad en una de ellas y la responsabilidad que como

un todo les corresponde; en consecuencia, la sociedad mercantil TRANSPORTE RINCÓN (sic) VALERO, COMPAÑÍA ANÓNIMA absorbe las obligaciones ante terceros, sin comprometer la unidad patrimonial y por ende a la sociedad mercantil CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA llegado el evento de que las obligaciones fuesen incumplidas por la primera de las nombradas.

(...)

En consecuencia, la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto, debe desestimarse, y como su individualidad como personas jurídicas no las protege en el caso que nos ocupa, la responsabilidad civil debe hacerse extensible a las dos; es decir, ambas empresas son culpables por la mala elección o falta de vigilancia del prenombrado trabajador e indivisiblemente co-responsables de la obligación de indemnizar el daño causado en el patrimonio moral y emocional de nuestros representados, y así solicitamos expresamente sea declarado. (Destacado de la transcripción)¹.

Como se puede observar de los alegatos del formalizante: (i) la compañía TRANSPORTE RINCÓN VALERO COMPAÑÍA ANÓNIMA (“TRVCA”) es la que tiene la relación directa con el hecho dañoso y es la “principal demandada”; (ii) CERVECERÍA MODELO COMPAÑÍA ANÓNIMA (“MODELO”) no tiene un vínculo societario con TRVCA, i.e., no comparten accionistas o socios, ni administradores o directores; (iii) el formalizante parece utilizar argumentos propios del derecho laboral, correspondientes a la dependencia, dirección y exclusividad, para derivar una relación en la que MODELO de alguna manera controla a TRVCA. La vinculación a la que hacemos referencia se encuentra reflejada en una serie de contratos. En otra palabras, el formalizante encuentra en las relaciones contractuales de MODELO y TRVCA, la base para justificar una especie de solidaridad pasiva cuya traducción en el contexto de la Sentencia será la teoría del levantamiento del velo corporativo; y (iv) siguiendo con esta línea argumentativa, el formalizante solicita que “la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto, debe desestimarse, y como su individualidad como personas jurídicas no las protege en el caso que nos ocupa, la responsabilidad civil debe hacerse extensible a (MODELO y TRVCA). Como veremos, este argumento gira sobre la idea de una suerte de pecado original (*original sin*) atribuible al hecho de que las partes suscriban contratos para ordenar cierta actividad económica que libremente ejercen.

¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

2. Argumentos de la Sala de Casación Civil para justificar la legitimidad pasiva

En lo que refiere a la relación entre MODELO y TRVCA, y la posibilidad de que aquél sea parte en el juicio, la Sala de Casación Civil analizó preliminarmente el contenido de al menos dos contratos:

(i) El primero, un contrato de préstamo entre MODELO y TRVCA según el cual “(TRVCA) debe y pagará a (MODELO), (...), la cantidad de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS BOLÍVARES (Bs. 18.800.000,00), suma ésta que mi representada ha invertido en operaciones de legítimo carácter mercantil como es el pago del precio de los bienes que mi representada adquiere conforme a este documento...”; y

(ii) un contrato de subarrendamiento entre las referidas sociedades, que derivaría de un contrato de arrendamiento financiero suscrito por MODELO y otra compañía. En este sentido, el mencionado contrato de subarrendamiento impone varias obligaciones a TRVCA: (a) la empresa de transporte subarrendataria “...se dedicará en forma exclusiva al transporte de productos marca POLAR o a aquellos otros que LA ARRENDATARIA le indique periódicamente...” debiendo cumplir “...con el programa de rutas y secuencia de entrega en los diferentes puntos geográficos que periódicamente le indique (MODELO); (b) se estableció la obligación irrevocable para la empresa de transporte subarrendataria de comprar el camión “...mediante la compra de la opción exclusiva de comprarlo (sic) que tiene la arrendataria de acuerdo al CONTRATO DE ARRENDAMIENTO dentro de los treinta días calendarios siguientes a la fecha de terminación o resolución de este contrato...”.

(iii) también consta la existencia de un contrato de transporte, según el cual “(TRVCA) se obliga a acarrear los productos (...) entre el establecimiento industrial y esta última situada (...), en un todo conforme con las guías que al efecto le serán entregadas (...), con la carga respectiva. El acarreo de la mercancía será llevado a cabo por (TRVCA), de acuerdo con las especificaciones estipuladas en este convenio y con las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de transporte”. Adicionalmente, dicho contrato de transporte incluye una cláusula de eximente de responsabilidad, donde queda claro que TRVCA es responsable por cualquier situación referente al objeto del documento, así como de las obligaciones laborales de los trabajadores de ésta. Finalmente, el contrato de transporte permitiría un derecho de auditoría mediante el cual MODELO podría confirmar y controlar la ejecución del contrato.²

Ahora bien, habiendo analizado estas relaciones contractuales, la Sala de Casación Civil empieza a argumentar la eventual pertinencia de la cualidad pasiva de MODELO en el caso:

² Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

(...) la Sala aprecia que entre las empresas codemandadas, (MODELO y TRV-CA), existe una relación derivada de unos contratos donde pactan la prestación del servicio de transporte, de los cuales se desprende de forma inequívoca el control que tiene la primera de las nombradas sobre todas y cada una de las operaciones que efectúa la compañía de transporte para el acarreo y distribución de los productos por ella elaborados.

Todos estos elementos conllevan a concluir, que MODELO, es la empresa que controla toda la operación de acarreo y distribución de los productos de consumo masivo, hasta el consumidor final. De hecho, un elemento determinante que sustenta tal afirmación deviene de lo establecido por las partes en el denominado contrato de subarrendamiento (...)

En virtud de lo anterior, resulta pertinente examinar, de qué manera el referido entramado contractual, diseñado con la finalidad de realizar la distribución de los productos de MODELO, se sirvió de una pluralidad de relaciones contractuales enlazadas por la causa –debido a que sirven a un fin económico social común-, así como de la intermediación formal de una persona jurídica denominada Transporte Rincón Valero, C.A., para colocar en el mercado los productos de la primera, sin perder el control efectivo de la operación económica, y al mismo tiempo, obtener las ventajas del fraccionamiento de la operación mediante diversas relaciones contractuales y sujetos interpuestos, en aras de disminuir los riesgos patrimoniales de la misma.

Esto se evidencia con meridiana claridad en el caso de autos, ya que al materializarse el siniestro que dio lugar a la demanda, la empresa creadora del riesgo y receptora de los mayores beneficios económicos de la actividad, alega no ser imputable por los daños causados, dado que no ostenta la propiedad del vehículo, y porque el conductor no tenía una relación jurídica directamente con MODELO, sino con TRVCA, que funcionaría aquí –según la lógica del argumento-, no como ejecutor material de la distribución dirigida y organizada por MODELO, sino como un ente con personalidad jurídica propia y distinta, con patrimonio separado e independencia financiera, que recibe con exclusividad el impacto económico del daño causado a terceros.

Esto deja claro, que en el caso concreto, se pretende invocar la personalidad jurídica que el ordenamiento reconoce a las sociedades mercantiles (artículo 201 del Código de Comercio), y la intangibilidad patrimonial que resulta para los socios, en virtud de la separación de sus conjuntos patrimoniales y los de la sociedad -lo que privilegia la responsabilidad limitada frente a terceros-, con una finalidad distinta a la que el ordenamiento jurídico tutela a través de tales instituciones, ya que las mismas sirven de incentivo a la asunción de riesgos limitados en las actividades económicas, más no pueden servir -en perjuicio de las víctimas-, como impedimentos formales para imputar a los beneficiarios la responsabilidad por los daños derivados de tales iniciativas.³

Como se puede observar, la Sala de Casación Civil no reconoce *a priori* la eficiencia económica de las relaciones contractuales que las partes podrían generar en

³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

beneficio del mercado, e.g., mayor abastecimiento, abaratamiento de los precios por la posibilidad de alcanzar geográficamente más mercado, el proceso de aprendizaje de TRVCA como co-contratante de MODELO (*transfer of know how and good practices*), entre otras. La Sala de Casación Civil en este análisis preliminar se concentra en una idea: “la empresa creadora del riesgo y receptora de los mayores beneficios económicos de la actividad alega no ser imputable por los daños causados”. En el razonamiento de la Sala de Casación Civil, MODELO es quien genera mayores beneficios económicos y por lo tanto no debe “escapar” de una responsabilidad civil que se pretende derivar de relaciones meramente contractuales.

Siguiendo con el razonamiento de la Sala de Casación Civil, se utilizan los siguientes argumentos:

2.1. Criterio objetivo para juzgar el caso.

La Sala indica que:

En este caso en concreto, puede juzgarse con un criterio objetivo -es decir, sin que prejuzgue sobre la intención de los sujetos intervinientes de causar daños-, que la intermediación de la sociedad mercantil Transporte Rincón Valero, C.A., en la distribución de los productos de Cervecería Modelo, C.A., se invoca en el proceso como una limitación a la víctima para obtener la reparación de los daños, por parte de quien crea, organiza y dirige la actividad económica creadora de los riesgos materializados en el siniestro, lo que le imprime a la personalidad jurídica interpuesta un carácter abusivo en cuanto a la finalidad pretendida, que excede los límites fijados por la buena fe en el ejercicio de las facultades concedidas por el ordenamiento jurídico a sus titulares.

Asimismo, es constatable el efecto lesivo que tal ejercicio abusivo comporta para los intereses legítimos de terceros receptores del daño, ya que éstos, se verían impedidos de obtener una reparación por parte de la empresa controlante de la actividad que incorpora al tráfico jurídico el riesgo materializado en el siniestro”.⁴

Es interesante destacar, por consecuencia que en criterio de la Sala la calificación del carácter abusivo del uso del derecho no deriva de la intención de las partes al momento de contratar, sino que se produce de acuerdo con una lógica de consecuencia o efecto, es decir, si la víctima puede ver limitada su capacidad de resarcimiento en virtud de la presencia de formas (en este caso contractuales y societarias lícitas), las mismas adquieren el carácter de abusivas. En otras palabras, la figura societaria y contractual se vuelve ilícitas (a pesar de cualquier intención de las partes) si en el devenir de dichas

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

relaciones se puede justificar un reclamo delictual insatisfecho en virtud de tales figuras societarias y contractuales. Lo anterior, corresponde a una argumentación peligrosa y un despropósito que hace tambalear el andamiaje societario y contractual de nuestro sistema de derecho privado.

Dicho de otra manera, se presume la buena fe de los contratantes hasta que se está en presencia de un suceso delictual generador de responsabilidad extracontractual. La voluntad de las partes en la formación del hecho delictual deja de tener relevancia. Así las cosas, se plantea una especie de regulación del mejor padre de familia (*high liability standard*) en el quehacer comercial de las compañías. Incluso parece que deben reformularse los contenidos de los contratos mercantiles que las partes suscriben para precisamente generar la desconexión necesaria que protege a las partes en caso de situaciones de responsabilidad extracontractual.

2.2. Levantamiento del velo corporativo.

La Sala con respecto a este punto señala lo siguiente:

Es preciso señalar que el principio general contenido en (el artículo 1185 del Código Civil), es que el interés lesionado debe quedar indemne frente al ejercicio abusivo del derecho por parte de sus titulares, lo cual sólo se podría lograr en casos como el de autos, **declarando la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil interpuesta, frente a las víctimas del daño, abriendo el camino para imputar los daños directamente a la sociedad controlante**, lo que constituye una reparación *in natura* del interés lesionado mediante el ejercicio abusivo de la forma societaria, conocido en la doctrina y jurisprudencia patrias como “*levantamiento del velo corporativo* (RESALTADO DE LA SENTENCIA).⁵

Luego de esta afirmación, la Sala indica que:

En consecuencia, en el caso de autos debe declararse inoponible a la parte accionante la personalidad jurídica de (TRVCA), la cual fungía como un mero intermediario formal, y por lo tanto, debe considerarse como dueño, principal o director respecto del conductor del vehículo (dependiente) a (MODELO), siendo improcedente la defensa de falta de cualidad esgrimida en el presente juicio. (RESALTADO DE LA SENTENCIA)”.⁶

⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

Como se puede observar, la Sentencia al concluir que existe un abuso de la forma societaria, se ampara en las disposiciones del artículo 1185 del Código Civil para justificar el nacimiento de una posible responsabilidad civil por parte de MODELO. La Sentencia indica que TRVCA es un “intermediario formal” de la actividad económica de MODELO. Resulta evidente que el razonamiento anterior confunde profundamente diversos conceptos. En este sentido, es importante indicar que la figura del levantamiento del velo corporativo no supone ni implica las argumentaciones que se indican en la Sentencia.

3. El abuso de derecho, el levantamiento del velo corporativo y la teoría del riesgo

En el aparte único del artículo 1185 del Código Civil Venezolano, se encuentra la base para estudio del concepto del abuso de derecho. En este sentido, dicho artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 1185. El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho. (RESALTADO NUESTRO).”⁷

El abuso de derecho corresponde a determinadas circunstancias extraordinarias en las que, el juez o la Administración Pública, según sea el caso, pueden desconocer la personalidad propia e independiente de la sociedad, debido a que los socios y la sociedad no son sujetos diferentes y que las identidades de los socios y de la sociedad, en los hechos, se confunden.⁸

Es una clara fuente de derecho delictual y se establece como tal en la legislación venezolana. Ciertamente, la regulación expresa no soluciona el problema del alcance de la disposición y de las condiciones que deben existir para la responsabilidad extracontractual se genere en virtud de dicha norma.

El profesor Emilio Pittier Sucre señala lo siguiente:

En 1935, el doctor José María Domínguez publicó en la Revista Jurídica, un estudio sobre el abuso de derecho (...) es el único estudio sistemático de la teoría del abuso de derecho (...) anterior a su adopción por el Código Civil de 1942.⁹

⁷ Código Civil de Venezuela (1982). Gaceta Oficial Extraordinaria número 2.990. 26 de junio de 1982.

⁸ José Muci. *El abuso de la forma societara. “El levantamiento del velo corporativo”*. (Caracas: Editorial Sherwood, 2005), p. 31.

⁹ Emilio Pittier. *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio, El Abuso de Derecho*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007), p.

Como se observa, ya desde principios de siglo, el concepto del abuso de derecho era conocido en la doctrina venezolana. Ahora bien, los antecedentes de la doctrina pueden tener su punto de inicio moderno a finales del siglo XIX y comienzos del XX en campo de los académicos franceses. En este sentido, Louis Josserand explica el concepto del abuso de derecho y la posibilidad de justificar su existencia desde la idea de la desviación que los individuos le dan al propósito que el legislador le asignó al derecho¹⁰. En otras palabras, el fin con el cual el derecho subjetivo es creado no puede utilizarse para uno distinto que a su vez engendre un daño.

En Venezuela han sido varios los intentos de explicar desde la acera doctrinal el concepto del abuso de derecho. El profesor Emilio Pittier en la obra mencionada *ut supra* indica que la jurisprudencia ha tenido distintos criterios para evaluar el concepto y concluye diciendo que

Basta aplicar la teoría del ejercicio excesivo de los derechos subjetivos, con un concepto amplio de la culpa (violación de la buena fe objetiva, de la lealtad, de la honestidad) para resolver las controversias acerca de la responsabilidad civil por daños causados en el ejercicio de un derecho.¹¹

Como se puede observar hay varios elementos que son comunes a la teoría del abuso de derecho: (i) la preexistencia de un derecho subjetivo concedido por la Ley; (ii) el abuso en el ejercicio del derecho deriva del establecimiento de un límite objetivo (*objective cognitive limitation*) que la mayoría de los autores identifica con la buena fe; (iv) la buena fe como concepto es multívoco y facilita el estudio de la figura del abuso de derecho; (v) lo que si es cierto es que debe haber una intención (al menos culposa) que determine una eventual responsabilidad civil; y (vii) el daño deriva directamente de la acción del abuso el cual se configura en función de la definición de la buena fe y por lo tanto, de la culpa.

En el caso que resuelve la Sentencia, ninguna de estas consideraciones está presente. De hecho y como lo indicamos arriba la Sentencia expresamente indica que “este caso en concreto puede juzgarse con un criterio objetivo es decir, sin que prejuzgue sobre la intención de los sujetos intervinientes de causar daños”; es decir, la intención de las partes es irrelevante en presencia del hecho dañoso. La calificación del abuso es un evento externo a las partes que se pretenden vincular. Más aún, el relacionamiento contractual de las partes es lo que permite a la Sala concluir que hay un abuso de derecho, con relación específica a la forma societaria.

¹⁰ Louis Josserand. Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado”.

¹¹ Emilio Pittier. *Derecho de las... p.*

Para resumir el argumento de la Sentencia: (i) las partes se vinculan por contratos, (ii) una de ellas comete un hecho ilícito civil, (iii) por lo tanto, las formas contractuales fueron abusivas, (iv) con lo cual, la personalidad jurídica de la que no comete el hecho ilícito debe desconocerse para lograr su responsabilidad. Este argumento es descabellado. ¿Cómo puede concluirse que la responsabilidad civil de una persona deriva de su vinculación contractual con otra y que por lo tanto se debe levantar el velo corporativo de aquélla? No es este un problema de solidaridad pasiva; ¿es decir, encontrar maneras para que las dos compañías sean corresponsables del hecho ilícito sin procurar estudiar el problema del levantamiento del velo societario que es claramente contrario a la noción de solidaridad pasiva?¹²

Con respecto al problema del levantamiento del velo corporativo, el mismo ha sido ampliamente estudiado en Venezuela a partir de la famosa sentencia del caso Transporte Saet¹³, sentencia Nro. de Exp. 03-0796 en la cual se cita a la sentencia Nro. 152/2000, caso: Firmeca 123 C.A. estableciendo que: “el velo corporativo se levanta con el fin de evitar el fraude a la ley que se hace presente cuando las compañías, como personas distintas a sus administradores, reclamen derechos que facilitan los efectos del delito.” Desarrolla, adicionalmente la Sala que, el levantamiento del velo permite desconocer las formas jurídicas adoptadas cuando se haya hecho uso abusivo de éstas, para obviar la aplicación de determinada disposición de orden público.

Es así como, hay al menos dos consideraciones importantes (i) el levantamiento del velo corporativo supone el desconocimiento de la personalidad jurídica de la subsidiaria para poder alcanzar a los socios o accionistas y de esa manera poder reclamar lo que sea pertinente y (ii) el reclamo supone el abuso de la forma societaria, ya que la misma habría sido creada con fines distintos a los propuestos originalmente por la voluntad del legislador. Como se observa, la figura es esencialmente de derecho societario, i.e., implica la desaparición de un atributo societario para poder intentar acciones contra las partes en el contrato de sociedad que dio origen a la sociedad desconocida. Sea entonces que, el levantamiento del velo societario no fue diseñado para encontrar rutas de responsabilidad civil extracontractual derivada de relaciones contractuales.

¹² Aceptar la corresponsabilidad es reconocer la personalidad jurídica de las partes, pero creando el argumento necesario para reclamar responsabilidad.

¹³ Los profesores Jose Antonio Muci Borjas y Allan Brewer-Carías, entre otros, tienen sendos estudios sobre este caso y en general sobre el problema del desconocimiento de la forma societaria. Lo cierto es que el caso Transporte Saet es polémico y en el fondo padece de graves problemas de concepto. Como lo señala Brewer constituye una clara violación del derecho a la defensa, cuando unas compañías terminan siendo responsables en un juicio en el que no participaron. Por otro lado, todos los académicos coinciden en que la figura es de uso excepcional y que la mala fe y la intencionalidad son esenciales para el estudio de esta. En otras palabras, no se pueden inferir responsabilidades de esta naturaleza sin apelar al análisis de la intención de las partes en la formulación del abuso de la forma societaria. Es posible que la forma societaria se use para fines ilícitos y ciertamente los atributos que derivan de ella, e.g., personalidad jurídica, claramente deben ser desconocidos. Tal es el caso de la delincuencia organizada o el lavado de activos. Sin embargo, los casos de la esfera privada requieren un análisis sopesado porque se corre el riesgo de atentar contra instituciones esenciales del derecho privado.

Como se indica arriba, la Sentencia presenta argumentos y fundamentos del derecho laboral para justificar un control corporativo por parte de MODELO sobre TRVCA en virtud de un “entramado” contractual con lo cual se desconoce la personalidad jurídica de TRVCA para llegar a MODELO. ¿Cómo puede justificarse esto? ¿No es posible justificar un argumento de responsabilidad solidaria? Como se puede justificar el *piercing of the corporate veil* por el mero relacionamiento contractual de las partes. Más aún como se puede desconocer la eficiencia económica de diversas estructuras contractuales generando un argumento de mala fe que solo aparece en caso de un hecho ilícito extracontractual.

Con relación a lo anterior, si contemplamos la doctrina venezolana, Melich-Orsini determina que, si un individuo retira provechos que sean propios de su actividad y los riesgos de pérdidas que resultan de la misma para los terceros, deberá decidirse que la misma persona que corre con las expectativas de provecho cargue con los riesgos de las pérdidas, entendido, así como el postulado básico de la teoría de los riesgos o responsabilidad objetiva¹⁴.

Se concluye entonces que, la Sala malinterpretó la figura apelando a un concepto excepcional para justificar lo que en el fondo es una responsabilidad solidaria pasiva, fundamentada en el soporte y carga de los riesgos del transporte comercial. Adicionalmente, al calificar las diversas cláusulas contractuales en el contexto del contrato de transporte suscrito por MODELO y TRVCA de alguna manera está afectando el espectro de la voluntad de las partes y la libertad contractual que deriva de la misma. Dicho de otra forma, la Sala impone criterios “objetivos” de responsabilidad en función a normas contractuales bajo ideas cuasi laborales.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil de Venezuela (1982). Gaceta Oficial Extraordinaria número 2.990. 26 de junio de 1982.

Emilio Pittier. *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio, El Abuso de Derecho*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007).

James-Otis Rodner en su obra “Los Contratos Enlazados. El subcontrato”, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Estudios Nro. 77 del año 2008.

José Melich- Orsini. *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*. 3ra Edición actualizada de la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación. (Caracas: Serie estudios, 2006).

¹⁴ José Melich- Orsini. *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*. 3ra Edición actualizada de la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación. (Caracas: Serie estudios, 2006), p. 21.

José Muci. *El abuso de la forma societara. “El levantamiento del velo corporativo”*. (Caracas: Editorial Sherwood, 2005)

Louis Josserand. “Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado”.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Número 000509 del 28 de octubre del 2023, Número de Expediente 17-912. Ponencia de José Luis Gutiérrez Parra.

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (6) de octubre de 2020

TEMÁTICA DE LA REVISTA

La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, invita a participar a profesionales en distintas áreas del saber dedicados al estudio y desarrollo del Derecho Mercantil y disciplinas relacionadas con las manifestaciones de la empresa.

Las convocatorias a colaborar en sus números estarán enfocadas en temas que aborden asuntos relacionados con la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil, así como otras áreas del saber jurídico que a juicio del Comité Editorial guarden estrecha relación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aún cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Comité Editorial.
- **Fuente:** Times New Roman.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Subtítulos 13.
 - Cuerpo de texto del artículo 12.
 - Citas largas: 10.
 - Pie de página: 8.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Superior: 4 cm, inferior: 3 cm, izquierda: 3 cm, derecho: 3 cm.

- **Sangría:** En Sangría > Especial, seleccione Sangría de primera línea y luego escriba: 1 cm.
- **Espaciado:** En Espaciado, seleccione 0 como valor para Anterior y Posterior y, en Interlineado, seleccione Sencillo.
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte (texto justificado) con sangría izquierda 1 cm y derecho 1 cm y con interlineado 1.0. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 8 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo Chicago “sistema de notas y bibliografía” se debe de mantener a lo largo de todo el texto. ([Descarga el manual haciendo clic aquí](#)).
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
- **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración: Vaya a la pestaña Archivo y haga clic en Opciones, en Avanzadas, busque tamaño y calidad de la imagen, marque la opción No comprimir las imágenes del archivo. Adicional debe enviar como archivo adjunto las imágenes utilizadas en su formato y tamaño original.
- **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.
- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.

- **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras clave:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano
- **Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en inglés de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en inglés.

Segunda página incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (solo en castellano).
- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.

De seguida:

- **Introducción,**
- **Desarrollo del artículo,**
- **Conclusiones y**
- **Bibliografía:** listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).

Los títulos de: sumario, Introducción, conclusión y bibliografía, debe estar en mayúsculas y negritas, tamaño de letra 12.

- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en la temática de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil de SOVEDEM, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a SOVEDEM, de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, el o los autores autorizan a SOVEDEM para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:
 - Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de SOVEDEM o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que SOVEDEM decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
 - La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a SOVEDEM, de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.

- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a SOVEDEM.
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de SOVEDEM, tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como a su Código de Ética.
- SOVEDEM, no está en obligación de publicar en su revista ningún trabajo recibido.
- SOVEDEM no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de SOVEDEM.
- **Selección previa de los artículos:** al recibir cada uno de los manuscritos el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, realizará una selección de los artículos que se ajusten a la temática y que hayan sido presentado conforme a las normas de forma, sin prejuizar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.
- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién

es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.

- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



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

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

 www.sovedem.com

 [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)

 [@sovedem_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)