



SOCIEDAD VENEZOLANA DE  
DERECHO MERCANTIL

# REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

n.º **13**  
CARACAS, 2024

HOMENAJE AL

*Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández*

## COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez  
Claudia Madrid Martínez  
Diego Thomás Castagnino  
Daniel Pérez Pereda  
Liliana Vaudo  
Siro Tagliaferro  
Catherina Gallardo  
Víctor Hugo Guerra H.  
Andrea I. Rondón García  
Nasly Ustáriz Forero  
Jesús A. Villegas-Ruiz  
Wilfredo Monsalve  
Ezzat Lorenzo Chelhod Beylouné  
Luis Ernesto Fidhel González  
Roberto Alfredo Ferrer Ocando  
Alexander Ocanto Portillo  
Mariagracia Mejías

Maximiliana Cerero  
Samuel Franco  
Jorge P. Freitas Di Tomo  
Claudia Carolina Pérez  
Víctor Corredor  
Alonso Flores  
Rubén Calderón  
Kimberly K. González Rojas  
José Eduardo Valderrama Velandia  
Humberto Elías Carrillo Otamendi  
Alejandro Ignacio Ramírez Padrón  
Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez  
Mariana C. Civitillo H.  
José Javier Briz Kaltenborn  
Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez  
Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao

© **REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL**

Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777

ISBN: 9798530244964

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

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

Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 13 / Diciembre 2024

Publicación de la convocatoria: 21/10/2024

Recepción de artículos: 21/10/2024 al 18/11/2024

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](http://www.sovedem.com) E-mail: [sociedadderechomercantil@gmail.com](mailto:sociedadderechomercantil@gmail.com)

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

Caracas, Venezuela





SOCIEDAD VENEZOLANA DE  
DERECHO MERCANTIL

# REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

XIII EDICIÓN

Homenaje al Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández

**COLABORADORES:**

Nayibe Chacón Gómez  
Claudia Madrid Martínez  
Diego Tomás Castagnino  
Daniel Pérez Pereda  
Liliana Vaudo  
Siro Tagliaferro  
Catherina Gallardo  
Víctor Hugo Guerra H.  
Andrea I. Rondón García  
Nasly Ustáriz Forero  
Jesús A. Villegas-Ruiz  
Wilfredo Monsalve  
Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune  
Luis Ernesto Fidhel González  
Roberto Alfredo Ferrer Ocando  
Alexander Ocanto Portillo  
Mariagracia Mejías

Maximiliana Cerero  
Samuel Franco  
Jorge P. Freitas Di Tomo  
Claudia Carolina Pérez  
Víctor Corredor  
Alonso Flores  
Rubén Calderón  
Kimberly K. González Rojas  
José Eduardo Valderrama Velandia  
Humberto Elías Carrillo Otamendi  
Alejandro Ignacio Ramírez Padrón  
Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez  
Mariana C. Civitillo H.  
José Javier Briz Kaltenborn  
Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez  
Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao

Caracas – Venezuela  
Diciembre, 2024



**Presidente Honorario**

Julio Rodríguez Berrizbeitia

**Comité Ejecutivo 2024 – 2025**

**Director General**

Diego Castagnino

**Secretaria General**

Nayibe Chacón Gómez

**Tesorero**

Daniel Pérez Pereda

**Directora**

Claudia Madrid Martínez

**Director**

Fernando Sanquírigo Pittevil

**Vocal por los profesores de Derecho Mercantil**

Carlos Domínguez

**Coordinador de Asuntos Académicos**

Pedro Rengel

**Coordinador Internacional**

Mario Bariona G.

**Comité Editorial**

**de la Revista Venezolana  
de Derecho Mercantil**

**Director-Editor**

Diego Castagnino

**Asesor Académico**

Kimlen Chang de Negrón

**Coordinador**

Daniel Pérez Pereda

# Sumario

<i>Presentación y agradecimientos</i> Nayibe Chacón Gómez, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda	1
<i>Semblanza del Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández</i> Nayibe Chacón Gómez	4
<b>ARTÍCULOS</b>	
<i>El negocio del béisbol: un acto de comercio complejo</i> Nayibe Chacón Gómez	7
<i>La reivindicación del Derecho privado (patrimonial) desde ‘El declive de los estudios de Derecho privado’ de Alfredo Morles Hernández</i> Claudia Madrid Martínez	17
<i>Third Party Due Diligence: Una herramienta estratégica para la gestión de riesgos empresariales</i> Diego Tomás Castagnino	36
<i>El principio de la buena fe y su relación obligatoria con la teoría del contrato: especial referencia a los contratos deportivos</i> Daniel Pérez Pereda	54
<i>Cumplimiento corporativo e inteligencia artificial: Aportes y controles en la gestión de riesgos</i> Liliana Vaudo, Siro Tagliaferro y Catherina Gallardo	67
<i>Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) o Convención de Mauricio</i> Víctor Hugo Guerra H.	87
<i>Reseña de la obra ‘El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]’ de Isabella Pecchio Brillembourg</i> Andrea I. Rondón García	101
<i>La paradoja de la actividad intermediadora de la banca: Incentivos y riesgos</i> Nasly Ustáriz Forero	110
<i>Investigaciones corporativas internas</i> Jesús A. Villegas-Ruiz	133

<i>Una aproximación a la interacción entre gobernanza corporativa e inteligencia artificial</i> Wilfredo Monsalve	160
<i>Las empresas de seguros y el compromiso de responsabilidad social</i> Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune	178
<i>Efectos patrimoniales de la sentencia de quiebra</i> Luis Ernesto Fidhel González	191
<i>Separación del socio de una sociedad mercantil por extinción de su causa individual en el ordenamiento jurídico venezolano</i> Roberto Alfredo Ferrer Ocando	232
<i>Riesgo legal en la aplicación de medios electrónicos y de biometría dactilar en la verificación de identidad en procesos registrales (SAREN)</i> Alexander Ocanto Portillo	243
<i>El buen gobierno corporativo como estrategia para la prevención de conflictos de intereses en empresas familiares</i> Mariagracia Mejías, Maximiliana Cerero y Samuel Franco	257
<i>Buen gobierno corporativo y la conformación de directorios en las empresas de propiedad estatal</i> Jorge P. Freitas Di Tomo	276
<i>Desafíos de la regulación de la inteligencia artificial en el derecho mercantil venezolano</i> Claudia Carolina Pérez	297
<i>Sandbox regulatorio en materia de la actividad aseguradora: ¿un mecanismo de innovación regulatoria o de intervencionismo regulatorio?</i> Víctor Corredor y Alonso Flores	310
<i>Patentes esenciales estándar (SEPs): Introducción y cuestiones pendientes</i> Rubén Calderón	325
<i>Factoring a través de los certificados de financiamiento bursátil</i> Jesús Rojas Hernández	337
<i>Derecho concursal venezolano: Una mirada desde la actualidad</i> Kimberly K. González Rojas	346
<i>Retos del derecho societario ante la disrupción tecnológica y la gobernanza digital. Algunas consideraciones para Colombia, Venezuela y el Caribe</i> José Eduardo Valderrama Velandia	367

<i>La gestión de conflictos de interés en las relaciones con proveedores de mercancía</i> Humberto Elías Carrillo Otamendi y Alejandro Ignacio Ramírez Padrón	385
<i>Gestión ASG y banca</i> Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez	400
<i>¿Es el garante corporativo la llave para la apertura de la contratación en la explotación de hidrocarburos?</i> Mariana C. Civitillo H.	425
<i>De la des-formalización material a la re-formalización digital: Las Formalidades Contractuales en la era Digital</i> José Javier Briz Kaltenborn	439
<i>La importancia del Compliance en la Contratación Pública: Una perspectiva de Derecho Comparado</i> Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez y Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao	449
<b>NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES</b>	470

## *Presentación y agradecimientos*

Nos complace presentar la décima tercera edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (RVDM), dedicada a la memoria y legado del Dr. Leopoldo Borjas Hernández, destacado referente del derecho mercantil venezolano.

Como parte de la tradición que caracteriza a nuestra revista, esta edición correspondiente al segundo semestre del año 2024 fue bautizada en el marco de nuestras VII Jornadas de Derecho Mercantil, celebradas los días 12 y 13 de diciembre bajo el lema: “Derecho Mercantil: Reflexiones y Nuevas Perspectivas”. Este evento, que también rindió homenaje al Dr. Borjas Hernández, congregó a académicos nacionales e internacionales en un espacio de reflexión y análisis jurídico de gran envergadura.

El Dr. Leopoldo Borjas Hernández, además de ser un reconocido estudioso del derecho mercantil, fue un destacado docente universitario e investigador jurídico, cuya obra intelectual ha dejado una huella imborrable en la comunidad jurídica venezolana. En esta edición, la semblanza del homenajeado ha sido elaborada por la Dra. Nayibe Chacón Gómez, con el propósito de resaltar sus contribuciones y preservar su legado para las futuras generaciones de juristas.

Con el fin de promover la participación académica y abrir espacios para la difusión de conocimiento, la convocatoria para la RVDM N° 13 fue publicada el 21 de octubre de 2024 a través de nuestras redes sociales y la página web de SOVEDEM ([www.sovedem.com](http://www.sovedem.com)). La invitación fue dirigida a académicos, investigadores, estudiantes y a la comunidad jurídica en general, tanto a nivel nacional como internacional.

En línea con las mejores prácticas editoriales internacionales, se habilitó en la página web de SOVEDEM una plataforma de recepción de trabajos, permitiendo a los postulantes enviar sus manuscritos de forma más ágil y ordenada. Este avance facilitó la eficiencia del proceso de recepción y evaluación de artículos, garantizando un flujo más transparente y accesible para los autores.

La convocatoria recibió un total de 28 trabajos, de los cuales, tras un riguroso proceso de evaluación mediante arbitraje doble, ciego y por pares, se aprobaron 25 artículos. Uno de los trabajos fue rechazado y dos fueron devueltos para ajustes, siendo posteriormente aceptados. Este proceso, esencial para la calidad académica de la revista, no habría sido posible sin la valiosa colaboración de los revisores, a quienes expresamos nuestro más sincero agradecimiento por su dedicación, compromiso y contribución con la excelencia editorial.

En esta ocasión, los artículos seleccionados abordan una variedad de temas de relevancia y actualidad, tanto en el ámbito nacional como internacional, destacándose la participación de académicos consagrados y de jóvenes investigadores. Este hecho nos llena de satisfacción, ya que reafirma nuestro compromiso de difundir, proteger y actualizar el derecho mercantil venezolano.

A continuación, presentamos la lista de los autores y los trabajos que conforman esta décima tercera edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (RVDM):

1. Nayibe Chacón Gómez: “El negocio del béisbol: un acto de comercio complejo”.
2. Claudia Madrid Martínez: “La reivindicación del Derecho privado (patrimonial) desde ‘El declive de los estudios de Derecho privado’ de Alfredo Morles Hernández”.
3. Diego Tomás Castagnino: “Third Party Due Diligence: Una herramienta estratégica para la gestión de riesgos empresariales”.
4. Daniel Pérez Pereda: “El principio de la buena fe y su relación obligatoria con la teoría del contrato: especial referencia a los contratos deportivos”.
5. Liliana Vaudo, Siro Tagliaferro y Catherina Gallardo: “Cumplimiento corporativo e inteligencia artificial: Aportes y controles en la gestión de riesgos”.
6. Víctor Hugo Guerra H.: “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) o Convención de Mauricio”.
7. Andrea I. Rondón García: “Reseña de la obra ‘El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]’ de Isabella Pecchio Brillembourg”.
8. Nasly Ustáriz Forero: “La paradoja de la actividad intermediadora de la banca: Incentivos y riesgos”.
9. Jesús A. Villegas-Ruiz: “Investigaciones corporativas internas”.
10. Wilfredo Monsalve: “Una aproximación a la interacción entre gobernanza corporativa e inteligencia artificial”.
11. Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune: “Las empresas de seguros y el compromiso de responsabilidad social”.
12. Luis Ernesto Fidhel González: “Efectos patrimoniales de la sentencia de quiebra”.
13. Roberto Alfredo Ferrer Ocando: “Separación del socio de una sociedad mercantil por extinción de su causa individual en el ordenamiento jurídico venezolano”.
14. Alexander Ocanto Portillo: “Riesgo legal en la aplicación de medios electrónicos y de biometría dactilar en la verificación de identidad en procesos registrales (SAREN)”.
15. Mariagracia Mejías, Maximiliana Cerero y Samuel Franco: “El buen gobierno corporativo como estrategia para la prevención de conflictos de intereses en empresas familiares”.
16. Jorge P. Freitas Di Tomo: “Buen gobierno corporativo y la conformación de directorios en las empresas de propiedad estatal”.
17. Claudia Carolina Pérez: “Desafíos de la regulación de la inteligencia artificial en el derecho mercantil venezolano”.
18. Víctor Corredor y Alonso Flores: “Sandbox regulatorio en materia de la actividad aseguradora: ¿un mecanismo de innovación regulatoria o de intervencionismo regulatorio?”.
19. Rubén Calderón: “Patentes esenciales estándar (SEPs): Introducción y cuestiones pendientes”.
20. Jesús Rojas Hernández: “Factoring a través de los certificados de financiamiento bursátil”.
21. Kimberly K. González Rojas: “Derecho concursal venezolano: Una mirada desde la actualidad”.
22. José Eduardo Valderrama Velandia: “Retos del derecho societario ante la disrupción tecnológica y la gobernanza digital. Algunas consideraciones para Colombia, Venezuela y el Caribe”.
23. Humberto Elías Carrillo Otamendi y Alejandro Ignacio Ramírez Padrón: “La gestión de conflictos de interés en las relaciones con proveedores de mercancía”.

24. Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez: “Gestión ASG y banca”.
25. Mariana C. Civitillo H.: “¿Es el garante corporativo la llave para la apertura de la contratación en la explotación de hidrocarburos?”.
26. José Javier Briz Kaltenborn: “De la des-formalización material a la re-formalización digital: Las Formalidades Contractuales en la era Digital”.
27. Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez y Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao: “La importancia del Compliance en la Contratación Pública: Una perspectiva de Derecho Comparado”.

Con esta nueva edición, la Revista Venezolana de Derecho Mercantil reafirma su compromiso con la producción, actualización y difusión de los saberes jurídicos mercantiles, con un enfoque plural y abierto a la participación académica nacional e internacional. Queremos expresar nuestro más profundo agradecimiento al equipo de revisores, cuyas evaluaciones rigurosas y objetivas garantizan la calidad de los artículos publicados.

Finalmente, celebramos la creciente participación de estudiantes de postgrado, cuyas investigaciones cada vez con mayor frecuencia forman parte de nuestras ediciones. La calidad y actualidad de sus trabajos demuestran que las nuevas generaciones de especialistas en derecho mercantil están comprometidas con los pilares de SOVEDEM: difundir, proteger y actualizar el derecho mercantil venezolano.

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](http://www.sovedem.com). Esperamos que esta obra sea de utilidad para la comunidad jurídica en general. Con la presentación de la RVDM N° 13 y la realización de la VII Jornada de Derecho Mercantil, SOVEDEM cierra con éxito el calendario de actividades de 2024, proyectando para 2025 un plan de trabajo innovador, inclusivo y orientado a la excelencia académica.

Caracas, diciembre de 2024

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

Prof. Dr. Diego Castagnino  
Director General y Editor

Prof. Dra. Nayibe Chacón Gómez  
Secretaria General

Prof. Daniel Pérez Pereda  
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang  
Asesor Académico

## *Semblanza del Profesor Leopoldo Borjas Hernández*

Por Nayibe Chacón Gómez<sup>1</sup>

Redactar la semblanza del Profesor Leopoldo Borjas Hernández es una responsabilidad de gran tamaño, pero que asumo con entusiasmo, puesto que me permite colocar en palabras mi sentimiento de admiración por su labor docente, de investigación y de ejercicio profesional, facetas dedicadas principalmente a la disciplina jurídica comercial.

Para los profesores y estudiosos del Derecho Mercantil uno de los libros de necesaria consulta es el estudio titulado “*Instituciones de Derecho Mercantil: los comerciantes*” del año 1973, que recibió el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1975, y del cual su autor expresó que en su elaboración tuvo como propósitos fundamentales poner a disposición de estudiantes, abogados y magistrados, el producto de sus años de estudio, experiencia y reflexión; a la vez de constituirse en una contribución a crear una nueva escuela doctrinal en el estudio del Derecho Mercantil en Venezuela.<sup>2</sup> El tiempo ha permitido evidenciar que ambos propósitos se han cumplido y se siguen cumpliendo.

El Profesor Leopoldo Borjas Hernández fue un jurista que dio brillo al ejercicio profesional desde la práctica privada<sup>3</sup> desde que egresó como abogado de la Universidad Central de Venezuela, aunque había realizado estudios de pregrado en la Universidad de los Estudios en Florencia, y posteriormente tras obtener el título de Doctor por la Universidad de Carabobo.

El Doctor Borjas Hernández también se destacó como profesor e investigador, alcanzando el escalafón de Profesor Titular en la Universidad Central de Venezuela.

En la Universidad Central actúa, además, como miembro del Consejo de la Escuela de Derecho, del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y del Consejo Técnico del Instituto de Derecho Privado de dicha Facultad y Director de este Instituto; Presidente del Consejo de Apelaciones de la Universidad; Jefe de la Cátedra de Derecho Mercantil; Jefe del Departamento de Derecho Privado y Profesor de la Cátedra de Contratos y Garantías. En el año lectivo 1969-1970 obtiene merecido reconocimiento de sus alumnos, quienes lo designan como Padrino de esa promoción de abogados.

También representan reconocimientos de sus méritos, las condecoraciones recibidas. De la Universidad Central de Venezuela la Orden “José María Vargas” y “Luis

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Leopoldo Borjas. «Palabras pronunciadas por el Dr. Leopoldo Borjas, en la oportunidad de recibir el premio de la Academia». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 33, n° 56-57 (1974): 16. [https://aciropol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS\\_1974\\_56-57\\_33\\_165-185.pdf](https://aciropol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS_1974_56-57_33_165-185.pdf)

<sup>3</sup> Integrandó en 1951 el escritorio jurídico Mendoza, Palacios, Borjas, Páez Pumar & Cía., hoy conocido como Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. <https://www.menpa.com/escritorio/historia/>

Sanojo”, ambas en su primera clase; de la Federación del Colegio de Abogados la “Condecoración Arminio Borjas”, la cual recibiría con especial agrado y devoción; del Colegio de Abogados del Distrito Federal la Medalla del Colegio, la Orden Bolivariana y el Botón de Antigüedad; el Botón del Colegio de Abogados del Estado Cojedes; del Gobierno Nacional Orden Francisco de Miranda y Orden Andrés Bello, ambas en primera clase; del Gobierno del Estado Carabobo el Sol de Carabobo en el grado de Gran Oficial.<sup>4</sup>

El Doctor Leopoldo Borjas Hernández fue un acucioso estudioso del derecho, tal como lo demostró en el trabajo “La apertura de crédito y el descuento bancarios” con el que se incorporó en 1982 como Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 28 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la que fue Primer Vicepresidente y posteriormente su Presidente. Dentro de su actividad como miembro de esa Corporación académica en 1990 pronunció el discurso de orden en el acto de instalación del “Foro El Poder Judicial en Venezuela”<sup>5</sup> en el que revela su gran preocupación por el sistema de justicia en el país, al expresar que

En nuestra sociedad se ha perdido la fe en la justicia y que esa pérdida de fe es el efecto de una causa: la armazón del escándalo para someter al contrario al escarnio público, algunas veces por motivos de carácter político; y, otras, por móviles inconfesables. En todo caso, el interés personal y egoísta del actor no encuentra límites morales y éticos, y se sostiene solamente en el poder político o económico que lo ampara. Y el escándalo y el escarnio públicos van unidos al trueque de la razón por la sin razón, es decir, por la amenaza, y la peor amenaza para el ser humano es la pérdida de la propia libertad. El auto de detención, por ejemplo, se ha convertido en el instrumento de este territorio judicial que atenta contra uno de los principales y esenciales derechos del hombre.<sup>6</sup>

El tema de la pérdida de la libertad formó parte de otros documentos del Profesor Leopoldo Borjas Hernández,<sup>7</sup> se refería siempre a la vulnerabilidad de las personas a ser sometidos a la privación física de su libertad, para aminorar esa posibilidad debían y deben mejorarse las capacidades de aquellos que tienen la misión de impartir justicia, confiándole la labor de enseñanza y fortalecimiento profesional de los miembros del Poder Judicial a instituciones verdaderamente académicas.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> José Andrés Octavio. *Principios del derecho tributario venezolano*. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del doctor José Andrés Octavio. Discurso de contestación del académico doctor Tomás E. Carrillo Batalla. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, (2002): 9. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/D-0022-I.pdf>

<sup>5</sup> Leopoldo Borjas. «Discurso de orden pronunciado por el Dr. Leopoldo Borjas Hernández, presidente (E) de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el acto de instalación del Foro El Poder Judicial en Venezuela». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 66, no. 121 (1990): 361-388. [https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1990/BolACPS\\_1990\\_66\\_121\\_361-388.pdf](https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1990/BolACPS_1990_66_121_361-388.pdf)

<sup>6</sup> Leopoldo Borjas. «Discurso de orden pronunciado», 380.

<sup>7</sup> Leopoldo Borjas. «Toma de posesión de la junta directiva electa para el período 1992-1993: palabras del Dr. Leopoldo Borjas Hernández, presidente saliente» *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 68, no. 124 (1992): 24. [https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1992/BolACPS\\_1992\\_68\\_124\\_11-25.pdf](https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1992/BolACPS_1992_68_124_11-25.pdf)

<sup>8</sup> Leopoldo Borjas. «Discurso de orden pronunciado», 381.

Por aquello de “zapatero a tu zapato”, creo que la Escuela de la Judicatura no debe depender directamente del Consejo de la Judicatura y que éste debería confiar la dirección, por lo menos académica, de la misma, a una universidad nacional y, en particular, a una de sus dependencias especializadas, como puede ser, por ejemplo, el Centro de Estudios de Post-grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Con ello se garantizará, no solamente la calidad de la enseñanza, sino la imparcialidad en la calificación de los alumnos, y la continuidad de los estudios.<sup>9</sup>

Se desprende de estas invaluable palabras del Profesor Borjas Hernández la importancia que ha tenido y tiene la academia y el estudio sistemático del derecho para lograr la anhelada justicia.

El Profesor Leopoldo Borjas Hernández nació en la ciudad de Caracas el 03 de septiembre de 1928 y falleció el 29 de septiembre de 2001, hijo de Carlos Arminio Borjas Landaeta y María Carlota Hernández Woodberry. Estuvo casado con Elisabetta von Bach Baccifava con la que tuvo cinco hijos, Federico Leopoldo, Franchesca, Patricia, Alejandro y Pablo, a quienes el Profesor Borjas Hernández le pediría perdón “por la parte de amor y de amistad que les he negado, y por el tiempo de mi vida que a ellos correspondía y que, mezquinamente, les he quitado”,<sup>10</sup> por la profunda dedicación a la creación intelectual, que hoy se le rinde homenaje en la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y especialmente con la edición de un nuevo número de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

Caracas, 05 de diciembre de 2024

---

<sup>9</sup> *Ídem.*

<sup>10</sup> Leopoldo Borjas. «Palabras pronunciadas», 185.

# *El negocio del beisbol: un acto de comercio complejo*

**Nayibe Chacón Gómez\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 7-16

**Resumen:** Tomando como punto de partida las apreciaciones del Doctor Leopoldo Borjas Hernández sobre el acto de comercio en la obra “Instituciones del Derecho Mercantil: los comerciantes”, se analizará el negocio deportivo, especialmente el dedicado al deporte del beisbol, del que se alcanza a afirmar que es un acto de comercio complejo. El artículo no solo se inspira en dicho trabajo sino que se busca relacionarlo con situaciones actuales de relevancia jurídica, como se ha presentado en el caso de las Academias de Beisbol según informa la sentencia de la Sala de Casación Social del TSJ de agosto de 2024, se realiza el análisis de la práctica del beisbol en Venezuela, y la compleja relación entre la actividad mercantil que realizan estas Academias al ejecutar actos de comercio, y los deberes que le son propios a los padres y representantes de los jóvenes deportistas.

**Palabras claves:** Práctica deportiva, agencias de negocios, contrato de agencia, actos de comercio, Academias de Beisbol.

## *The Business of Baseball: A Complex Commercial Act*

**Abstract:** Taking as a starting point the assessments of Dr. Leopoldo Borjas Hernández on the act of commerce in the work "Institutions of Commercial Law: merchants", the sports business will be analyzed, especially that dedicated to the sport of baseball, which can be said to be a complex act of commerce. The article is not only inspired by said work but seeks to relate it to current situations of legal relevance, as has been presented in the case of the Baseball Academies as reported by the judgment of the Social Cassation Chamber of the TSJ of August 2024, the analysis of the practice of baseball in Venezuela is carried out, and the complex relationship between the commercial activity carried out by these Academies when executing acts of commerce, and the duties that are inherent to the parents and representatives of young athletes.

**Keywords:** Sports practice, business agencies, agency contract, acts of commerce, Baseball Academies.

**Recibido:** 15/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* 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. Electa Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 19 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

# *El negocio del beisbol: un acto de comercio complejo*

Nayibe Chacón Gómez\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 7-16

## **SUMARIO:**

**Presentación. 1. La práctica del beisbol en Venezuela. 2. El acto de comercio de la agencia de negocios. 3. La complejidad del negocio deportivo: especial referencia al beisbol venezolano. Conclusiones. Bibliografía.**

## **Presentación**

Por tratarse de un artículo que se espera su publicación en la Revista Venezolana de Derecho Mercantil en homenaje al Doctor Leopoldo Borjas Hernández no se puede perder la oportunidad para traer un renovado interés por su trabajo titulado: *Instituciones de Derecho Mercantil: Los comerciantes*.<sup>1</sup> En esta obra de culto para los dedicados al estudio de la disciplina comercial, presentaba para el momento de su primera edición una contribución de “nuevas, originales y variadas soluciones a viejos y actuales problemas”,<sup>2</sup> destacándose el aporte de las propias ideas del Profesor Borjas Hernández conjugadas con “abundantes notas y citas que son prueba de la responsabilidad de quienes tenemos la conciencia de que escribir no es una aventura”.<sup>3</sup>

En la mencionada obra de las *Instituciones del Derecho Mercantil* el Profesor Leopoldo Borjas Hernández dedica gran parte del primer capítulo a explicar el concepto económico del comercio y su relación con el Derecho Mercantil, para luego dar paso en el capítulo cinco al acto de comercio dentro del Código de Comercio venezolano, analizando el contenido del artículo 2º *eiusdem* que se mantiene vigente en la actualidad. Tomando como punto de partida las apreciaciones del Doctor Borjas Hernández sobre el acto de comercio, se analizará el negocio deportivo, especialmente el dedicado al deporte del beisbol,<sup>4</sup> del que se afirma que es un acto de comercio complejo.

---

\* 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. Electa Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 19 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>1</sup> Leopoldo Borjas Hernández, *Instituciones de Derecho Mercantil: Los Comerciantes*, segunda edición, (Caracas – Venezuela: Ediciones Schnell, 1979).

<sup>2</sup> Leopoldo Borjas Hernández. «Palabras pronunciadas por el Dr. Leopoldo Borjas, en la oportunidad de recibir el premio de la Academia». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 33, n° 56-57 (1974): 169. [https://aciropol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS\\_1974\\_56-57\\_33\\_165-185.pdf](https://aciropol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS_1974_56-57_33_165-185.pdf)

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> “El juego de los bates, las pelotas, los guantes y las almohadillas es considerado actualmente “deporte nacional” en Estados Unidos, Cuba, República Dominicana, Nicaragua y Venezuela. Sin embargo, su origen es británico, pues es producto de la evolución de numerosos juegos infantiles ingleses, en especial del *Rounders* y el Cricket, por lo que no sólo su fecha de nacimiento se confunde en el tiempo, sino que es imposible indicar un creador en especial.” Javier González & Carlos Figueroa Ruíz. *Campos de Gloria. El Beisbol en Venezuela, 127 años de Historia 1895-2022*, (Caracas – Venezuela: Biblioteca digital Banesco, 2022): 16.

Aunque los conceptos que son tratados en este artículo pueden ser empleados para la revisión y el tratamiento jurídico de otras organizaciones dedicadas a otras prácticas deportivas, como el fútbol, lo cierto es que el beisbol ha estado en Venezuela por más de un siglo<sup>5</sup> y se ha convertido en un modo de vida para cientos de familias venezolanas no solo aquellas que anhelan que sus hijos lleguen a jugar en la gran carpa, sino también de organizaciones deportivas.

En este sentido, el artículo no solo se inspira en la obra del autor homenajeado sino que se busca relacionarlo con situaciones actuales de relevancia jurídica, como se ha presentado en el caso de las Academias de Beisbol según informa la sentencia No. 412 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha catorce (14) de agosto de veinticuatro (2024), con ponencia del Magistrado Elías Rubén Bittar Escalona, caso *Just Prospect Baseball Academy, C.A.*, por incumplimiento de contrato.<sup>6</sup> Del fallo que versa sobre el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato de representación, obligaciones asumidas por los padres de un pelotero menor de edad con una Academia de Beisbol, son el punto de partida para el análisis de la práctica del beisbol en Venezuela, y la compleja relación entre la actividad mercantil que realizan estas Academias o Programas al ejecutar actos de comercio, y los deberes que le son propios a los padres y representantes de los jóvenes deportistas.

### ***1. La práctica del beisbol en Venezuela***

En Venezuela, al igual que ocurre en otros países, la pasión por la pelota se origina desde muy temprana edad, y los niños (y cada vez más niñas se incorporan a esta práctica) asisten desde los 3 o 4 años a Escuelas de Beisbol Menor, en las que se les enseña las bases o fundamentos de esta disciplina deportiva. En la actualidad se pueden ver niños agrupados en categorías por edades, que pueden ir desde compota o compotica (3 a 4 años), semillita (4 a 5 años), preparatorio (6 a 7 años), preinfantil (8 a 9 años), infantil (10 a 11 años), prejunior (12 a 13 años), junior (14 a 15 años) y juvenil (16 años en adelante), esta última categoría se trata de jóvenes peloteros que pueden catalogarse por las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo como “prospectos”, por sus condiciones y habilidades en el terreno de juego, y se encuentran ante la expectativa de lograr una “firma” o contrato con los equipos de ligas mayores.

Es de advertir que las Escuelas de Beisbol Menor, aunque en su mayoría se encuentran adscritas a la Corporación Criollitos de Venezuela<sup>7</sup> no es requisito *sine qua non* para la práctica de este

---

<sup>5</sup> En el citado libro Campos de Gloria. El Beisbol En Venezuela, 127 Años De Historia 1895-2022, se indaga acerca de la fecha en que surgió el beisbol en Venezuela, sin embargo, no hay documentación que permita aseverar un punto de partida cronológico, puesto que “Serrano Ortiz asegura que el beisbol fue introducido a Venezuela 1896, mientras que, para Márquez Mármol, el juego de los bates, guantes y pelotas comenzó a practicarse en el país en 1894.” Aunque para muchos es el año 1945 cuando se inaugura la Liga Venezolana de Béisbol Profesional (LVBP) que se tiene como el inicio de la práctica profesional de este deporte en el país. González & Figueroa Ruíz. *Campos de Gloria*, 38.

<sup>6</sup> Sentencia No. 412 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha catorce (14) de agosto de veinticuatro (2024) <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2024/10/SCS-412-14-08-2024.pdf>

<sup>7</sup> Las Escuelas de Beisbol Menor en Venezuela se encuentran en su gran mayoría inscritas en la Corporación Criollitos de Venezuela, institución que según datos históricos tuvo su origen en “1961, Luis “Mono” Zuloaga y el Dr. José Del Vecchio deciden unirse para desarrollar el movimiento de béisbol menor “Los Criollitos”. Posteriormente, se incorporan al proyecto los ingenieros Luis Briceño, Oswaldo Amaya, Monseñor Omar Ramos Cordero y otros. Poco

deporte,<sup>8</sup> claro está es esta organización deportiva la que mediante sus Directorios Regionales y el Directorio Nacional que programa los calendarios de competencias de las distintas Ligas conformadas por Divisas, así como de establecer y actualizar las reglas para cada competición.

En general, las agrupaciones que se dedican a la promoción de la práctica deportiva del beisbol, desde que los niños son pequeños, tratan de emular las actividades que tienen lugar en la Liga Mayores de Beisbol (*Major League Baseball*, MLB), puesto que no se puede perder de vista que jugar en “las mayores” es el deseo muchos de estos noveles deportistas. Aunque el beisbol es un juego globalizado sigue teniendo su epicentro en Estados Unidos de América, dado su origen que se remonta a la fundación del primer equipo de béisbol, el club *Cartwright* que nació en Nueva York, durante el invierno de 1845,<sup>9</sup> por lo que sin duda son los equipos organizados bajo la dirección del Comisionado de Beisbol de la MLB, los que dictan la pauta de esta disciplina.

Ahora bien, cuando se trata de niños que asisten a Escuelas de Beisbol Menor, no cabe duda, al menos desde la perspectiva jurídica, que se trata de parte del derecho al deporte consagrado constitucionalmente (artículo 111 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), norma que también establece que

La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia.

Corresponderá a los padres, madres o representantes legales de los niños peloteros no solo el acompañamiento a las prácticas y las competiciones, sino el sufragar los gastos que conlleva esta disciplina deportiva, especialmente cuando se trata de niños en categorías correspondientes a las edades iniciales (de 3 a 16 años). Dentro de los gastos más comunes y a la vez onerosos se encuentran las inscripciones y mensualidades en las divisas, pagos a la Directiva Regional y Nacional en casos de campeonatos, copas o cualquier otro tipo de competencia, y por supuesto, todos los implementos y equipos deportivos, no basta con un guante, un bate y una pelota, la ejecución requerirá de uniforme (de prácticas y juegos); de zapatos (tacos o ganchos); de bates según la categoría; casco de bateador; la concha o copa; en caso de que se trate de receptor, cacher o catcher, deberá contar con su equipo de protección, integrado de: casco (parecido pero no igual al que usan los bateadores), la careta, la protección para la garganta o parte inferior de la careta, el peto, rodilleras, y la manopla, también conocida como mascota. Se puede deducir que no se trata

---

menos de un año después, el 20 de febrero de 1962, nace la Corporación con el nombre de Organización de Deporte Menor Criollitos de Venezuela. El 20 de octubre de 1965, adquiere personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva estatutaria, la cual fue aprobada en la Primera Convención Nacional por los delegados de las 15 seccionales existentes en el país para la fecha, y el primer campeonato organizado por los Criollitos se inauguró en el Estadio Universitario con cuatro equipos infantiles y cinco equipos júnior.” Liga Lino Palencia. <https://aclbm-linopalencia.webnode.com.ve/historia-de-los-criollitos-de-venezuela/> Última visita 18 de noviembre de 2024.

<sup>8</sup> La Federación Venezolana de Béisbol fundada en 1952, también conocida como FEVEBEISBOL, es el ente rector de las competiciones de béisbol de Venezuela, y aglomera a agrupaciones a nivel nacional en la práctica del beisbol, así como es el ente encargado de mantener un sistema de fichaje de los deportistas, y un listado de los árbitros, anotadores, y comisarios técnicos. Federación Venezolana de Béisbol. <https://fevebeisbol.org/> Última visita 18 de noviembre de 2024. En la actualidad, el compromiso de las autoridades de esta Federación ha sido de suma importancia para lograr el nivel de calidad y competitividad de la práctica del beisbol en el país, que va de la mano de contar con espacios que cumplan con los estándares internacionales para los encuentros, así como de una constante presencia de jugadores de alto nivel en las participaciones de las selecciones que representan a Venezuela.

<sup>9</sup> González & Figueroa Ruíz. *Campos de Gloria*, 16.

de un juego barato o económico, por lo que no es de extrañar que las familias hagan una inversión que pudiera llegar a rendir grandes dividendos.

Con todo eso, en la actualidad la realidad apunta a que en Venezuela (así como en otros países de la región) a partir de los 12 años los niños que se encuentran entrando a su adolescencia, desarrollan un conjunto de habilidades y destrezas en el campo de juego que los convierte en blanco de otro tipo de organizaciones, y es en este momento cuando las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo hacen su aparición. Se trata de agrupaciones que buscan lograr el mayor progreso de alguno de esos adolescentes, puesto que si bien muchos son vistos por estas organizaciones, pocos los que son llamados a formar parte como prospectos, ya que esto requiere de una inversión, como se detalló antes, y adicionalmente, requerimientos de salud (incluida gastos médicos y de alimentación), de equipos o instrumentos de prácticas de calidad profesional, entre otros gastos, como pasajes e inscripciones a eventos deportivos de exhibición, gastos en los que deberá incurrir la Academia o el Programa, llegado el momento, para lograr que ese desarrollo se convierta en una contratación con equipos de profesionales.

En el caso *Just Prospect Baseball Academy, C.A.*, la sentencia hace mención a los servicios y bienes que debía garantizar al joven prospecto dicha Academia, expresando con un carácter no limitativo, que la misma debía procurar todos los beneficios para el mejor desempeño y desarrollo de la actividad física y deportiva, listando: alimentación balanceada, educación, por medio de la inscripción en los institutos de educación básica y/o diversificada, y por supuesto la contratación de un personal calificado para la formación integral del joven, con lo cual se ocasionan erogaciones de cantidades importantes de dinero.

Es en este punto, en el que la simple práctica deportiva de aficionado o de actividad extracurricular, pasa a convertirse en una empresa, mediante la cual se ejecuta negocios de carácter mercantil o comercial, puesto que como se verá de seguidas, se es de la opinión que las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo realizan actos de comercio, principalmente, el referido a la agencia de negocios (artículo 2, ordinal 10 del Código de Comercio).

## ***2. El acto de comercio de la agencia de negocios***

El acto de comercio es una figura que ha acompañado al Derecho Mercantil venezolano desde los primeros tiempos, ya que, desde su aparición en el Código de Comercio francés de 1807, que se reflejó en el Código de Comercio venezolano de 1862,<sup>10</sup> ha permitido establecer el contenido y alcance de la actividad mercantil, y de aquellas personas que las realizan de manera profesional, otorgándole el carácter de comerciante. Sin embargo, el concepto de acto de comercio no es único

---

<sup>10</sup> “Nuestro vigente Código de Comercial, el cual sigue el sistema iniciado por el Código de Comercio Francés de 1807, también establece que a la jurisdicción comercial corresponde, entre otras materias, el conocimiento “...De toda controversia sobre actos de comercio entre toda especie de personas...” De aquí la necesidad de determinar y precisar el concepto y el contenido del acto de comercio, además de que tal concepto es necesario para delimitar el ámbito de aplicación del Código de Comercio, o mejor, del Derecho Mercantil...; y para dar, inclusive, el concepto de comerciante..., pues el concepto del comerciante está íntimamente ligado al concepto de acto de comercio.” Borjas Hernández, *Instituciones de Derecho...*, 138.

e inequívoco, al no poder encontrarse un elemento que le sea esencial al listado dado por el legislador de la época, ha resultado ser una tarea de teorías y postulados. “Del acto de comercio se han tratado de dar diversas definiciones, por muchas y variadas razones, e, inclusive, se ha llegado a sostener que científicamente es imposible dar una definición general del acto de comercio.”<sup>11</sup> En mismo sentido, el Doctor Alfredo Morles Hernández anota que

Generalmente se considera imposible formular un concepto de acto de comercio, porque la disposición que los consagra es amplísima y comprende organizaciones (empresas), contratos, negocios, operaciones complejas, hechos ilícitos y situaciones de hecho. Por la diversidad del contenido de la materia, se adelantan nociones más amplias que tratan de abarcar, lógicamente, todo el espectro del campo que se pretende delimitar. (...) Roberto Goldschmidt reafirma la falta de correspondencia entre las nociones económicas y jurídicas en relación al acto de comercio así: «El concepto del acto de comercio no se identifica con el del acto jurídico sino que señala la actividad económica simple o compleja que se exterioriza en hechos y operaciones. Un acto de comercio puede componerse de varios actos jurídicos entre los cuales existe una vinculación desde el ángulo social y económico».<sup>12</sup>

Ante la dificultad de conseguir ese concepto de acto de comercio, se presenta la posibilidad de comprender los tipos que se encuentran consagrados en el Código de Comercio venezolano, por una parte, los indicados en los 23 ordinales del artículo 2° *eiusdem* conocidos como actos objetivos de comercio; luego el acto subjetivo de comercio en el artículo 3° *eiusdem*; y, el acto mixto o unilateralmente mercantil. De esta clasificación resultan de sumo interés para abordar el tema de las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo como un negocio deportivo, el acto de comercio que está detallado en el ordinal 10 del artículo 2° del código mercantil, con referencia a la agencia de negocios.

Conforme lo anotado por el Doctor Borjas Hernández, las agencias de negocios son aquellas que prestan un sinnúmero de servicios facilitando la conclusión de negocios mediante el recibo de una comisión.<sup>13</sup> Por su parte, el Profesor Alfredo Morles Hernández precisa que las agencias de negocios son empresas, dirigidas profesionalmente a intermediar en la conclusión de los negocios, destacando que la comercialidad viene dada por la organización empresarial y no, de la cualidad mercantil de la operación.<sup>14</sup>

Trascolando el caso de las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo bajo esta conceptualización, correspondería comprender que estas son empresas, puesto que existe efectivamente una organización de capital y mano de obra para la realización de una actividad comercial, es decir, que los jóvenes peloteros puedan lograr la firma con las organizaciones profesionales, especialmente, aquellas que hacen vida en el beisbol de la MLB, y es cuando ocurre esta negociación, cuando la agencia de negocios tiene oportunidad de exigir el pago de su comisión.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, 168.

<sup>12</sup> Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. (Caracas – Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello: 1999): 515-516.

<sup>13</sup> Borjas Hernández, *Instituciones de Derecho...*, 172.

<sup>14</sup> Morles Hernández, *Curso de Derecho...*, 541.

### **3. La complejidad del negocio deportivo: especial referencia al beisbol venezolano**

Es de interés advertir que la complejidad del negocio deportivo puede derivar de distintos aspectos, pudiera resultar antagónicos los términos deporte y negocios, especialmente si se tiene como base interpretativa que el deporte o mejor dicho la práctica deportiva es considerado un derecho humano, es decir, que debe garantizado y protegido dentro del catálogo de derechos que han sido reconocidos a las personas por el simple hecho de ser personas. Sin embargo, efectivamente el derecho a la práctica deportiva existe, y como se mencionó antes, en el caso de Venezuela tiene rango constitucional; lo cual no contradice el hecho de que esa misma práctica deportiva sea haya constituido, gracias a la profesionalización, en un negocio de carácter comercial.

La profesionalización del deporte conlleva a un sinnúmero de relaciones mercantiles que van desde la comercialización de los distintos espectáculos deportivos a través de medios de comunicación escrita y audiovisuales, así como en los derechos sobre el uso de imagen de organizaciones deportivas y atletas. En el plano laboral tenemos la configuración de relaciones contractuales que involucran al deportista profesional, no solo para la práctica de la especialidad deportiva que ejerce como su profesión, también para su participación en actividades contractualmente pactadas y que van desde actividades publicitarias hasta de responsabilidad social no solo con el equipo u organización deportiva que detenta sus derechos deportivos sino de las empresas e instituciones con las que éstos o el deportista mantienen vínculos contractuales.<sup>15</sup>

La existencia de esta profesionalización y sus consecuencias mercantiles y labores prácticamente no se discuten en la actualidad. No obstante, cuando se trata de niños o adolescentes desarrollando la práctica deportiva, al menos en lo que respecta al beisbol, tiene distintas etapas como se ha mencionado anteriormente, y en cada una de esas etapas tienen lugar distintas relaciones de relevancia jurídica. Cuando el niño se encuentra iniciándose y ha sido inscrito por sus padres en una Escuela de Beisbol Menor, a tenor del propio contenido de la CRBV y de la legislación en materia del deporte vigente en el país,<sup>16</sup> se presenta una suerte de corresponsabilidad entre el Estado y los padres o representantes de ese niño, quienes en el ejercicio de las acciones que le permitan velar por el interés superior del niño, serán garantes de que esas organizaciones cumplan el deber de enseñanza del deporte, a cambio los padres o representantes, cancelen todos los gastos asociados a la práctica deportiva, e incluso en algunos casos el Estado mediante becas o subvenciones deportivas.<sup>17</sup>

En situación contraria a la descrita para las Escuelas de Beisbol Menor, las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo, los cuales éstas hacen una inversión para que el joven pelotero,

---

<sup>15</sup> Daniel Pérez Pereda. «La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva» *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, no. 3 (2022): 85.

<sup>16</sup> *Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.741 de fecha 31 de agosto de 2011.

<sup>17</sup> Téngase presente que en Venezuela la mayoría de los campos o parques en los cuales se juega beisbol son localidades (bienes inmuebles) pertenecientes a los estados, gobernaciones y municipalidades, que permiten o autorizan que organizaciones de carácter privado como lo son las Escuelas de Beisbol Menor, realicen las prácticas deportivas, creándose una sede física para estas escuelas.

al que denominan “prospecto”, se prepare y adquiera las habilidades y destrezas para que se materialice mediante su gestión la negociación final con las organizaciones de beisbol profesional.

La agencia de negocio realiza su actividad de intermediación entre el “prospecto” y las organizaciones que finalmente adscribirán a su plantilla o roster a ese jugador. El contenido y alcance de las obligaciones de la Academia de Beisbol o Programa de Desarrollo con el joven “prospecto” quedarán recogidas en un contratado, siendo el más acudido el contrato de representación, y no el contrato de agencia, ya que si bien no se encuentran claramente regulados en la legislación, en el contrato de agencia se estará ante la presencia de un agente y agenciado de naturaleza comercial, es decir, ambos son comerciantes, y esto se deduce de la siguiente conceptualización de la doctrina extranjera

el contrato de agencia es el acuerdo de voluntades mediante el cual una parte llamada agente se compromete frente al agenciado, a promover los negocios de este último, de manera permanente y con sus propios recursos, cooperando en la negociación y celebración de contratos relativos a los bienes o servicios del agenciado. El agente realizará estas actividades de manera independiente al agenciado, a cambio de una contraprestación económica.<sup>18</sup>

Por su parte, en el Derecho Mercantil venezolano el Profesor Morles Hernández señala que En la práctica comercial se conoce a las agencias de viajes, a las agencias de festejos, a las agencias de publicidad, a los agentes aduanales, a los agentes navieros, a los agentes de la propiedad industrial y a muchos otras organizaciones y personas que se autocalifican de agencias o de agentes. Algunas de estas categorías de personas carecen de la cualidad de agente, si se entiende por tal al empresario que se obliga a promover de manera continuada o estable los negocios, productos o servicios de otro empresario o a promoverlos y concluirlos por cuanta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir el riesgo de tales operaciones. El contrato de agencia se presenta como la relación que mantiene un productor de bienes o de servicios con otro empresario que dispone de una organización propia y actúa de manera autónoma.<sup>19</sup>

En el caso bajo análisis, las Academias de Beisbol o Programas de Desarrollo, no cabe duda de que tienen naturaleza comercial, y bien se podría ajustar a la agencia de negocios, por forma de organización empresarial con la que realizan sus actividades. Igualmente, se puede afirmar que frente a las organizaciones de beisbol profesional tener una relación de agencia, exista o no un vínculo contractual entre estas. Sin embargo, tal como se ha descrito, en la relación de la Academia de Beisbol o Programa de Desarrollo con el joven pelotero menor de edad, representado por sus padres o por la persona que le compete legalmente, mediará el contrato de representación, ampliamente utilizado en otras áreas comerciales como son el modelaje y la actuación infantil, aunque con estipulaciones particulares por la naturaleza de la práctica deportiva.

---

<sup>18</sup> Alfredo Soria Aguilar & Fabiola Blondet Ríos. «El Contrato de Agencia Comercial» *Sociedad y Derecho*, n° 35. (2010): 180. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13275/13921>

<sup>19</sup> Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil. Contratos Mercantiles*. Tomo IV. (Caracas – Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello: 2004): 2469-2470.

De la sentencia del caso *Just Prospect Baseball Academy, C.A.*, se deduce posibilidad de incorporar una figura llamada “reserva”, la cual es una suerte de exclusividad, que obliga al joven pelotero a no realizar el deporte para otras organizaciones, sin la anuencia o visto bueno de su representante, es decir, la Academia con la cual ha suscrito el contrato. Como se ha señalado, la Academia de Beisbol o Programa de Desarrollo, realiza una inversión para el desarrollo de las habilidades deportivas del “prospecto”, para que éste pueda concurrir a las competencias deportivas que le darán la exhibición ante las organizaciones profesionales, con el propósito de que se materialice el contrato profesional o la firma con alguna de esas organizaciones, y es en ese momento, cuando se surge la obligación del “prospecto” representado por sus padres o por quien ejerza su representación al tratarse de un menor de edad, de pagarle a la Academia la comisión.

Frente a la Academia de Beisbol o Programa de Desarrollo el “prospecto” representado por sus padres o por quien ejerza su representación al tratarse de un menor de edad, se obligan al suscribir el contrato de representación y reserva, mediante a una obligación de tipo condicional, es decir, “aquella cuya existencia o terminación está sometida a la realización de la condición”.<sup>20</sup> La obligación de pagar el monto acordado solo surgirá cuando se materialice la firma del “prospecto” con la organización de beisbol profesional, situación para la cual la Academia de Beisbol o Programa de Desarrollo deberá colocar todo su empeño para que ocurra, al igual que el “prospecto” y su familia, siempre en el marco de las actuaciones éticas.

## **CONCLUSIONES**

Se cree que muchas situaciones se dan en la sociedad sin la intervención del Derecho, no obstante, lo correcto es pensar que nada ocurre en la sociedad sin que intervenga directa o indirectamente el Derecho. Cuando se es solo un espectador de cualquier disciplina deportiva, solo se percibe la actuación del momento, sin darse cuenta del camino que ha llevado a ese deportista y a sus familiares para llegar a estar entre los mejores y presentar un espectáculo de calidad, o posesionarse como un referente deportivo, no se piensa en el cómo llegó ahí, e incluso cuando se ven a niños pequeños practicar un deporte, tampoco se piensa lo que le costará llegar a destacarse profesionalmente. Alguien debe asumir el costo, hacer la inversión, y asumir el riesgo, tradicionalmente, han sido los comerciantes los que como visionarios pueden llegar a concretar no solo los sueños propios sino los ajenos, y es en esos momentos en los que el Derecho, y especialmente el Derecho Mercantil para la concreción con validez jurídica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Borjas Hernández, Leopoldo. «Palabras pronunciadas por el Dr. Leopoldo Borjas, en la oportunidad de recibir el premio de la Academia». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 33, n° 56-57 (1974): 165-185. [https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS\\_1974\\_56-57\\_33\\_165-185.pdf](https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/1974/BolACPS_1974_56-57_33_165-185.pdf)

---

<sup>20</sup> Eloy Maduro Luyando. Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. (Universidad Católica Andrés Bello. 9ª edición. Caracas: 1995): 235.

Borjas Hernández, Leopoldo. *Instituciones de Derecho Mercantil: Los Comerciantes*, segunda edición, Caracas – Venezuela: Ediciones Schnell, 1979.

Federación Venezolana de Béisbol. <https://fevebeisbol.org/> Última visita 18 de noviembre de 2024.

González, Javier & Figueroa Ruíz, Carlos. *Campos de Gloria. El Beisbol en Venezuela, 127 años de Historia 1895-2022*, Caracas – Venezuela: Biblioteca digital Banesco, 2022.

Liga Lino Palencia. <https://aclbm-lino-palencia.webnode.com.ve/historia-de-los-criollitos-de-venezuela/> Última visita 18 de noviembre de 2024.

Maduro Luyando, Eloy. *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello. 9° edición. Caracas: 1995.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Contratos Mercantiles*. Tomo IV. Caracas – Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello: 2004.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: Introducción, La empresa, el empresario*. Tomo I. Caracas – Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello: 1999.

Pérez Pereda, Daniel. «La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva» *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, no. 3 (2022): 83-92.

Soria Aguilar, Alfredo & Blondet Ríos, Fabiola. «El Contrato de Agencia Comercial» *Sociedad y Derecho*, n° 35. (2010): 179-188.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13275/13921>

# ***La reivindicación del Derecho privado (patrimonial) desde “El declive de los estudios de Derecho privado” de Alfredo Morles Hernández***

**Claudia Madrid Martínez\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 17-35

**Resumen:** Hace algunos años el profesor Alfredo Morles expresaba su preocupación por el declive de los estudios de Derecho privado en Venezuela y reconoció la afectación de esta rama del Derecho por parte del Derecho público y, en particular, del Derecho constitucional. Hoy queremos volver sobre un tema que ha sido de nuestro especial interés: la necesaria reivindicación del Derecho privado y de uno de sus fundamentos: la autonomía de la voluntad.

**Palabras clave:** Derecho privado. Autonomía de la voluntad. Constitucionalización. Orden público.

***The vindication of (patrimonial) Private Law from “The decline of Private Law studies” by Alfredo Morles Hernández***

**Abstract:** *A few years ago, Professor Alfredo Morles expressed his concern about the decline in Private Law studies in Venezuela and acknowledged the impact on this branch of law by Public Law and by Constitutional Law in particular. Today, I want to return to a topic that has been of special interest to me: the necessary vindication of Private Law and one of its foundations: the autonomy of the will.*

**Keywords:** *Private Law. Autonomy of the will. Constitutionalization. Ordre public.*

**Recibido:** 15/11/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV; Profesora Asociada en la Universidad de Antioquia; parte del Grupo de Investigaciones Saber, Poder y Derecho.

# *La reivindicación del Derecho privado (patrimonial) desde “El declive de los estudios de Derecho privado” de Alfredo Morles Hernández*

Claudia Madrid Martínez\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 17-35

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. ¿Es realmente necesario reivindicar el Derecho privado? 2. ¿Por qué es necesario reivindicar formalmente al Derecho privado? 3. Pero ¿por qué se produce ese arrinconamiento a la autonomía de la voluntad? 4. Y ¿qué efecto tiene esa constitucionalización del Derecho privado? Breve conclusión: inflación normativa perjudicial para las dinámicas propias del derecho privado**

## **INTRODUCCIÓN**

En 2017, la *Revista Propiedad Intelectual*, de la Universidad del Zulia, publicó el estudio “El declive de los estudios de Derecho privado”, del profesor Alfredo Morles Hernández. Mediante este estudio, el profesor Morles buscaba responder “a una inquietud académica que parte de la constatación de la preeminencia numérica de los estudios de derecho público sobre los de derecho privado en el país (Venezuela) y de la necesidad de explicar este desequilibrio”<sup>1</sup>.

Esta primera reflexión del profesor Morles Hernández nos hace considerar que aunque el Derecho privado parece ser el núcleo de los estudios de Derecho en pregrado, a nivel de postgrado la cuestión cambia. De quince especializaciones que se imparten en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, solo dos tienen que ver con Derecho privado: Derecho mercantil y Derecho de la niñez y de la adolescencia, estas están acompañadas por la única Maestría que ofrece la Facultad, en Derecho Internacional Privado y Comparado<sup>2</sup>.

En el caso de la Universidad Católica Andrés Bello, el panorama es similar. La Facultad de Derecho solo ofrece una Maestría en materia de Derecho constitucional y de las ocho especializaciones solo dos se relacionan al Derecho privado, curiosamente también en materia de Derecho mercantil y en Derecho de familia. El Derecho de familia vuelve a estar presente mediante un Programa de Estudios Avanzados<sup>3</sup>. La Universidad Monteávila, por su parte, solo ofrece un

---

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV; Profesora Asociada en la Universidad de Antioquia; parte del Grupo de Investigaciones Saber, Poder y Derecho.

<sup>1</sup> Alfredo Morles Hernández, “El declive de los estudios de derecho privado”, *Revista Propiedad Intelectual* XV, n.º 19 (2016): 51.

<sup>2</sup> <https://acortar.link/PexxWO>

<sup>3</sup> <https://acortar.link/cSOT5V>

Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado Patrimonial<sup>4</sup>. Lamentablemente, no creemos que el panorama cambie en otras universidades del país.

Al responder su inquietud, Morles Hernández comienza por reconocer que, desde la perspectiva de la producción académica, existe un importante desequilibrio entre el Derecho público y el Derecho privado, desequilibrio cuyas razones no se han precisado totalmente, pero que probablemente se conectan a la creencia según la cual las “grandes cuestiones” se debaten en el ámbito del Derecho público, en particular, en el ámbito del Derecho constitucional, y no en el ámbito del Derecho privado.

Aunque Morles Hernández entiende que la división entre el Derecho público y el Derecho privado es relativa —y apoya su afirmación en el derecho de asociación, la distinción entre personas públicas y privadas y la teoría de la imprevisión—, el autor también reconoce ese fenómeno denominado “constitucionalización del Derecho privado”. Morles Hernández, haciendo suyas las palabras de Suárez Manrique, afirma que la constitucionalización del Derecho en general es “una nueva forma de entender el Derecho que parte de la importancia y necesidad de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana”<sup>5</sup>.

El Derecho privado, afirma Morles Hernández apoyándose en Alegre<sup>6</sup>, no puede aislarse del alcance de los principios constitucionales, por lo que, a continuación, expone como, en el terreno de los contratos, el Tribunal Supremo de Justicia ha ido arrinconando a la autonomía de la voluntad, recurriendo a la esquivada noción de orden público.

Hoy queremos volver sobre estas ideas del profesor Morles Hernández y plantearnos cuatro preguntas que no pretendemos responder. Buscamos más bien iniciar una discusión necesaria sobre la necesidad de ver al Derecho privado en clave de Derecho público, sin ignorar por ello que, como parte de un ordenamiento jurídico y teniendo al ser humano como centro de todas las regulaciones, pueda admitirse cierta injerencia del Derecho público y, en particular del Derecho constitucional.

### ***1. ¿Es realmente necesario reivindicar el Derecho privado?***

Para reivindicar el Derecho privado debería bastar la comprensión de su objeto. El individuo es el centro del Derecho privado, el individuo y uno de sus atributos fundamentales: su libertad, traducida en autonomía. El Derecho privado regula la vida del hombre: su nacimiento —e incluso antes, con la protección del por nacer—; su vida personal —matrimonio, divorcio, filiación—; su patrimonio —derechos reales, insolvencia—; sus relaciones de asociación —asociaciones, sociedades—; de cooperación —satisfacción de necesidades, contratos— y de reparación —la vida de relación es una vida de daños— y, desde luego, su muerte —sucesiones. Recordemos las

---

<sup>4</sup> <https://acortar.link/szTvUH>

<sup>5</sup> Wilson Suárez Manrique, “La constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Vniversitas*, 129 (2014): 317 ss.

<sup>6</sup> Alegre, Marcelo. “A propósito de la reforma del Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho privado”. Conferencia dictada en la Universidad de Buenos Aires, 2011. Disponible en: <https://acortar.link/Yb1TVY>

palabras de Scialoja, para quien el Código Civil es el “estatuto fundamental de la vida social y económica de un país”<sup>7</sup>.

Weinrib entiende que el Derecho privado es un

...fenómeno omnipresente de nuestra vida social, un participante silencioso bien que ubicuo en nuestras transacciones más comunes. Regula los bienes de que somos propietarios y que usamos, los daños que infligimos o evitamos infligir, los contratos que celebramos o incumplimos. Es el depósito público de nuestras intuiciones más profundamente arraigadas sobre la justicia y la responsabilidad personal<sup>8</sup>.

Es común que definir al Derecho privado traduzca el afán de distinguirlo del Derecho público, distinción que es hoy entendida como relativa y de difícil concreción, pero fundamental para entender como es que este último invade el territorio del primero. Considerar al Derecho privado como el Derecho de los particulares y al Derecho público como el del Estado, no tiene hoy asidero. Este criterio había sido ya sustituido por la igualdad o desigualdad que caracteriza la relación entre las partes, de manera que la relación en la que las partes participen en un grado de igualdad corresponde al Derecho privado; mientras que el Derecho público estaría caracterizado, no por la mera participación del Estado, sino por su actuación investido de su poder de imperio<sup>9</sup>.

No obstante, es común ver relaciones propias del Derecho privado en las que no existe esa pretendida igualdad, relaciones en las cuales una de las partes es estructuralmente más débil que la otra, lo que genera la intervención del Estado en torno a su protección. Ocurre en las relaciones con niños y adolescentes, pero ocurre también en algunas relaciones contractuales como aquellas que nacen entre consumidores y proveedores de bienes y servicios.

En el caso de las relaciones contractuales desequilibradas, el Estado tiende a intervenir, de manera de restablecer el equilibrio perdido. Así lo reconoce Roppo, para quien esa falta de negociación individual pone de manifiesto la superioridad que pueda detentar una de las partes y que le permite imponer unilateralmente las cláusulas contractuales a la otra, que es calificada como la parte débil que sufre tal imposición unilateral, y cuya situación hace necesaria la protección legal por parte del ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Al respecto, Morles Hernández afirma que “[a] medida que se ha consolidado el principio de la libertad económica propio de la economía de mercado, en forma paralela aparecen restricciones cada vez más numerosas al principio de la libertad de contratación”<sup>11</sup>. A este punto volveremos *infra*.

Bien, tradicionalmente —y así lo entiende Morles Hernández al referirse a los “temas del Derecho privado” — esta rama del Derecho se ocupa de aspectos civiles y mercantiles. Tal como afirma el propio profesor, desde el punto de vista del Derecho civil, el Derecho privado se ocupa

---

<sup>7</sup> Vittorio Scialoja, “La riforma dei codici di Diritto privato in Italia (1923)”, en: *Studi Giuridici* (Roma: Società Editore del Foro Italiano, 1933), Vol. IV, p. 208, citado en: Luigi Ferrajoli, *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo del Derecho privado*, (Lima: Palestra Editores, 2018), 40.

<sup>8</sup> Weinrib, Ernest J., *La idea de Derecho privado*. Trad. E. Paez, (Madrid: Marcial Pons, 2017), 35.

<sup>9</sup> Ver análisis de los criterios de distinción en: María Candelaria Domínguez Guillén, “Sobre la noción de Derecho civil”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, n.º 62-63 (2007-2008): 83-85 y la bibliografía allí citada.

<sup>10</sup> Vincenzo Roppo, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho privado*, n.º 20 (2011): 206.

<sup>11</sup> Morles Hernández, *El declive de los estudios de derecho privado...*, 58.

de la defensa de la persona y de sus fines dentro de la comunidad y de las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre. Desde la perspectiva del Derecho mercantil, el Derecho privado se ocupa de la economía del mercado, de las libertades económicas, de la empresa, de la propiedad privada<sup>12</sup>.

El Derecho civil, en su condición de Derecho común, abarca los temas de Derecho privado “excluidas sus ramas especiales”<sup>13</sup>. Esta especialidad, según afirma Domínguez Guillén, tiene que ver con la evolución científica o académica de la disciplina de que se trate, la cual, con el devenir de la historia, se convierte en independiente o autónoma del Derecho civil, tal como ocurrió con el Derecho mercantil o, incluso, con el Derecho laboral<sup>14</sup>. A esto ha contribuido, desde luego, el proceso de decodificación.

En efecto, durante el siglo XX, en respuesta a los cambios sociales y económicos, grandes áreas del Derecho salieron de la cobertura de los Códigos Civiles, creándose nuevas áreas del derecho o “microsistemas” que diferían ideológica y metodológicamente de la estructura original de los Códigos. En consecuencia, se fueron incrementado las áreas de Derecho con regulación autónoma fuera del Código Civil, como el Derecho laboral, los arrendamientos urbanos y agrarios, la propiedad intelectual, los seguros, los contratos de transporte, la competencia, el monopolio y el Derecho de protección al consumidor. Estas leyes especiales autónomas no son simplemente un complemento del Código, sino que rompen la unidad original del sistema civil creando una pluralidad de microsistemas con principios diferentes<sup>15</sup>.

En tal sentido, tal como lo reconoce Lacruz Berdejo, mientras el Derecho privado se ve como una “categoría sistemática permanente, construida sobre bases connaturales con la existencia humana”, de manera que su contenido varía en función de las nuevas relaciones que nacen o de las que son atraídas al régimen de Derecho administrativo, el Derecho civil es, hasta cierto punto, una categoría histórica, “lo que queda de tal Derecho privado tras la separación, por razones contingentes y a lo largo del tiempo, de diversas materias especializadas que pasan a constituir rama independiente”<sup>16</sup>.

Esta idea puede conducir a pensar en el carácter residual del Derecho civil, pues este resulta de lo que queda en el Derecho privado luego de excluir las áreas del mismo que se han hecho autónomas. Es posible que así sea, pero esto no le resta importancia al Derecho civil. El Derecho civil es el Derecho común o, como lo denomina Domínguez Guillén haciéndose eco de las palabras de Lacruz Berdejo (que a su vez cita a Lange), “el Derecho de la vida diaria”<sup>17</sup>, el encargado de disciplinar las relaciones ordinarias y generales en las que el hombre se manifiesta como tal, por

---

<sup>12</sup> Morles Hernández, *El declive de los estudios de derecho privado...*, p. 56.

<sup>13</sup> José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho civil. Personas*, 17ª ed., (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005), 4.

<sup>14</sup> Domínguez Guillén, “Sobre la noción de Derecho civil”..., 86-87.

<sup>15</sup> Claudia Madrid Martínez y Eugenio Hernández-Bretón, “Codification in Venezuela”, *The scope and structure of Civil Codes*, ed. por J.C. Rivera, (Dordrecht: Springer, Serie Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 2013), 457-458.

<sup>16</sup> José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil. Tomo I: parte general. Vol. 1: introducción*, (Madrid: Dykinson, 2012), 27.

<sup>17</sup> Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil...*, 33.

ello es una rama del Derecho que “atañe a lo más íntimo de la persona: su persona, su familia, sus bienes y su herencia”<sup>18</sup>.

El Derecho mercantil, la otra gran categoría del Derecho privado, nace dentro de los gremios en las ciudades italianas del Siglo XIII, para responder a problemas no resueltos por el Derecho civil romano, el Derecho canónico o el Derecho feudal y que, en principio, tenían que ver con el mercado bancario y ultramarino<sup>19</sup>. El profesor Morles Hernández atribuye una importancia vital al Derecho mercantil. En su opinión, “los actos regulados por el Derecho mercantil son de repetición mucho más frecuente que los de la vida civil: el matrimonio y el testamento pueden no ocurrir en la vida de una persona; difícilmente, en cambio, podría alguien vivir sin ser diariamente parte de un negocio mercantil”. Así, el citado autor califica al Derecho mercantil como el “Derecho de la vida ordinaria” a la vez que constituye “el Derecho de las grandes operaciones de la economía capitalista”<sup>20</sup>.

Sea que reconozcamos esa cotidianidad en la regulación de la vida diaria al Derecho civil o al Derecho mercantil, lo cual de alguna manera responde a nuestra propia formación, entender que es la vida del hombre el objeto de regulación del Derecho privado en general debería bastar para su reivindicación.

## ***2. ¿Por qué es necesario reivindicar formalmente al Derecho privado?***

Insistimos, la propia conceptualización del Derecho privado debería ser suficiente para hacer innecesaria su reivindicación. Sin embargo, no es así y no lo es, en gran medida, porque una de las nociones fundamentales del Derecho privado, la autonomía de la voluntad, ha venido viendo reducido su espacio de actuación, cada vez con mayor fuerza. En efecto, el Derecho privado se mueve en torno a una de las formas de regulación de conductas: la autonomía de la voluntad. Paradójicamente la forma de regulación más limitada por el propio ordenamiento jurídico, da lugar a la situación que ha sido reconocida como uno de los puntos de inflexión de la injerencia del Derecho constitucional en el Derecho privado o de la llamada constitucionalización del Derecho privado.

Partamos de una idea sencilla pero de gran importancia: como parte del ordenamiento jurídico de un Estado, el Derecho privado se encuentra bajo la llamada supremacía de la Constitución: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, tal como reza el artículo 7 de nuestra Carta Magna. Este predominio de la norma constitucional supone, por una parte, la nulidad o desaplicación de las normas contrarias a los principios constitucionales (art. 334 CRBV) y, por la otra, la necesaria interpretación de las normas del sistema a la luz de los postulados constitucionales<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Domínguez Guillén, “Sobre la noción de Derecho civil”..., 90.

<sup>19</sup> Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho mercantil*, actualizado por M.A. Pisani Ricci, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008), 9.

<sup>20</sup> Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 9ª ed., 2007), Tomo I, Introducción. La empresa. El empresario, 6-8.

<sup>21</sup> En este sentido: María Candelaria Domínguez Guillén, “20. Primacía de la Constitución y constitucionalización del Derecho civil”, en: *Principios Fundamentales del Derecho Público, Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los*

Esto último ha conducido a algunos autores a afirmar la existencia de una especie de Derecho civil constitucional<sup>22</sup>. La transformación del divorcio —iniciada con el caso Correa Rampersad<sup>23</sup> y que ha supuesto la admisión del llamado divorcio por desamor<sup>24</sup>— y de la forma de las capitulaciones matrimoniales —que han dejado de ser un negocio jurídico solemne, gracias a la llamada la interpretación constitucionalizante de los artículos 148 y 149 del Código Civil<sup>25</sup>—, constituyen un ejemplo de esta afirmación. En efecto, hoy ambas instituciones están más reguladas por las decisiones del Tribunal Supremo que por el propio Código Civil, y ello se ha proyectado, incluso, al sistema de Derecho internacional privado<sup>26</sup>.

La interrogante que esta concepción plantea tiene que ver con los límites de esa interpretación. Ya en otras oportunidades hemos afirmado que el hecho de que todas las normas del sistema deban ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales podría generar cierta invasión de estos sobre las demás normas del ordenamiento, con el añadido de que esta situación podría generar cierta inseguridad jurídica<sup>27</sup>.

En efecto, la necesaria interpretación conforme a los principios constitucionales se relaciona con la facultad de intervención del Estado en las relaciones entre particulares. Tal facultad ha sido expresamente reconocida por el artículo 2 de la Constitución, norma de conformidad con la cual “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia...”, postulado que ha sido interpretado por la Sala Constitucional como la llave del Estado para intervenir en las relaciones privadas<sup>28</sup>, y esa intervención ha arrinconado, insistimos en ello, al concepto central del Derecho privado: la autonomía de la voluntad.

---

20 años de la publicación de la Constitución de 1999, coord. por A. R. Brewer-Carías y J. Araujo-Juárez, (Panamá: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020), 432.

<sup>22</sup> María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*, (Caracas: CIDEP, Editorial Jurídica Venezolana, 2018). “El Derecho Civil Constitucional ha de delimitarse a través del examen del contenido jurídico-civil presente en la Constitución, el cual es ante todo Derecho Civil y no Derecho Constitucional y de allí tal denominación en dicho orden terminológico, la cual compartimos. Por lo que se afirma acertadamente que el Derecho Civil Constitucional es un Derecho Civil puro. Si el contenido del Derecho Civil viene dado por las instituciones de la persona, la familia y las relaciones patrimoniales<sup>21</sup>, tal será el contenido del Derecho Civil Constitucional. Este se enmarca por su propia especificidad en el sistema de normas constitucionales relativas a la protección de la persona en sí misma, y en sus dimensiones fundamentalmente familiar y patrimonial”. Ver: María Candelaria Domínguez Guillén, “Trascendencia de la Constitución en el Derecho civil venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10, (2019): 56.

<sup>23</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0693, 2 de junio de 2015 (*Francisco Anthony Correa Rampersad vs. María Cristina Santos Boavida*), en: <https://bit.ly/3rKrb5H>

<sup>24</sup> Edison Lucio Varela Cáceres, “El nuevo divorcio en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 15, (2020): 203 ss.

<sup>25</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0652, 26 de noviembre de 2021 (*Wilmer Rafael Bastidas Rangel*), en: <https://bit.ly/3MjONpw>

<sup>26</sup> Claudia Madrid Martínez, “Cambio en las concepciones del Derecho material que impactan al Derecho internacional privado: las causales de divorcio y el tiempo de las capitulaciones matrimoniales”, *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 4 (2022): 415 ss.

<sup>27</sup> Claudia Madrid Martínez, “Constitución y Derecho internacional privado”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 10 (2028): 228.

<sup>28</sup> Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, en *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*, coord. C. Madrid (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 105 y ss.

### **3. Pero ¿por qué se produce ese arrinconamiento a la autonomía de la voluntad?**

La noción jurídica de autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, a partir de las bases establecidas en sus obras por Grocio, Puffendorf, Kant y Wolff<sup>29</sup>. No en vano se afirma que el contrato, que en principio encuentra el fundamento de su fuerza vinculante en la autonomía de la voluntad, es un regalo a los juristas, de parte de un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna: “*Le malheur est qu’en l’occurrence nous devons notre science juridique à des penseurs parfaitement ignorants du droit*”, se lamentaba Villey<sup>30</sup>.

Bien, la autonomía de la voluntad puede ser entendida como una manifestación del poder que, en el orden jurídico, corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta, en su relación con los demás. El contrato es concebido como el paradigma de este poder inherente a la persona<sup>31</sup>.

Así, al ser la autonomía de la voluntad, el pilar fundamental de las relaciones contractuales, las partes pueden realizar cuantas convenciones se les ocurran, pues es bien sabido que los derechos de crédito, por su base consensual, no están establecidos en un *numerus clausus*. Su forma y contenido solo encuentran límite, en principio, en la propia voluntad de las partes y así lo reconoce el legislador al permitir los contratos atípicos (art. 1.140 CCV). Igualmente, las partes pueden derogar las normas previstas en la Ley y modificar la estructura del contrato<sup>32</sup>. Tal es la importancia de la voluntad en la formación de los contratos, que ha llegado incluso a admitirse su carácter de principio general del Derecho, en tanto es una expresión de la libertad de la persona, cuyo reconocimiento por la Ley positiva se impone por exigencia de la Ley natural<sup>33</sup>.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XIX, la autonomía de la voluntad ha experimentado un progresivo declive como fundamento de la fuerza vinculante del contrato. Según las ideas expuestas por Caro Gándara, una de las principales razones de este fenómeno radica en la disminución del protagonismo de los Códigos y el surgimiento de leyes sociales, lo que ha llevado a un abandono de la concepción del contrato como una mera expresión de libertad individual para enfatizar su función social. En este sentido, y retomando la reflexión de Volpe a través de Caro Gándara, el contrato se configura como una relación obligatoria compleja que trasciende el intercambio de contraprestaciones entre las partes. Tal como señala la autora, el contrato “...expresa una ética contractual material que exime al deudor de su obligación en caso de excesiva onerosidad, que busca restablecer el equilibrio material entre las prestaciones y que considera inadmisibles el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos”<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Solari y Rouhette, citados por Enrique Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 2ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1993), 37.

<sup>30</sup> Michel Villey, “Préface historique à l’étude des notions de contrat”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 13 (1968): 3. También reseñado en José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed. corregida y ampliada (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006), 10-11.

<sup>31</sup> Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil...*, 41.

<sup>32</sup> Véase en este sentido: Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, 20-21.

<sup>33</sup> Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil...*, 46-47.

<sup>34</sup> Rocío Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. S. Sánchez Lorenzo,

En segundo término, hemos de mencionar, indudablemente, la naturaleza ahora social del Estado de Derecho. En efecto, el siglo XX vio al Estado convertirse en otro jugador de la dinámica contractual impactando, desde luego, la estructura y contenido del contrato. Pero ha sido el tránsito del Estado de Derecho al Estado social de Derecho lo que ha dejado más profundas huellas en las relaciones privadas y, aunque tal como hemos sostenido en otras oportunidades<sup>35</sup>, la proporcionalidad habría de guiar la intervención del Estado, lo cierto es que su predominio es tan significativo sobre la vida privada que ha extendido su influencia a todos los aspectos de la organización jurídica que afecten directamente a la sociedad estatal. De este modo, abarca incluso áreas que, aunque no sean estrictamente de su competencia, representan un interés vital para su funcionamiento.

En otras ocasiones hemos comentado algunas decisiones de la Sala Constitucional que ilustran la forma en que el Estado venezolano entiende su naturaleza de Estado social<sup>36</sup>. Destaquemos ahora la decisión de fecha 23 de julio de 2009<sup>37</sup>, en la que la Sala Constitucional decidió un recurso de nulidad contra algunos artículos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, especialmente relacionados con el contrato de adhesión. Nos interesa esta decisión en particular pues, en ella, la Sala hace un especial énfasis en desdibujar la línea que separa al Derecho privado del Derecho público. División cuya importancia es obra, según la Sala, del Estado liberal, que entendía a ambas ramas del Derecho como “cuerpos incomunicados, distintos e independientes”.

#### Bajo esta forma de Estado, afirma la Sala

los particulares solo estaban vinculados por el Derecho privado; el aparato estatal solo debía dedicarse, tanto judicial como administrativamente a hacer valer dicho Derecho privado. Por lo tanto, era lógico afirmar en ese entonces (y solo para ese entonces), que la relación entre proveedor y consumidor era solo y exclusivamente de Derecho privado o de Derecho Civil; es decir, solo con arreglo a dicha doctrina y para la época en que era aceptada cabría afirmar que el Derecho público no puede intervenir en la revisión o control de los acuerdos mediante los cuales los sujetos de la actividad comercial regulan sus recíprocos obligaciones y mutuos intereses.

Este panorama cambia radicalmente con el Estado social pues, en opinión de la Sala, cuando no existe entre los particulares un igual poder de negociación, como ocurre entre patronos y trabajadores, entre pequeños productores e industriales o entre proveedores y consumidores, las relaciones entre ellos “son vistas de forma diferente”. Este tratamiento diferenciado de las relaciones jurídicas implica que, en las “relaciones de cualquier naturaleza en las que sea necesario establecer un equilibrio entre las posiciones de los que en ellas intervengan, **podrán contar con la intervención del Estado**, sea a través de su aparato judicial, legislativo o administrativo” (resaltado nuestro).

En efecto, la intervención puede venir de cualquiera de los poderes del Estado, pues, según afirma la Sala Constitucional, el Estado social es un “Estado global”, lo cual implica que

---

2ª ed. (Madrid: Universidad de Granada, Civitas, Thomson Reuters, 2013), 75. La autora cita a Fabrizio Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, (Roma, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004), 23 ss.

<sup>35</sup> Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”..., 105 ss.

<sup>36</sup> Ver: Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”..., 105 ss.

<sup>37</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1049, 23 de julio de 2009, *Rafael Badell Madrid, Álvaro Badell Madrid, María Amparo Grau y Carmelo de Grazia Suárez en recurso de nulidad*.

ya no se trata solo, como en el pasado, de adoptar medidas concretas y aisladas para remediar la pobreza del proletariado (la llamada “política social”) o para “corregir algunas desviaciones del sistema económico”; de lo que se trata bajo este modelo es de “**dirigir la marcha entera de la sociedad**, y aun de modificar su estructura misma para hacerla más justa y para extender el bienestar a toda la población”, como lo describe Santamaría Pastor... (Resaltado nuestro).

Dirigir la marcha de la economía, como objetivo del Estado social obedece, precisamente, a la tercera causa para el arrinconamiento de la autonomía de la voluntad: la necesaria protección de débiles jurídicos, reconocida por la sentencia citada. El Estado global —afirma la Sala— atiende a la igualdad, el equilibrio, la justicia, la promoción y la protección de los derechos fundamentales de todos, y para ello

...el Estado dictará la regulación pertinente respecto a las áreas de interés que considere prudentes, incluso respecto de aquéllas que la doctrina liberal en alguna de sus fases consideró excluidas de la regulación o de la intervención estatal, salvo para garantizar su libre ejercicio, léase: industria, producción y comercio.

Así, la imperatividad de ciertas normas que fijan de manera anticipada el contenido mínimo de ciertos contratos son manifestación del especial interés del Estado, debido a la presencia de un débil jurídico al cual se debe proteger. El Estado controla ahora las cláusulas que, en principio, las partes podían fijar libremente, constituyendo así instrumentos que le permiten corregir anticipadamente conductas que puedan exacerbar el desequilibrio contractual existente entre partes con desigual poder de negociación. Sin embargo, el carácter interventor del Estado no se agota allí, pues este además se reserva el derecho de intervenir una vez que la relación contractual haya nacido entre las partes, llegando incluso a vulnerar el principio de intangibilidad de los contratos.

Esto fue lo que hizo en la célebre sentencia de los créditos indexados, que fue la primera en intentar la interpretación de las consecuencias de ser un Estado social de Derecho frente a la autonomía de la voluntad. En esta decisión, dictada el 24 de enero de 2002<sup>38</sup>, la Sala Constitucional ordenó la desaplicación de este sistema de crédito, por considerar que perjudicaba en exceso a los deudores hipotecarios, en su condición de débiles jurídicos. Recordemos que los bancos empezaron a emitir estos créditos ajustados al ingreso, en aplicación de una circular dictada en ese momento por la Superintendencia de Bancos<sup>39</sup>, en atención a la entonces vigente Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional.

A pesar de esta autorización previa, a la que hemos calificado como una intervención *a priori* del Estado, la Sala interviene también *a posteriori* sobre la misma relación, argumentando la necesidad de tal injerencia debido a la presencia de un débil jurídico. No obstante, la presencia del débil no es la única razón para que el Estado intervenga, pues también puede intervenir “...por motivos tecnológicos o de otra índole, [cuando] una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable”. Es así como, en los contratos que revisten cierto interés social, la autonomía de la voluntad puede ser limitada,

---

<sup>38</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 85, 24 de enero de 2002, *Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) y otros c. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) y Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU)*.

<sup>39</sup> Circular n.º SBIF-GNR-1725, 1 de marzo de 1999.

al igual que ocurre con el derecho de propiedad con la figura de la expropiación por causa de utilidad pública o social.

En opinión de la Sala, la capacidad no es suficiente para que una persona pueda expresar su voluntad. El principio de conformidad en los contratos impone que el consumidor —débil jurídico— sea debidamente informado de todo lo relativo al bien o servicio a adquirir y de las condiciones del contrato, de manera de evitar que el proveedor, valiéndose de su ignorancia, establezca condiciones que podrían incluso considerarse como contrarias a las buenas costumbres.

En definitiva,

la autonomía de la voluntad irrestricta, no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición.

La limitación de la voluntad —continúa la Sala— es especialmente necesaria para evitar que quien goza de la explotación de bienes y servicios, propiedad del Estado venezolano y, en consecuencia, del pueblo, impida a los demás el goce de los mismos, de manera que no permita la participación de otros particulares, e incluso del Estado a esos servicios, entre los cuales se encuentra el crédito por interés social. En el Estado social, afirma la Sala, debe primar la solidaridad social por encima de la autonomía.

La protección del débil jurídico vuelve a ponerse de manifiesto para limitar la autonomía en materia de contratos bancarios, cuando el artículo 172.8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario<sup>40</sup>, ordena a la Superintendencia del Sector ejercer el “más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las instituciones del sector bancario realicen”. Además, la propia Superintendencia debe

[e]stablecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las instituciones sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil (art. 172.13).

Curiosa remisión si tenemos en cuenta, por un lado, el silencio del Código Civil respecto de los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación<sup>41</sup>; y, por otro, que precisamente este Estado social de Derecho, protector de débiles jurídicos entre quienes destaca el consumidor, derogó el estatuto de protección de los consumidores —la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios<sup>42</sup>— y lo sustituyó por una normativa parcial —la Ley Orgánica de Precios Justos<sup>43</sup>— cuyo objetivo, más que proteger a los consumidores, es

---

<sup>40</sup> Publicada originalmente en Gaceta Oficial n.º 6.015, Extraordinario, 28 de diciembre de 2010, fue modificada y publicada como Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario en la Gaceta Oficial n.º 39.627, 2 de marzo de 2011.

<sup>41</sup> Claudia Madrid Martínez, “La defensa de los usuarios en el marco de la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, en: *Análisis y comentarios de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, (Caracas: FUNEDA, 2012), 413 ss.

<sup>42</sup> Gaceta Oficial n.º 39.358, 01.02.2010.

<sup>43</sup> Esta Ley se publicó originalmente en la Gaceta Oficial n.º 40.340, 23 de enero de 2014, luego fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial n.º 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014. En 2015 la Ley fue objeto de una

controlar a los proveedores de bienes y servicios y establecer sanciones que poco o nada benefician al consumidor.

A pesar de esta evidencia, en la ya citada sentencia del 23 de julio de 2009, la Sala Constitucional sostiene, sin rubor, que

...no es correcto afirmar que cualquier intervención del Poder Público en las actividades de producción, comercialización, distribución y venta de productos o prestación de servicios, por ese solo hecho, implique una delimitación innecesaria y desproporcionada del derecho a la libertad económica o de libre empresa. En primer lugar, porque tales derechos han sido socializados, es decir, sus exigencias toman también en cuenta bienes jurídicos relacionados con el equilibrio que debe darse entre las recíprocas contraprestaciones, la calidad de los bienes y servicios y la seguridad de los consumidores y usuarios; y en segundo lugar, porque junto a los derechos clásicos de libertad, nuestra Constitución consagra otros derechos fundamentales, particularmente los derechos sociales, los cuales tienen en cuenta elementos, fines y factores no necesariamente vinculados con la eficiencia económica o a la búsqueda del mayor margen de ganancia, aunque sin desestimarlos.

Podríamos entonces afirmar que, en Venezuela, la constitucionalización del Derecho privado ha derivado, tal como los señala acertadamente el profesor Morles Hernández, en una situación en la que “[l]a precariedad del famoso principio civil de la autonomía de la voluntad no puede ser mayor”<sup>44</sup>.

#### ***4. Y ¿qué efecto tiene esa constitucionalización del Derecho privado?***

El efecto evidente de la constitucionalización del Derecho privado, entendida en Venezuela como el poder del Estado social de Derecho de intervenir en las relaciones entre particulares es, ya lo hemos afirmado, la invasión de la regulación estatal al espacio que antes correspondía a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo este proceso de constitucionalización no inicia, y en eso diferimos de la opinión del profesor Morles Hernández, con la “inmersión” de la autonomía de la voluntad en un postulado constitucional. En efecto, nosotros hemos entendido que la autonomía encuentra fundamento en el artículo 20 de la Constitución de la República, norma de conformidad con la cual “[t]oda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

En opinión del profesor Morles Hernández, apoyándose en las ideas de Delgado Soto<sup>45</sup>, al vincular a la autonomía con el principio constitucional, al vincularla con su esencia, es inevitable identificarla con un derecho social cuyos límites dependen de “la idea de Estado plasmada en la Constitución”<sup>46</sup>. Disentimos en este aspecto del respetado profesor Morles Hernández. Vincular la autonomía con la norma constitucional no contribuye a su arrinconamiento, este tiene más que ver, en nuestra opinión, con la forma en que se ha ido transformando el propio contrato en general —

---

nueva reforma, publicada en la Gaceta Oficial n.º 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de 2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial n.º 40.787, 12 de noviembre de 2015.

<sup>44</sup> Morles Hernández, “El declive de los estudios de derecho privado”..., 63.

<sup>45</sup> Francisco Delgado Soto, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*, (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 172-177.

<sup>46</sup> Morles Hernández, “El declive de los estudios de derecho privado”..., 63.

y en Venezuela en particular— y, desde luego, con la “perniciosa” forma en la que, en nuestro país, se está entendiendo al orden público como límite a la autonomía de la voluntad.

Para entender el contrato de hoy, tal como afirma Ghestin, es necesario hacer una síntesis de la concepción propiamente jurídica que hace del acuerdo de voluntades su elemento subjetivo esencial, y de la concepción, a la vez ética y económica, deducida de nuestra tradición greco-latina y judeo-cristiana, que hace de lo útil y lo justo las finalidades objetivas del mismo. Así, el contrato representa un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia. La voluntad, aunque necesaria para el nacimiento del contrato, se ve desplazada como fundamento de su fuerza vinculante. El contrato es obligatorio porque es útil y es justo<sup>47</sup>.

La utilidad, en opinión del propio Ghestin, ha de apreciarse en sentido social, de manera que el ordenamiento solo protege operaciones socialmente útiles. Por su parte, la justicia contractual ha de entenderse en el sentido de no destruir el equilibrio existente entre los patrimonios, lo que implica que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que ha aportado, en una clara referencia a la justicia conmutativa.

Sin embargo, la determinación de lo que es equivalente y, por ello, justo en la dinámica contractual, no resulta sencillo, pues, para empezar, es posible apreciar la equivalencia desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo, sin que ambas perspectivas se conciban como absolutamente separadas. En efecto, tal como afirma Caro Gándara,

[l]a dificultad de determinar el valor objetivo de cada prestación ha llevado a poner de manifiesto cierto carácter subjetivo de su valor de cambio. Partiendo de la idea de que cada una de las partes ha de tener cierto interés por celebrar el contrato, que le hace encontrar en él una utilidad particular, resulta necesario que cada parte pueda racionalmente considerar que mediante la celebración del contrato obtiene una ventaja<sup>48</sup>.

Así, hemos de considerar que si bien el consentimiento sigue siendo el punto de partida de la relación contractual —aunque sea para expresar la aceptación de un clausulado predispuesto por una de las partes—, la verificación de la existencia de un contrato no se limita a la determinación de si hubo o no consentimiento, sino que debe también determinarse si hay un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes<sup>49</sup>. De hecho, el margen de juego que pueda tener la autonomía de la voluntad dependerá del grado de equilibrio de que gocen la partes en la relación concreta.

Con semejante panorama, difícilmente pueda seguirse hablando del “dogma de la voluntad” en los términos de la doctrina clásica. Recordemos que el propio Derecho ha estructurado remedios para facultar al juez a intervenir la voluntad de las partes e, incluso, para suplirla, a través de reglas de integración de lagunas que le permiten recurrir a la Ley, al uso o al indeterminado concepto de equidad. Su intervención se fundamenta, justamente, en el restablecimiento de un equilibrio contractual inexistente —rescisión por lesión— o perdido —teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad.

---

<sup>47</sup> Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, Vol. 92, n.º (2000), 84 y 91.

<sup>48</sup> Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual”..., 92.

<sup>49</sup> Nicola Scannicchio, “Il perfezionamento del contratto nel Diritto privato europeo”, en: *Trattato di Diritto privato europeo*, 2ª ed., Cur. N. Lipardi, (Padova: Cedam, 2003), Vol. III, 135.

Se trata, en primer lugar, de proteger el equilibrio objetivo, o la simetría que habría de existir entre las prestaciones de las partes. Esto pasa por determinar el valor objetivo de cada prestación, y pone de manifiesto, paradójicamente, la necesidad de considerar el carácter subjetivo de su valor de cambio, lo cual, al menos en los Estados del *Civil Law*, depende del complejo concepto de buena fe<sup>50</sup>. Es la buena fe "...la que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, con el fin de reequilibrar las posiciones de los contratantes eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados"<sup>51</sup>.

En segundo lugar, se protegería también el equilibrio subjetivo, el cual depende, precisamente, de la posición que ocupan las partes en la relación, en función de su poder de negociación. Aparecen entonces relaciones desequilibradas o asimétricas con una parte fuerte y una débil, relaciones en las que la parte fuerte impone sus condiciones y la parte débil se limita a aceptarlas. Se trata de lo que en otras oportunidades hemos denominado "contratos no bilateralmente negociados"<sup>52</sup>. En estos casos aparece la noción de orden público, convertida en el instrumento por excelencia, del Estado social de Derecho para intervenir en las relaciones privadas.

Pero, recordemos, poco tenían que ver con el orden público tradicional las circunstancias externas al contrato de carácter político, económico o social<sup>53</sup>. El orden público atendía a cuestiones internas, propias de la naturaleza del contrato. Es esta estrecha vinculación con el propio contrato y su naturaleza lo que podemos apreciar, por ejemplo, en la enumeración que hiciera Lorenzo Herrera Mendoza de principios considerados por él como de orden público.

El profesor Herrera Mendoza se refiere a la prohibición de pactos sobre sucesiones aun no abiertas (art. 1.156 CCV); la prohibición de sociedades a título universal (art. 1.650 CCV); la limitación del retracto legal a cinco años (art. 1.535 CCV); lo relativo al enriquecimiento sin causa (Art. 1.184 CCV); al derecho sobre los frutos del que ha poseído de buena fe la cosa reivindicada (art. 790 CCV); al de cualquier poseedor por las mejoras que han aumentado el valor de la cosa ajena (art. 792 CCV); a la obligación de rembolsar al gestor de negocios (art. 1.176 CCV); y a la de restituir lo pagado indebidamente (art. 1.178 CCV); también el principio según el cual la posesión vale título frente a terceros de buena fe (art. 794 CCV); entre otros<sup>54</sup>.

Hoy, en cambio, el orden público es reflejo de circunstancias externas al contrato y vinculadas más bien con el ambiente político, social y económico que lo rodea. Hoy se afirma que el orden público está llamado a desempeñar una nueva función, en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos<sup>55</sup>. Con este

---

<sup>50</sup> Caro Gándara, "En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual"..., 92.

<sup>51</sup> Cardilli citado en: Marta Neme Villareal, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 228.

<sup>52</sup> Claudia Madrid Martínez, "Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor", en *Contratos internacionales*, Dir. D. Fernández y J.A. Moreno, (Buenos Aires: ASADIP, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2016), 437 ss.

<sup>53</sup> Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil...*, 48.

<sup>54</sup> Lorenzo Herrera Mendoza, *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*, (Caracas: Empresa El Cojo, S.A., 1960), 50-51.

<sup>55</sup> Así lo reconoce Manual Albaladejo, *Compendio de Derecho civil*, 10ª ed., (Barcelona: Bosch, 1997), 196.

“nuevo” orden público, la intervención estatal no obedece a los elementos intrínsecos del contrato, sino a causas exógenas a él<sup>56</sup>.

El propio profesor Morles Hernández hace referencia al orden público económico y sus manifestaciones como orden público de dirección, de protección y de coordinación, según que el Estado se proponga realizar ciertos objetivos económicos, resguardar a una de las partes y mantener el equilibrio del contrato o cumplir una “función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado”<sup>57</sup>.

En este esquema, el contrato parece haber dejado de ser el instrumento a través del cual los particulares expresan su fuerza contractual entre ellos, en una relación de recíproca competencia, para convertirse en receptor de regulaciones impuesta desde el exterior. El Estado interviene así, mediante el poder legislativo —intervención *a priori*— imponiendo el contenido del contrato; e interviene a través del poder judicial —intervención *a posteriori*— para proteger a la parte débil y recomponer el balance de la relación contractual.

Cada vez son más las leyes que se autoproclaman como de orden público, lo cual ha generado que la frágil línea que la doctrina se ha empeñado en dibujar entre los principios protegidos por el orden público y las normas imperativas, en función de la naturaleza positiva de estas últimas, haya terminado por perderse.

El profesor Mélich Orsini destaca esta situación y revive la expresión de Josserand: “asistimos en nuestros días a una ‘inflación’ del orden público” que mengua la virtualidad de la autonomía de la voluntad, pero que no puede significar —insiste el profesor Mélich Orsini— que la autonomía haya dejado de regir en nuestro sistema<sup>58</sup>.

En todo caso, la forma en que parece estarse entendiendo el orden público se vincula a concepciones de siglos pasados que partían de la idea según la cual una absoluta libertad en materia de Derecho privado podía desagregar la sociedad y dislocar el poder político, por ello era necesario restringirla y garantizar así la armonía y la seguridad de la legislación. Se trataba de un orden público legal e inmutable, producto de un Estado gendarme y expresado mediante un repertorio de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia<sup>59</sup>, una noción superada que parece regresar con mucha fuerza.

---

<sup>56</sup> Así lo hemos referido en: Claudia Madrid Martínez, “Orden público: del artículo 6 a nuestros días”, en *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005), 389-390.

<sup>57</sup> Morles Hernández, “El declive de los estudios de derecho privado”..., 64.

<sup>58</sup> Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, 24.

<sup>59</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 4ª reimp. de la 7ª ed., (Bogotá: Temis, 2016), 8.

## **Breve conclusión: inflación normativa perjudicial para las dinámicas propias del derecho privado**

Aunque estamos convencidos que la autonomía de las partes debería ser la regla y la regulación estatal la excepción, también entendemos que en algunas situaciones particulares la intervención del Estado resulta necesaria, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores. Sin embargo, parece claro que, en el caso del ordenamiento jurídico venezolano, el legislador e incluso el juez intervienen usando la bandera de la protección de los débiles, pero sin brindar una real protección.

La intervención debe estar siempre guiada por la proporcionalidad y no debe responder a un simple deseo de control, por parte del Estado, sobre las relaciones particulares. Dictar leyes “de orden público” que excluyan la posibilidad de negociaciones de los particulares es negarles autonomía, sin que se garantice solución alguna a los problemas reales.

Permitir que el legislador ordene el contenido mínimo del contrato nos obliga a recordar las palabras de Carbonnier:

*Légiférer est un plaisir d'une qualité plus exquise que commander. Ce n'est plus l'ordre grossier que le maître jette à l'esclave, le chef au soldat, l'impératif immédiat et sans avenir. Non c'est la loi, l'ordre sans visage qui se veut universel et éternel à l'instar, à l'égal de la divinité*<sup>60</sup>.

Es erróneo que el Estado, dictando cada vez más normas de orden público, reduzca “entre nosotros el papel de la voluntad privada en los contratos a un mero instrumento técnico para obtener la sumisión de los particulares a los fines transpersonales del Estado”<sup>61</sup>, menos aún en un momento en el que empieza a hablarse de simplificación regulatoria, con la idea de privilegiar la eficiencia del mercado, dando más espacio a la autonomía sin desconocer, desde luego, las protecciones que puedan ser necesarias.

Tengamos muy en cuenta que el Derecho privado constituye el núcleo esencial de las relaciones entre particulares, proporcionando un marco de certidumbre y equilibrio que debería prevalecer en cualquier sociedad que aspire a garantizar la libertad individual y la justicia en sus transacciones. Por ello, aunque la necesidad de reivindicar su importancia parece una obviedad, ya que la realidad misma debería imponer su valor, en Venezuela parece ser necesario insistir en ello: el estudio y la defensa del Derecho privado no solo son esenciales para preservar la autonomía de la voluntad como principio rector, sino también para contrarrestar la injerencia desmedida de un Estado cuya intervención, lejos de proteger, a menudo distorsiona las dinámicas fundamentales de la vida jurídica.

En un país donde el Estado de Derecho se encuentra en entredicho, la expansión del Derecho público ha dotado al Estado de herramientas que, bajo el pretexto de proteger a los sectores más vulnerables, terminan por vulnerar los derechos fundamentales de los particulares. En este escenario, el estudio del Derecho privado se erige como una tarea esencial, pues ofrece los instrumentos necesarios para identificar y contrarrestar las tendencias invasivas del poder estatal,

---

<sup>60</sup> Jean Carbonnier, *Essais sur les Lois*, (Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1979), 204.

<sup>61</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, 24.

resguardando la autonomía de la voluntad y promoviendo un equilibrio justo entre la intervención pública y las libertades individuales. Solo a través de un conocimiento sólido y crítico de los principios y valores del Derecho privado los juristas estarán verdaderamente preparados para afrontar los desafíos de un sistema jurídico debilitado, en el que la arbitrariedad y la incertidumbre amenazan continuamente los pilares de la justicia y la libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho civil. Personas*. 17ª ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005.

Albaladejo, Manuel. *Compendio de Derecho civil*. 10ª ed. Barcelona: Bosch, 1997.

Alegre, Marcelo. “A propósito de la reforma del Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho privado”. Conferencia dictada en la Universidad de Buenos Aires, 2011. Disponible en: <https://acortar.link/Yb1TVY>

Caro Gándara, Rocío. “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”. En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por S. Sánchez Lorenzo, 53 ss. 2ª ed. Madrid: Universidad de Granada, Civitas, Thomson Reuters, 2013.

Delgado Soto, Francisco. *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2008.

Domínguez Guillén, María Candelaria. “Primacía de la Constitución y constitucionalización del Derecho civil”. En *Principios Fundamentales del Derecho Público, Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, editado por A. R. Brewer-Carías y J. Araujo-Juárez, 429 ss. Panamá: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020.

\_\_\_\_\_. “Trascendencia de la Constitución en el Derecho civil venezolano”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 10 (2019): 52 ss.

\_\_\_\_\_. *Derecho Civil constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*. Caracas: CIDEP, Editorial Jurídica Venezolana, 2018.

\_\_\_\_\_. “Sobre la noción de Derecho civil”. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, nos. 62-63 (2007-2008): 81 ss.

Ferrajoli, Luigi. *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo del Derecho privado*. Lima: Palestra Editores, 2018.

Ghestin, Jacques. “Le contrat en tant qu’échange économique”. *Revue d’économie industrielle* 92, no. 1 (2000): 81 ss.

Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho mercantil*. Actualizado por M. A. Pisani Ricci. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008.

- Herrera Mendoza, Lorenzo. *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*. Caracas: Empresa El Cojo, S.A., 1960.
- Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de derecho civil. Tomo I: parte general. Vol. 1: introducción*. 5ª ed. Madrid: Dykinson, 2012.
- Lalaguna Domínguez, Enrique. *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- Madrid Martínez, Claudia, “Cambio en las concepciones del Derecho material que impactan al Derecho internacional privado: las causales de divorcio y el tiempo de las capitulaciones matrimoniales”, *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º4 (2022): 415 ss.
- \_\_\_\_\_. “Constitución y Derecho internacional privado”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, no. 10 (2018): 227 ss.
- \_\_\_\_\_. “Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor”. En *Contratos internacionales*, editado por D. Fernández y J. A. Moreno, 437 ss. Buenos Aires: ASADIP, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2016.
- \_\_\_\_\_. “La defensa de los usuarios en el marco de la Ley de Instituciones del Sector Bancario”. En *Análisis y comentarios de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, 413 ss. Caracas: FUNEDA, 2012.
- \_\_\_\_\_. “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”. En *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*, editado por C. Madrid, 105 ss. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- \_\_\_\_\_. “Orden público: del artículo 6 a nuestros días”. En *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, 371 ss. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005.
- Madrid Martínez, Claudia y Eugenio Hernández-Bretón. “Codification in Venezuela”. En *The scope and structure of Civil Codes*, editado por J. C. Rivera, 455 ss. Dordrecht: Springer, Serie Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 2013.
- Mélich-Orsini, José. *Doctrina general del contrato*. 4ª ed. corregida y ampliada. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 61, 2006.
- Morles Hernández, Alfredo. “El declive de los estudios de derecho privado”. *Revista Propiedad Intelectual* 15, no. 19 (2016): 51 ss.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Derecho mercantil. Tomo I, Introducción. La empresa. El empresario*. 9ª ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- Neme Villareal, Marta. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

- Ospina Fernández, Guillermo, y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 4ª reimp. de la 7ª ed. Bogotá: Temis, 2016.
- Roppo, Vincenzo. “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”. *Revista de Derecho privado*, no. 20 (2011): 117 ss.
- Scannicchio, Nicola. “Il perfezionamento del contratto nel Diritto privato europeo”. En *Trattato di Diritto privato europeo*, editado por N. Lipardi, 134 ss. 2ª ed. Padova, 2003.
- Scialoja, Vittorio. “La riforma dei codici di diritto privato in Italia (1923)”. En *Studi Giuridici*, Vol. IV. Roma: Società Editore del Foro Italiano, 1933.
- Suárez Manrique, Wilson. “La constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Vniversitas* 129 (2014): 317 ss.  
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>.
- Varela Cáceres, Edison Lucio. “El nuevo divorcio en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 15, (2020): 203 ss.
- Volpe, Fabrizio. *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*. Roma Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- Weinrib, Ernest J. *La idea de Derecho privado*. Traducido por E. Páez. Madrid: Marcial Pons, 2017.

# ***Third Party Due Diligence:*** **Una herramienta estratégica para la gestión de riesgos empresariales**

**Diego Tomás Castagnino\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 36-53

**Resumen:** El *Third Party Due Diligence* (TPDD) es una herramienta esencial en la gestión empresarial contemporánea, diseñada para identificar y mitigar riesgos asociados a terceros, como incumplimientos normativos, corrupción, lavado de dinero y violaciones de derechos humanos. Este artículo analiza el concepto, las aplicaciones y los beneficios estratégicos del TPDD en el marco del cumplimiento normativo y la sostenibilidad empresarial. A través del TPDD, las empresas pueden garantizar decisiones informadas, proteger su reputación y fortalecer sus relaciones comerciales. Este enfoque preventivo no solo facilita el cumplimiento de las regulaciones legales, sino que también mejora la resiliencia organizacional frente a desafíos operativos y reputacionales en un entorno globalizado.

**Palabras clave:** Due diligence, Third Party Due Diligence, cumplimiento normativo.

***Third Party Due Diligence:***  
***A strategic tool for business risk management***

**Abstract:** *Third Party Due Diligence (TPDD) is an essential tool in modern business management, designed to identify and mitigate risks associated with third parties, such as regulatory non-compliance, corruption, money laundering, and human rights violations. This article examines the concept, applications, and strategic benefits of TPDD within the framework of corporate compliance and business sustainability. Through TPDD, companies can ensure informed decision-making, safeguard their reputation, and strengthen commercial relationships. This preventive approach not only facilitates compliance with legal regulations but also enhances organizational resilience against operational and reputational challenges in a globalized environment.*

**Keywords:** *Due diligence, Third Party Due Diligence, regulatory compliance.*

**Recibido:** 15/11/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, UCAB. Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CIARB. Email: diego.castagnino@gmail.com

# ***Third Party Due Diligence:*** **Una herramienta estratégica para la gestión de riesgos empresariales**

**Diego Tomás Castagnino\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 36-53

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Comentarios previos sobre la actividad empresarial. 2. Noción de *due diligence*. 3. Tipos de *due diligence*. 4. ¿Para qué se utiliza el *Third Party Due Diligence*? 5. ¿Por qué es importante el *Third Party Due Diligence*? 6. ¿Quién realiza el *Third Party Due Diligence*? 7. ¿Cuándo se realiza el *Third Party Due Diligence*? 8. ¿Cómo se realiza el *Third Party Due Diligence*? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA**

## **INTRODUCCIÓN**

En un escenario comercial tanto nacional como internacional, caracterizado por una creciente complejidad, han emergido diversas herramientas diseñadas para mitigar los riesgos inherentes a la actividad económica empresarial. En este contexto, la reputación comercial se ha consolidado como un factor clave para el éxito de las empresas en el siglo XXI. Por ello, las compañías modernas han adoptado un enfoque preventivo en la gestión de riesgos legales y reputacionales, priorizando la anticipación y prevención sobre una respuesta reactiva ante la materialización de dichos riesgos.

El cuidado que las empresas deben mantener para proteger su reputación comercial y posicionarse estratégicamente en el mercado no se limita únicamente al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley. Este compromiso trasciende hacia una dimensión de autorregulación empresarial, donde las propias compañías, de manera autónoma, diseñan e implementan normativas internas orientadas a garantizar un enfoque preventivo en sus relaciones tanto intrasocietarias como extrasocietarias. Este fenómeno de autorregulación se alinea con las tendencias globales en gobernanza corporativa y *compliance*, donde se prioriza la ética empresarial y la sostenibilidad.

En este contexto, la gestión de riesgos empresariales ha evolucionado hasta convertirse en un pilar fundamental para garantizar la sostenibilidad y reputación de las organizaciones. Entre los diversos mecanismos de debida diligencia que las empresas pueden adoptar, el *Third Party Due Diligence* (TPDD) ocupa un lugar preeminente, particularmente en el ámbito del *compliance* corporativo y el derecho comercial.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, UCAB. Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CIARB. Email: diego.castagnino@gmail.com

En el ámbito del *compliance*, el modelo de relación con proveedores debe considerarse desde tres dimensiones fundamentales:

1. **Gestión contractual:** Incluye los procedimientos y requisitos necesarios para la selección de terceros, así como los criterios para la toma de decisiones relacionadas con su contratación.
2. **Aseguramiento de *compliance* de los proveedores:** Garantiza que los terceros cuenten con un modelo de *compliance* proporcional a su tamaño y naturaleza, reconociendo que las exigencias para una empresa pequeña no pueden ser las mismas que para una gran corporación.
3. **Modelo de *compliance* aplicable a la contratación:** Contempla las obligaciones que derivan de la tendencia internacional, donde delitos como cohecho, malversación, soborno y tráfico de influencias frecuentemente requieren la concurrencia de otras empresas para ser cometidos.

En este contexto, el TPDD se presenta como un mecanismo interno y preventivo diseñado específicamente para la contratación de proveedores. Este instrumento se ha convertido en una herramienta clave para garantizar la correcta implementación de sistemas de *compliance*, útil y adaptable en empresas de cualquier dimensión.

Por este motivo, este trabajo aborda el TPDD desde una perspectiva de *compliance*, con el objetivo de responder a cuatro cuestiones clave: ¿para qué se utiliza?, ¿por qué es importante?, ¿quién lo realiza? y ¿cómo se implementa?. Antes de responder a estas interrogantes, resulta necesario formular algunas consideraciones preliminares sobre la naturaleza de la actividad empresarial y su entorno regulatorio, como base para comprender el alcance y la relevancia del TPDD en la mitigación de riesgos empresariales.

### ***1. Comentarios previos sobre la actividad empresarial***

La actividad empresarial, caracterizada por su dinamismo y alcance global, implica interacciones constantes con terceros: proveedores, distribuidores, clientes, y otros socios comerciales. Estas relaciones son esenciales para el funcionamiento del mercado, pero también generan riesgos que pueden comprometer la integridad operativa, financiera y reputacional de las empresas. Factores como la globalización, la complejidad regulatoria, y la creciente sensibilidad a temas ambientales, sociales y de gobernanza (ESG, por sus siglas en inglés), subrayan la necesidad de herramientas como el TPDD para gestionar dichos riesgos de manera proactiva.

La empresa actúa como un motor de generación de riqueza, desde tres perspectivas fundamentales: i) el comerciante: genera riqueza a través del ánimo lucrativo que define su actividad económica; ii) el Estado: recibe la recaudación tributaria derivada de las actividades empresariales; y iii) los trabajadores: obtienen un salario y estabilidad económica como resultado de la creación de empleo.

Además de su impacto económico, la actividad empresarial contribuye a la creación de productos y servicios que satisfacen necesidades humanas, impulsando la competencia en el mercado. Esta competencia fomenta avances técnicos, como innovaciones tecnológicas o

desarrollos derivados del intelecto humano. Sin embargo, no toda actividad empresarial tiene un impacto positivo. Cuando los empresarios incumplen normativas legales, pueden surgir consecuencias negativas, como daños ambientales, fraudes, monopolios, violaciones de derechos laborales o incluso infracciones a los derechos humanos.

Ante estos posibles impactos adversos, el *compliance* emerge como una herramienta clave para prevenir, mitigar y, en última instancia, eliminar los efectos negativos de la actividad empresarial. El *compliance* no solo abarca el cumplimiento de las leyes, sino también la promoción de una gestión empresarial saludable, que proteja el negocio en todas sus vertientes, incluyendo la reputación de la compañía. Su implementación fomenta una cultura de cumplimiento ético que refuerza el compromiso con los principios del desarrollo sostenible y la responsabilidad social corporativa.

Los impactos negativos de la actividad empresarial suelen ser regulados mediante marcos legales que buscan sancionar al empresario irresponsable. Por ejemplo, los daños ambientales son penalizados a través de normativas específicas en materia de ambiente, mientras que los fraudes financieros o la corrupción encuentran respuesta en legislaciones contra delitos económicos. No obstante, el cumplimiento normativo básico no es suficiente. Más allá de las exigencias legales, el empresario contemporáneo debe adoptar una actitud proactiva, creando una cultura de conciencia regulatoria que permita identificar, entender y actuar frente a los riesgos inherentes a su actividad.

Esta cultura implica no solo la identificación de los riesgos normativos, sino también la implementación de planes estructurados de mitigación que permitan anticipar y enfrentar los riesgos más frecuentes en su sector. Por ejemplo, un empresario en la industria química debe estar al tanto de las regulaciones ambientales más estrictas, mientras que en el sector financiero el enfoque puede centrarse en evitar riesgos de blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo.

Sin embargo, es importante reconocer que no todos los riesgos pueden ser evitados. A veces, los daños son producto de negligencia, imprudencia o, incluso, errores inevitables. Tal como lo establece el artículo 1.185 del Código Civil Venezolano (CCV): "El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo". En este sentido, el empresario debe estar preparado no solo para prevenir, sino también para asumir la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por sus actividades comerciales.

Una cultura de *compliance* adecuada permite evitar los escenarios más dramáticos, como litigios prolongados, sanciones legales y pérdidas reputacionales. Esto se traduce en un ahorro significativo de recursos, incluyendo tiempo y dinero, que de otra manera serían invertidos en gestionar crisis derivadas del incumplimiento normativo. En este contexto, el *compliance* aplicado al ámbito de la contratación mercantil adquiere una relevancia especial y el *Third Party Due Diligence*, surge como un mecanismo que permite evaluar la idoneidad, reputación y cumplimiento normativo de los terceros con los que la empresa se relaciona, asegurando así la viabilidad y sostenibilidad de dichas relaciones.

El TPDD no solo es una herramienta preventiva, sino también un instrumento estratégico que ayuda a las empresas a identificar posibles impactos negativos antes de que estos se materialicen. Al gestionar riesgos de manera proactiva, las compañías pueden

garantizar que sus relaciones comerciales se desarrollen en un marco de seguridad, transparencia y cumplimiento.

## 2. *Noción de due diligence*

El término anglosajón *due diligence* se refiere al género del proceso mediante el cual una organización, ya sea comercial o no, realiza investigaciones exhaustivas sobre otra entidad con el propósito de construir un perfil detallado y completo de esta última. El objetivo principal es evaluar la viabilidad de establecer relaciones de colaboración, generalmente de naturaleza comercial, identificando riesgos potenciales y garantizando que dichas relaciones cumplan con estándares normativos, éticos y reputacionales.

Este proceso se aplica en una amplia gama de situaciones, como la creación de alianzas estratégicas, fusiones y adquisiciones, la ejecución de operaciones comerciales específicas, la provisión de fondos para proyectos de inversión y el análisis de la conformidad normativa de potenciales socios comerciales. En términos generales, el *due diligence* se constituye como un conjunto de procedimientos sistemáticos destinados a recopilar, verificar y analizar información relevante, proporcionando una base informada para la toma de decisiones estratégicas. Desde el punto de vista jurídico, es una herramienta defensiva que permite anticipar contingencias legales y regulatorias, reduciendo riesgos y fortaleciendo la posición de las partes involucradas.

La importancia del *due diligence* recae, principalmente, en su utilidad como herramienta que permite identificar *a priori* cuáles son los riesgos implicados en cada una de las operaciones comerciales que efectúa la empresa. La previsión y prevención de riesgos es un factor determinante para el éxito de las operaciones comerciales. De modo que la correcta utilización del *due diligence* puede aumentar considerablemente el éxito de las operaciones comerciales y, en consecuencia, la satisfacción de los objetivos específicos de cada empresa.

Históricamente, es complicado encontrar el punto de origen del *due diligence*. Sin embargo, Villegas Ruíz apunta un origen probable en los Estados Unidos de América, concretamente en la Sección 11(b)(3) del Securities Act de 1933 en la que en referencia a la debida diligencia “se estableció una defensa legal con fines preventivos y de protección en favor del emisor de títulos valores”<sup>1</sup>. Más concretamente, “la sección 11(b)(3) estableció de forma estatutaria la defensa de debida diligencia para aquellos quienes hubieran realizado una investigación razonable en aquellos asuntos relacionados con la emisión de títulos valores”<sup>2</sup>.

Con base en el artículo 11(b)(3) del Securities Act era posible oponer una defensa en juicio. Dicha defensa se basaba en que el sujeto que la invocaba había desplegado todo su esfuerzo como un buen padre de familia al hacer el *due diligence*. Por lo que, si un aspecto particular no había sido detectado en la investigación, era posible demostrar que se había actuado de la forma más diligente posible. Aunque, seguramente, existen antecedentes prácticos previos al Securities Act.

---

<sup>1</sup> Jesús A. Villegas Ruiz, *Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022), 437. En su afirmación el autor sigue a Linda Spedding, *Due Diligence and Corporate Governance* (Reino Unido: LexisNexis Publishers, 2004), 3.

<sup>2</sup> Ídem.

Si bien este antecedente jurídico marcó un hito en la formalización del concepto de *due diligence*, su aplicación se ha expandido notablemente en respuesta a los desafíos globales en materia de corrupción, derechos humanos y sostenibilidad. Normas internacionales como la Convención de OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, el Decreto Legislativo italiano n. 231/2001, la Ley contra el soborno del Reino Unido y de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos refuerzan la importancia del *due diligence* como herramienta para combatir prácticas ilícitas en transacciones comerciales internacionales.

Más recientemente, Alemania aprobó la *Law on Supply Chain Due Diligence* y Noruega la *Transparency Act*, ambos países adoptaron estas leyes el mismo día 10 de junio de 2021<sup>3</sup>. Estas leyes subrayan la relevancia del *due diligence* para abordar problemáticas relacionadas con derechos humanos, sostenibilidad ambiental y responsabilidad social corporativa, al obligar a las empresas a implementar procedimientos de debida diligencia en sus cadenas de suministro, destacando la creciente exigencia de estándares ESG (ambientales, sociales y de gobernanza). Por otro lado, en países y sectores en donde no se trata de una obligación mandatoria, vemos como se ha venido implementado por las empresas gracias a la autorregulación. Si bien el *due diligence* no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, se ha vuelto un útil instrumento en la práctica comercial<sup>4</sup>.

Ciertas industrias, como la de la moda<sup>5</sup>, son susceptibles de presentar irregularidades relacionadas con violaciones de derechos humanos, especialmente de naturaleza laboral, que han despertado interés en el estudio de la aplicación de *due diligence* a las cadenas de suministros. Lo anterior con el objetivo de revisar la conformidad de las actividades de las empresas bajo el prisma de las regulaciones de distintos ordenamientos jurídicos del mundo. También es posible, mediante el *due diligence*, determinar la actitud de una compañía respecto del cumplimiento de estándares básicos de conservación del medio ambiente.

De allí que sea cada vez más frecuente que el cumplimiento de los factores ESG por parte de las compañías sea objeto de *due diligence*. En efecto, los *shareholders* y *stakeholders* esperan que la administración de sus compañías se enfoque en la sostenibilidad y contribuya a la materialización de metas medioambientales y la actuación socialmente responsable en atención a los requisitos de inclusión y diversidad<sup>6</sup>. El *due diligence* también permite proteger la reputación nacional y transnacional de las empresas.

Así como actualmente resulta indudable la importancia de implementar medidas de diligencia debida a todos los clientes, con carácter previo al inicio de la relación jurídica para mitigar riesgos asociados con blanqueo de capitales y de financiación al terrorismo, lo mismo

---

<sup>3</sup> Markus Krajewski, Kristel Tonstad y Franziska Wohltmann, “Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6:3 (2021): <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.43>.

<sup>4</sup> Diego Thomás Castagnino, “Acuerdos preliminares al contrato de franquicia”, *Libro Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*. (Caracas: 2012), p. 285.

<sup>5</sup> Véase Justine Nolan, “Chasing the next shiny thing: Can human rights due diligence effectively address labour exploitation in global fashion supply chains?”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 11(2) (2022): 1-14. <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.2398>.

<sup>6</sup> Max Tucher, Julian Blohmke y Sophie Katharina Paul, “Re-thinking Due Diligence – ESG impact on M&A. Shedding light on the increasing role of ESG in real estate M&A deals”, *ESG Real Estate Insights* (2021): 3. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ce/Documents/real-estate-pdf/ce-ESG-Real-Estate-Insights-2021-Article-6.pdf>.

ocurre con la contratación de proveedores, quienes ocupan un rol esencial en la dinámica empresarial para poder alcanzar el objeto social, por lo que la gestión de estos debe ser regulada apropiadamente.

El objeto de la investigación de *due diligence*, aplicada a la contratación mercantil, permite determinar *a priori* si, producto de un contrato futuro, surgirá algún elemento que afecte negativamente la reputación o estabilidad de la empresa. Así, este tipo de investigaciones facilita conocer el comportamiento y la reputación de un potencial co-contratante. Un refrán popular podría ayudarnos a comprender mejor este tema: “dime con quién andas y te diré quién eres”. Evaluar el comportamiento, la conformidad y los antecedentes de un potencial socio comercial no solo previene daños reputacionales, sino que también asegura la integridad de las relaciones empresariales en el largo plazo.

Actualmente también es posible utilizar el *compliance* como un elemento que contribuya a construir la defensa en litigios mercantiles y penales. Particularmente, en los casos que se pretende la responsabilidad penal de una persona jurídica, la existencia de un programa de *compliance* efectivo puede atenuar la responsabilidad penal o incluso exonerarla por completo.

### **3. Tipos de *due diligence***

En las transacciones comerciales y la gestión empresarial, el concepto de *due diligence* abarca una amplia gama de procedimientos diseñados para evaluar aspectos específicos de personas naturales o jurídicas con el fin de mitigar riesgos y garantizar decisiones informadas. Dependiendo del enfoque, estos procedimientos pueden subdividirse en varias categorías, cada una con un propósito y alcance particular.

Entre estos tipos, destaca el TPDD, que, aunque comparta elementos comunes con otras formas de *due diligence*, se diferencia por su enfoque exclusivo en la evaluación de terceros con los que se pretenda establecer relaciones contractuales. Por lo tanto, el TPDD puede considerarse como una categoría especializada dentro del marco general del *due diligence*, destinada a gestionar los riesgos inherentes a las interacciones con terceros.

En todo caso, se trata de un proceso que no debe gestionarse como un simple trámite burocrático de recopilación de documentos, sino una verificación real y exhaustiva destinada a mitigar riesgos y garantizar decisiones comerciales fundamentadas. A continuación, se describen los principales tipos de *due diligence*, cada uno diseñado para abordar aspectos críticos de las relaciones comerciales.

#### **3.1. *Due diligence* financiero**

El *due diligence* financiero se centra en la evaluación de las oportunidades y riesgos financieros aparejados a una operación concreta. Este proceso se basa en un análisis meticuloso del estado financiero de la empresa. Evalúa la situación financiera de una entidad, incluyendo sus estados contables, flujos de caja y capacidad de generación de valor. Es especialmente relevante en operaciones de fusiones, adquisiciones o compras de compañías. Esencialmente, a través de esta evaluación, se pretende determinar la salud financiera de un potencial contratante, evaluando ciertos elementos como sus estados de cuenta y proyecciones financieras.

Durante una adquisición, el análisis financiero permite detectar problemas de liquidez o endeudamiento excesivo, factores que podrían comprometer el éxito de la operación. Los principales objetivos del *due diligence* financiero son: i) determinar la solvencia financiera de un potencial contratante; ii) identificar pasivos ocultos o subestimados; y iii) evaluar la viabilidad financiera de la transacción.

### **3.2. *Due diligence fiscal***

El *due diligence* fiscal analiza la situación fiscal de una persona natural o jurídica. Esta investigación tiene por objeto la identificación de potenciales contingencias fiscales, la revisión de auditorías fiscales en curso y la evaluación del nivel de exposición tributaria de la empresa con la que se pretende hacer negocios. Este tipo de *due diligence* permite conocer y comprender los riesgos fiscales inherentes al establecimiento de una futura relación comercial como una alianza o fusión.

Por ejemplo, en el caso de una fusión, el análisis fiscal ayuda a determinar si existen multas pendientes, discrepancias en declaraciones de impuestos o beneficios fiscales no aprovechados. Es por ello que, los principales objetivos de este tipo de *due diligence* son: i) verificar el historial de cumplimiento tributario; ii) identificar riesgos fiscales que puedan surgir tras la transacción y, iii) evaluar posibles incentivos fiscales o beneficios tributarios.

### **3.3. *Due diligence comercial***

El *due diligence* comercial sirve para estudiar la viabilidad comercial de una empresa. El resultado es obtenido a través de análisis especializado de los proveedores y clientes de la empresa con la que se pretende hacer negocios, así como de los contratos existentes y la eficiencia de sus procesos comerciales. Este enfoque permite determinar y entender la salud comercial de la entidad, examinando aspectos clave como el funcionamiento de su cadena de suministro y demás relaciones comerciales.

En una alianza estratégica, este tipo de *due diligence* asegura que los contratos con proveedores son sólidos y que los clientes principales no presentan problemas crediticios. Entre sus principales objetivos destacan: i) analizar la estructura y sostenibilidad de las relaciones comerciales; ii) evaluar el potencial de crecimiento en el mercado objetivo; y iii) identificar riesgos contractuales asociados a clientes o proveedores clave.

### **3.4. *Due diligence operacional***

El *due diligence* operacional examina los procesos de funcionamiento interno de la empresa con la que se pretende establecer algún tipo de relación comercial. Este análisis sirve para planificar acciones futuras y, en determinados supuestos, agregar valor a la cadena de producción mediante la identificación de oportunidades de automatización y la consecuente inversión en tecnologías. A través de este procedimiento es posible determinar cómo opera la empresa y tener una visión clara de posibles mejoras que incrementen la eficiencia y agilidad operativa.

En una integración post-adquisición, el análisis operacional permite unificar procesos de producción, logrando economías de escala. Entre los principales objetivos de este tipo de *due diligence* se encuentran: i) identificar ineficiencias en los procesos operativos; ii) Proponer

mejoras en la automatización o modernización tecnológica; y iii) evaluar la compatibilidad operativa entre empresas en casos de fusión.

### **3.5. *Due diligence técnico***

El *due diligence* técnico está enfocado en la evaluación de activos tangibles, específicamente bienes inmuebles. En estos casos, el análisis se efectúa mediante la inspección de instalaciones y la identificación de ciertos riesgos como incendios, explosiones o accidentes químicos. Este tipo de *due diligence* reviste particular importancia en sectores donde estos riesgos son más plausibles, por ejemplo, en plantas industriales. El resultado de la investigación permitirá saber que los activos con riesgo calificado inherente cumplen con los estándares de seguridad y regulaciones aplicables.

En el sector industrial, este tipo de *due diligence* asegura que una planta de producción cumple con estándares regulatorios y opera de manera segura. Entre los principales objetivos del *due diligence* técnico están: i) verificar la conformidad de los activos con las normativas de seguridad aplicables; ii) identificar necesidades de mantenimiento o inversión en infraestructura; y iii) evaluar la calidad y longevidad de los activos físicos.

### **3.6. *Due diligence ambiental***

El *due diligence* ambiental ha crecido en importancia debido al incipiente enfoque corporativo en materias como sostenibilidad, energías limpias y protección medioambiental. La investigación examina el cumplimiento por parte de la empresa con la que se pretende hacer negocios de las regulaciones ambientales aplicables a su actividad. Lo anterior implica a su vez verificar si la compañía ha obtenido las licencias exigidas por el ordenamiento jurídico para operar en su sector. En este sentido, se verifica la existencia de las autorizaciones emitidas por los entes reguladores y, en general, el cumplimiento de normas de protección ambiental, incluso más allá de lo exigido por el entorno regulatorio.

En la adquisición de terrenos para una expansión industrial, este tipo de *due diligence* permite identificar problemas relacionados con contaminación previa o restricciones ambientales. Entre los objetivos más importantes de este tipo de *due diligence* destacan: i) verificar licencias y permisos ambientales; ii) evaluar prácticas de sostenibilidad y cumplimiento normativo; y iii) identificar riesgos ambientales que puedan afectar la viabilidad de la operación.

### **3.7. *Third Party Due Diligence (TPDD)***

El TPDD se distingue de los tipos de *due diligence* antes mencionados por su enfoque exclusivo en la evaluación de terceros (personas naturales o jurídicas) con los que una empresa planea establecer relaciones contractuales (tales como proveedores, distribuidores, agentes comerciales o aliados estratégicos). Aunque el TPDD comparte el propósito general de identificación y mitigación de riesgos, su ámbito de aplicación lo convierte en una herramienta especializada en el marco de *compliance*.

Se trata de una investigación previa a la creación de vínculos contractuales con terceros personas naturales o jurídicas, que consiste, generalmente, en la recopilación y análisis de datos relacionados con antecedentes financieros, legales, reputacionales y normativos del tercero,

que permitan conocerlo mejor y asegurar que cumple con determinados estándares antes de formalizar cualquier vínculo contractual.

El TPDD no evalúa la sostenibilidad de una entidad *per se*, sino los riesgos asociados a interactuar con ella. Es un componente esencial de los programas de cumplimiento normativo, especialmente para prevenir riesgos como corrupción, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.

#### **4. ¿Para qué se utiliza el Third Party Due Diligence?**

El TPDD es un proceso diseñado para identificar y mitigar riesgos asociados a terceros, tales como incumplimientos normativos, corrupción, legitimación de capitales, sanciones internacionales, y violaciones de derechos humanos. Su aplicación permite no solo salvaguardar la integridad empresarial, sino también fortalecer la confianza en las relaciones comerciales, establecer un marco de seguridad para la toma de decisiones estratégicas y garantizar la sostenibilidad operativa de la empresa.

Los principales objetivos del TPDD son: i) evaluar la integridad y reputación de los terceros; ii) identificar riesgos asociados a corrupción, fraude o violaciones de derechos humanos; y iii) proporcionar una base informada para decidir si establecer o no una relación contractual.

En términos generales, el TPDD es una herramienta fundamental para garantizar el cumplimiento normativo, mantener una buena reputación empresarial y gestionar riesgos inherentes a las interacciones con terceros. Esta utilidad puede analizarse desde diversas perspectivas, destacando los beneficios específicos que proporciona el TPDD en distintos contextos empresariales.

Por ejemplo, cada vez toma mayor importancia la realización de TPDD en la fase precontractual del contrato de franquicia. Se trata de una verificación técnica que el franquiciante le realiza al potencial franquiciado para comprobar, entre otras cosas, el cumplimiento de los mínimos exigidos para la ejecución de la franquicia<sup>7</sup>.

##### **4.1. Cumplimiento normativo**

El TPDD permite a las empresas asegurarse de que las personas naturales o jurídicas con las que pretende contratar cumplen con todas las normativas legales aplicables. Esto implica la verificación de permisos, licencias y certificaciones requeridas para operar en su industria. Cuando se comprueba que la empresa con la que se pretende contratar actúa en cumplimiento de las regulaciones vigentes, se minimiza el riesgo de ser objeto de sanciones que podrían afectar el funcionamiento tanto a la empresa contratante como a la contratada, se protege a la empresa de posibles interrupciones operativas causadas por problemas legales del tercero y se refuerza la cultura de cumplimiento dentro de la organización al integrar este análisis en su estrategia general de gobernanza.

---

<sup>7</sup> Diego Tomás Castagnino, “Acuerdos preliminares al contrato de franquicia”, *Libro Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*. (Caracas: 2012), p. 291 – 292.

Esto se evidencia, por ejemplo, cuando, antes de contratar a un proveedor de materias primas en un país con regulaciones ambientales estrictas, se implementa el TPDD para verificar que dicho proveedor cumpla con las normativas locales. Este proceso permite evitar multas o sanciones derivadas de prácticas no conformes que podrían interrumpir la cadena de suministro y afectar significativamente el plan de producción.

#### **4.2. Reputación empresarial**

Otro beneficio que deriva de la utilización del *Third Party Due Diligence* es proyectar una buena imagen y reputación comercial. Cuando una empresa investiga con quién va a contratar, puede asegurarse de celebrar negocios con personas que no están involucradas en actividades ilícitas, como la corrupción o la legitimación de capitales. Esto protege la reputación de la empresa, pero además optimiza su percepción pública porque demuestra un compromiso con prácticas corporativas éticas y responsables.

De esta manera se refuerza la confianza de *stakeholders*, incluidos inversionistas, clientes y reguladores, a la vez que se mejora la competitividad en mercados donde la sostenibilidad y la ética empresarial son altamente valoradas. Por ejemplo, una empresa multinacional que contrata un distribuidor local con antecedentes de corrupción corre el riesgo de ser vista como cómplice o tolerante ante estas prácticas. El TPDD ayuda a evitar estas situaciones al proporcionar información detallada sobre la reputación del tercero.

#### **4.3. Resolución de conflictos internos**

El TPDD también facilita la toma de decisiones internas relacionadas con la gestión de relaciones con terceros, proporcionando información precisa para evaluar y calificar riesgos. Es posible que con la investigación se revelen nuevas oportunidades de mejora, que de otra manera no serían evidentes. Con ello, disminuye la necesidad de recurrir a terceros para la resolución de disputas, fortaleciendo la capacidad de la empresa para manejar sus asuntos internamente, evitando el litigio y preservando su propia estabilidad.

Por ejemplo, durante la negociación de un contrato, el TPDD puede revelar cláusulas o prácticas contractuales que pueden ser renegociadas para mitigar riesgos futuros, evitando disputas legales costosas. De tal manera que, con el TPDD se disminuye la necesidad de recurrir a mecanismos externos de resolución de disputas, como el litigio, y se fortalece la capacidad de la empresa para gestionar sus asuntos internamente, promoviendo la estabilidad operativa.

#### **4.4. Evaluación de riesgos y oportunidades**

El TPDD permite a las empresas identificar no solo los riesgos asociados a terceros, sino también oportunidades estratégicas que puedan derivarse de estas relaciones. Este enfoque proactivo y preventivo facilita el diseño de estrategias específicas y la asignación de recursos en función de los riesgos identificados. En este sentido, el TPDD contribuye a que las empresas puedan anticiparse a problemas potenciales y evitar costos imprevistos, a la vez que identifica áreas donde pueden implementarse mejores prácticas de cumplimiento.

Un ejemplo de lo anterior es el caso de una empresa del sector textil que, a través del TPDD, descubre que uno de sus proveedores está involucrado en prácticas laborales deficientes, lo que representa un riesgo reputacional considerable. No obstante, este análisis también puede revelar oportunidades para fortalecer su cadena de suministro, como la implementación de estándares más altos que promuevan el cumplimiento normativo y mejores condiciones laborales.

#### ***4.5. Prevención de actividades ilícitas***

El TPDD es una herramienta crucial para prevenir actividades ilícitas, como la legitimación de capitales, la financiación del terrorismo o el fraude. Al proporcionar información detallada sobre los antecedentes e integridad de los socios comerciales, el TPDD minimiza el riesgo de que la empresa se vea involucrada, directa o indirectamente, en prácticas ilegales. Conocer a fondo con quién se está contratando permite a las empresas contar con la información necesaria para evitar ser víctimas de estafas o hacer negocios con organizaciones fraudulentas. Este proceso es especialmente relevante para empresas que operan en sectores vulnerables a estos riesgos.

Un ejemplo puede evidenciarse en el sector fintech, donde los riesgos de fraude y suplantación de identidad son elevados. En este sentido, el TPDD permite verificar la legitimidad de los socios comerciales, asegurando que no se utilicen los servicios de la empresa para actividades ilícitas. De manera que el TPDD protege a la empresa de riesgos legales y financieros asociados a actividades ilícitas y refuerza su posición frente a reguladores e inversionistas al demostrar una gestión responsable de sus relaciones comerciales.

### ***5. ¿Por qué es importante el Third Party Due Diligence?***

La importancia del TPDD radica en que la información obtenida a través de la investigación permite tomar decisiones informadas. En efecto, es posible que del análisis efectuado con ocasión de un TPDD determine que existen ciertos elementos de interés que de otra forma no habrían sido revelados. Esto permite que la empresa decida si puede o no tolerar los riesgos colaterales a dichos elementos y que, en caso de aceptarlos, puede determinar el grado de responsabilidad en que podría incurrir e implementar un programa de mitigación. Todo lo anterior contribuye a la consolidación de una buena cultura empresarial.

Bajo esta lógica, el TPDD permite a la empresa conocer la historia de su potencial contratante y tomar decisiones adecuadas en forma oportuna. Lo anterior permite, a su vez, la identificación temprana de los riesgos inherentes a la potencial relación contractual, los cuales de ser ignorados podrían afectar negativamente las operaciones comerciales.

En consecuencia, el TPDD permite a la empresa proteger su capital reputacional al ser plenamente con quién está contratando. La investigación determinará cuestiones de interés sobre el empresario con el que se pretende contratar, como notas en medios de comunicación, si ha sido objeto de sanciones internacionales, con que otros sujetos contrata, donde está ubicado, quiénes son sus empleados, la conformación de su junta directiva o forma de su administración. Con base en todos estos datos la empresa decidirá si contrata o no.

## 6. *¿Quién realiza el Third Party Due Diligence?*

En primer lugar, es posible que el TPDD sea efectuado por un profesional *in house*, de manera que es realizado por el propio capital humano de la empresa. En estos casos, el *compliance officer* es quien se encarga de liderar el proceso. También es posible que el TPDD sea realizado por consultoras externas. La elección depende de la complejidad de la operación y los recursos disponibles en la organización.

Implementar el TPDD por medio de consultoras externas no está exento de preocupaciones. A fin de cuentas, el proveedor del servicio de TPDD también es un tercero y deberán examinarse sus credenciales antes de contratarlo. Un factor importante al contratar a este tipo de proveedores es la transparencia, que debe ser lo suficientemente fuerte para entender las fuentes de obtención de información, que en todos los casos deberá ser una fuente lícita. Bajo esta modalidad es conveniente apuntar que existen numerosos proveedores de este servicio especializado.

La licitud de la fuente de información depende del ordenamiento jurídico aplicable. En determinados países la información bancaria es pública, mientras que en otros no. Lo mismo ocurre con la información de las empresas, algunos ordenamientos jurídicos le otorgan carácter abierto o público, mientras que otros son más delicados y se basan en sistemas de carácter cerrado o confidencial.

Es importante dar seguimiento a las fuentes de obtención de la información por parte del proveedor de servicios de TPDD, porque ellos también podrían incurrir en conductas ilícitas. Un ejemplo sería la corrupción en los casos en que el proveedor del servicio esté sobornando a los funcionarios de un registro a cambio de obtener información.

Luego, también es posible una tercera opción en la que el TPDD es producto del esfuerzo conjunto del equipo *in house* y un tercero proveedor de estos servicios. Este proceso debe ser liderado por una persona que (i) siga estrictamente el protocolo establecido, (ii) sea objetiva y transparente ante cualquier escenario, (iii) esté orientada al detalle y evite la utilización automática de formularios, (iv) sea capaz de cumplir con el deber de confidencialidad, (v) sea eficiente y dinámica al momento de impulsar el avance del proceso y (vi) tenga la capacidad de ofrecer a todos los potenciales contratistas un trato justo y equitativo. Este último atributo tiene especial importancia en los procesos de licitación, pero debe ser uniforme en todo momento.

## 7. *¿Cuándo se realiza el Third Party Due Diligence?*

El TPDD debe realizarse en momentos clave, como antes de establecer una relación contractual con un tercero, durante procesos de renovación de contratos o cuando surgen indicios de riesgos específicos relacionados con la conducta de un socio comercial. La primera vía para determinar el momento a partir del cual se implementará la política del TPDD consiste en establecer un término a partir del cual todas las nuevas contrataciones serán sometidas a esta investigación.

En este caso, las contrataciones que ya se hubieren celebrado podrán ser examinadas progresivamente en atención a la calificación del riesgo de cada una de ellas. En este punto se pone de relieve la importancia de contar con un programa de *compliance* que permita a la

empresa tener conciencia respecto de los riesgos que merecen mayor atención para ser mitigados.

Por ejemplo, si el riesgo que se quiere mitigar es la corrupción, entonces la empresa deberá identificar las áreas internas que sostienen vínculos con funcionarios del gobierno, como lo sería, los departamentos de impuestos, asuntos legales o asuntos institucionales. Una vez identificadas estas áreas deberá determinarse quiénes son sus proveedores y a cada uno de ellos se les realizará el TPDD. Esta forma de implementación es inteligente porque con el tiempo y la práctica se facilitarán los procedimientos.

## **8. *¿Cómo se realiza el Third Party Due Diligence?***

La primera fase es la recopilación de datos que usualmente, dependiendo del nivel de *screening*, inicia mediante el envío de un cuestionario al tercero. Posteriormente se recibirán las respuestas del potencial proveedor, que estará acompañada de documentación que se le habrá solicitado además de sus respuestas. Esta fase requiere un gran nivel de atención al detalle, organización y disciplina. Desde un punto de vista práctico lo ideal es tener un *checklist* que permita controlar la información que se ha recibido y la que no.

La implementación efectiva del TPDD, depende en gran medida de la participación activa y colaborativa del tercero involucrado. Este principio básico se fundamenta en la necesidad de obtener información completa, verificada y relevante que permita a la empresa evaluadora identificar riesgos inherentes a la relación comercial proyectada. La ausencia de colaboración por parte del tercero no solo dificulta el cumplimiento del propósito del TPDD, sino que también constituye, en muchos casos, una señal de alerta significativa (*red flag*) que debe ser cuidadosamente evaluada.

El TPDD no es un procedimiento unilateral, por lo que requiere un intercambio continuo de información entre la empresa que realiza la evaluación y el tercero sujeto al análisis. La participación del tercero se materializa a través de diversas acciones clave, como provisión de información detallada, respuesta a cuestionarios, permitir el acceso a documentos clave y colaborar participando en las entrevistas que hagan falta.

Cuando el tercero se rehúsa a participar o limita el acceso a información clave, se activa una *red flag* que debe ser considerada con seriedad. Las razones detrás de esta falta de colaboración pueden ser diversas y es responsabilidad de la empresa evaluadora investigar las posibles causas y sus implicaciones:

- i. **Ocultamiento deliberado:** La negativa a compartir información puede ser un intento de ocultar irregularidades financieras, legales o reputacionales.
- ii. **Falta de capacidades internas:** En algunos casos, la resistencia puede ser resultado de una falta de recursos o competencias internas para cumplir con los requisitos del TPDD. Aunque menos grave que el ocultamiento deliberado, esta situación también plantea riesgos operativos y de cumplimiento que deben ser evaluados.
- iii. **Cultura corporativa deficiente:** La falta de colaboración puede reflejar una cultura organizacional que no valora la transparencia, el cumplimiento normativo o la gestión

responsable. Este tipo de cultura es incompatible con los estándares de ética y sostenibilidad que exigen las empresas en sus relaciones con terceros.

La negativa de un tercero a participar activamente en el proceso de TPDD debe ser analizada cuidadosamente, ya que puede tener implicaciones relevantes para la empresa evaluadora, que van desde riesgos reputacionales, riesgos legales y riesgos financieros. Ante la importancia de la colaboración del tercero, las empresas evaluadoras deben adoptar estrategias que fomenten su participación activa y transparente. Algunas buenas prácticas incluyen:

- i. **Comunicación clara y abierta:** Explicar al tercero la importancia del TPDD y cómo este proceso beneficia a ambas partes al establecer una relación contractual sólida y confiable.
- ii. **Garantizar la confidencialidad:** Proporcionar garantías de confidencialidad sobre la información compartida, lo cual puede aumentar la disposición del tercero a colaborar. La confidencialidad suele ser una de las principales preocupaciones de empresas que no estén familiarizada con el proceso de TPDD.
- iii. **Flexibilidad en el proceso:** Adaptar los cuestionarios y requerimientos de documentación a las capacidades del tercero, especialmente si se trata de una empresa pequeña o en mercados emergentes.
- iv. **Tolerancia cero a la opacidad:** Establecer políticas claras que indiquen que la negativa a colaborar puede llevar a la descalificación automática del tercero como socio comercial.

Luego sigue una fase de verificación, que permitirá determinar si se suministró toda la información requerida en la fase de recopilación. En esta fase inicia un análisis más denso sobre las respuestas del tercero y la documentación que proporcionó. Además, se buscará información y documentación adicional en registros públicos. Posteriormente, el proceso continúa en la fase de evaluación de resultados.

En ocasiones será necesario solicitar información adicional sobre cuestiones que puedan generar dudas. La idea es que, ante cualquier supuesto de duda, se sostengan reuniones que puedan funcionar para aclarar lo que no haya resultado directamente de las fases anteriores.

Con base en los resultados la empresa podrá determinar si existen riesgos al contratar con el tercero. En caso de que existan, se podrá tomar la decisión de asumirlos o simplemente no contratar. Si la empresa asume los riesgos, deberá implementar un plan de mitigación y darle el seguimiento correspondiente. En caso de que la conducta persista, será necesario proceder de forma más contundente, por ejemplo, a la terminación del contrato.

De allí la importancia de la técnica empleada en el contrato, particularmente en lo relativo a las causales de terminación. Lo ideal es que el contrato establezca que el incumplimiento del plan de mitigación de riesgo generará la terminación anticipada de la relación contractual, sin derecho a indemnización para la parte que incurra en esta causal. También es crucial que el proceso de TPDD sea realizado atendiendo a las particularidades de

la realidad local, incluso más allá del entorno regulatorio porque en determinados casos es posible que el sistema en el que se desenvuelve el tercero sea disfuncional.

Se recomienda dar seguimiento al comportamiento del tercero y en el caso de que se haya asumido la contratación con riesgos, monitorear el cumplimiento de los planes de mitigación. Esta labor permitirá evaluar con regularidad la eficacia de las medidas implementadas y, en algunos casos, modificarlas en armonía con la nueva realidad producto de la experiencia y la confianza desarrollada en la relación contractual.

Otro aspecto que no debe descuidarse es la rendición de cuentas a la junta directiva de la empresa que ordenó el TPDD, a la que deberán informarse los resultados del proceso, sean negativos o positivos.

### **8.1. Niveles de profundidad del Third Party Due Diligence**

La investigación realizada con ocasión de un TPDD puede tener diversos niveles de profundidad. Bajo esta premisa, se alude a niveles de profundidad básicos, intermedios, avanzados o personalizados. El criterio sobre el nivel de profundidad necesario para cada caso dependerá de la relevancia de la contratación y de los riesgos internos identificados por la empresa.

El nivel básico se aplica a los supuestos de riesgo más bajo, ante los cuales se suele hacer *screening* automatizado de los medios de comunicación, incluyendo redes sociales, mediante una lista de palabras claves. Esta revisión es superficial y sirve para recopilar información pública sobre el tercero, especialmente su reputación en el mercado, su historial financiero o posibles problemas de cumplimiento normativo.

El nivel intermedio es empleado en los casos en que existe un riesgo medio o alto. Se trata de una investigación compleja y completa de registros públicos, por lo que es más difícil automatizar todo el proceso. En consecuencia, existe una participación mayor de capital humano que investiga directamente ante las oficinas públicas, entre ellas el registro mercantil. Los investigadores efectúan un análisis profundo de cuestiones como la estructura empresarial o la evaluación de políticas u procedimientos del tercero. Los resultados del TPDD de nivel intermedio brindarán información sobre la trayectoria del tercero, su reputación, sus propietarios, quienes son sus gerentes, entre otros datos de interés primordial para la potencial contratación.

El nivel avanzado es utilizado en relaciones estratégicas con mayores riesgos inherentes. Este nivel de *screening* no es recomendable para todos los terceros que sean potenciales contratantes. Se trata de un proceso de revisión y análisis exhaustivo, que puede incluir validación de referencias, entrevistas, evaluaciones forenses, evaluaciones de riesgos de seguridad cibernética y evaluaciones de cumplimiento normativo. En este nivel de profundidad es posible pedir el apoyo de técnicos especializados que realicen ciertas labores, como el estudio pormenorizado de los balances de la empresa, entre otros.

Por último, hay un nivel personalizado en el que se requiere información específica sobre el tercero en atención a las características de la potencial relación contractual. Bajo esa premisa, se diseña un análisis específico que funcione para obtener la información necesaria, sin abarcar otros aspectos que podrían carecer de interés en el caso concreto.

Los niveles de profundidad alto y personalizado se adaptan mejor a relaciones a largo plazo, como alianzas estratégicas para proyectos específicos que implican un volumen importante de inversión.

## CONCLUSIONES

La actividad empresarial, aunque indispensable para el desarrollo económico y social, no está exenta de riesgos. La adopción de herramientas como el TPDD refuerza el compromiso de las empresas con la integridad, la sostenibilidad y el cumplimiento normativo. El TPDD se presenta como una solución integral para gestionar riesgos asociados a terceros, contribuyendo a la consolidación de una cultura de cumplimiento robusta y efectiva.

El *due diligence*, como herramienta preventiva y estratégica, permite a las empresas identificar riesgos y garantizar la sostenibilidad de sus operaciones. Más allá de un simple cumplimiento normativo, su implementación contribuye a construir relaciones comerciales sólidas, proteger la reputación empresarial y reforzar el compromiso ético de las organizaciones. Este enfoque no solo es esencial para evitar contingencias legales, sino también para fortalecer la confianza de *shareholders* y *stakeholders* en un entorno empresarial cada vez más exigente.

Cada tipo de *due diligence* desempeña un papel crítico en la gestión de riesgos y la toma de decisiones estratégicas dentro de las transacciones comerciales. La correcta implementación de estos análisis permite no solo garantizar el cumplimiento normativo, sino también maximizar el valor y la sostenibilidad de las relaciones comerciales. Entre ellos, el TPDD destaca por su capacidad para proteger a las empresas de riesgos externos y preservar su reputación en un entorno empresarial dinámico y altamente regulado.

El TPDD es un tipo especializado de *due diligence* que se distingue por su enfoque exclusivo en terceros. Su relevancia radica en su capacidad para prevenir riesgos asociados a las relaciones externas de la empresa, contribuyendo a la protección de su reputación y sostenibilidad. En un entorno empresarial cada vez más regulado y globalizado, el TPDD no solo es un componente estratégico en la gestión de riesgos, sino también una herramienta clave para garantizar el cumplimiento normativo y ético en las relaciones comerciales.

La participación activa del tercero es un componente esencial para el éxito del TPDD. Sin esta colaboración, las empresas evaluadoras no pueden recopilar la información necesaria para tomar decisiones fundamentadas, lo que pone en riesgo la integridad y viabilidad de las relaciones contractuales. Por el contrario, la disposición del tercero a proporcionar información de manera oportuna, completa y transparente no solo facilita el proceso de evaluación, sino que también es un indicador de su compromiso con la ética, la transparencia y el cumplimiento normativo.

En última instancia, la falta de colaboración debe ser interpretada como una *red flag* que exige un análisis exhaustivo y, en muchos casos, podría justificar la interrupción del proceso de TPDD. En un entorno empresarial donde la reputación y la sostenibilidad son elementos críticos, el establecimiento de relaciones comerciales con terceros que no valoran la transparencia representa un riesgo que ninguna empresa responsable debería asumir.

El TPDD es una herramienta integral que no solo mitiga riesgos inherentes a las relaciones con terceros, sino que también contribuye a fortalecer la sostenibilidad, la reputación y la competitividad de las empresas, aportando valor en un entorno cada vez más regulado y exigente. Su implementación proactiva refuerza el compromiso corporativo con la transparencia y la ética, proporcionando un marco sólido para la toma de decisiones estratégicas y la protección de los intereses empresariales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Castagnino, Diego Tomás, “Acuerdos preliminares al contrato de franquicia”, Libro Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho. (Caracas: 2012).

Krajewski, Markus, Tonstad, Kristel y Wohltmann, Franziska, “Mandatory Human Rights *Due diligence* in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6:3 (2021): <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.43>.

Nolan, Justine, “Chasing the next shiny thing: Can human rights *due diligence* effectively address labour exploitation in global fashion supply chains?”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 11(2) (2022): 1-14. <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.2398>.

Spedding, Linda. *Due Diligence and Corporate Governance* (Reino Unido: LexisNexis Publishers, 2004), 3.

Tucher, Max, Blohmke, Julian y Paul, Sophie Katharina, “Re-thinking *Due diligence* – ESG impact on M&A. Shedding light on the increasing role of ESG in real estate M&A deals”, *ESG Real Estate Insights* (2021): 3. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ce/Documents/real-estate-pdf/ce-ESG-Real-Estate-Insights-2021-Article-6.pdf>.

Villegas Ruiz, Jesús. *Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022.

En la etapa de redacción, se emplearon herramientas digitales para revisar la gramática y la claridad del texto, así como para explorar enfoques preliminares relacionados con el problema de investigación

# ***El principio de la buena fe y su relación obligatoria con la teoría del contrato: especial referencia a los contratos deportivos***

**Daniel Pérez Pereda\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 54-66

**Resumen:** Este estudio analiza el principio de la buena fe y su relación con la teoría del contrato y el Derecho de obligaciones, especialmente en materia de contratos deportivos de fútbol profesional como una disciplina que tiene un marcado impacto en la sociedad, que trasciende los confines del entretenimiento y tiene consecuencias a nivel empresarial, financiero, cultural y político. Asimismo, se examina la regulación de estos contratos por parte de la FIFA que, como órgano rector, actualiza constantemente sus normativas para adaptarse a las realidades prácticas contemporáneas y a las controversias que surgen en el ámbito deportivo.

**Palabras clave:** Buena fe; contratos deportivos; teoría del contrato.

***The Principle of Good Faith and Its Mandatory Relationship with Contract Theory: Special Reference to Sports Contracts***

**Abstract:** *This study analyzes the principle of good faith and its relationship with contract theory and the law of obligations, especially regarding professional football sports contracts as a discipline that has a significant impact on society, transcending the confines of entertainment and having consequences at the business, financial, cultural, and political levels. It also examines the regulation of these contracts by FIFA, which, as the governing body, constantly updates its regulations to adapt to contemporary practical realities and the disputes that arise in the sports field.*

**Keywords:** *Good faith; sports contracts; contract theory.*

**Recibido:** 15/11/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Tesorero de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email: [danielperezpereda@gmail.com](mailto:danielperezpereda@gmail.com)

# *El principio de la buena fe y su relación obligatoria con la teoría del contrato: especial referencia a los contratos deportivos*

Daniel Pérez Pereda\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 54-66

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. La buena fe. 2. Presencia de la buena fe en el Derecho de obligaciones. 3. Naturaleza de la actividad deportiva. 4. El contrato de trabajo deportivo. 5. Forma del contrato. 6. El principio de la buena fe a la luz del fair play. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

Partiendo de la premisa de que las instituciones jurídicas están íntimamente relacionadas con los eventos sociológicos y que estos a su vez inciden sobre lo jurídico, entendemos así, la relación obligatoria que tiene el principio de la buena fe con la teoría del contrato y más aún con el derecho de obligaciones, eje central de este trabajo y en el que buscaremos establecer los nexos entre estos conceptos desde lo sociológico y lo jurídico, tomando como referencia los contratos deportivos, específicamente en el fútbol profesional, disciplina deportiva que tiene un alto impacto en la sociedad y que, desde el punto de vista contractual presenta una interesante dinámica en su regulación por parte de su órgano rector, la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA), la cual realiza una revisión constante a su normativa, en función de las situaciones prácticas que se presentan en la ejecución de los contratos y en las distintas controversias que se ventilan en el fuero deportivo.

### *1. La buena fe*

La buena fe se define como un concepto jurídico indeterminado, que como establece Domínguez Guillen, “pareciera ser una idea prestada al Derecho por la Ética, afirmándose acertadamente que la buena fe es una de esas nociones sobre la cual todo el mundo tiene una idea, pero pocos la pueden definir o conceptualizar”.<sup>1</sup>

---

\* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Tesorero de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email: [danielperezpereda@gmail.com](mailto:danielperezpereda@gmail.com)

<sup>1</sup> María C. Domínguez, “Buena fe y relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 11 (2018): 19-20.

Se puede inferir que, el concepto de buena fe desde su concepción histórica, nace de lo que conceptuamos como derecho natural y luego es asimilado por el derecho positivo transformándolo en una norma. En palabras de Guerrero Briceño: “El Derecho los recepta, primero, llamándolos «Derecho natural» -los Mandamientos de la Ley Mosaica– y luego, los transfiere al Derecho positivo, recogiénolos en norma expresa, lo que aquí se llama «conceptualización»”.<sup>2</sup>

## ***2. Presencia de la buena fe en el Derecho de Obligaciones***

Actuar correctamente es hacerlo de acuerdo a la buena fe y contractualmente debe traducirse en un actuar de acuerdo a lo pactado, por lo que en el Derecho de obligaciones y más específicamente la ejecución de un contrato, es perfectamente determinable el correcto actuar de las partes contratantes cuando en la ejecución de sus recíprocas obligaciones, todos actúen de acuerdo a lo pactado.

Al presentarse una controversia en la ejecución del contrato, no debe presumirse que dicha controversia viene sobrevenida de un actuar de mala fe por parte de la parte a la que se le reclame por no haber actuado según lo establecido, existen causales diferenciadoras al incumplimiento que pueden establecerse como, por ejemplo, el caso fortuito o la fuerza mayor.

En la base contractual la ejecución del contrato debe contemplar una serie de recíprocos deberes por parte de las partes, siendo así, lealtad en la ejecución, cooperación, abstención de terminaciones abusivas, la obligación de seguridad y la cooperación en las restituciones que surgen de la terminación del contrato.

## ***3. Naturaleza de la actividad deportiva***

Dentro de la regulación existente en los distintos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, específicamente en relación a las condiciones de carácter contractual deportivo, resulta común apreciar una tendencia unificadora de dichas relaciones, las cuales van más allá del propio derecho interno de cada país y dada su especificidad ha ido tomando una tendencia armonizadora de las relaciones jurídicas de los sujetos que intervienen en las distintas disciplinas deportivas, a nivel de deportes individuales y de conjunto, de carácter amateur y profesional, siendo los casos más destacados el fútbol, el béisbol, el baloncesto y el tenis.

Al momento de analizar la forma en que se encuentra regulado el fútbol profesional a nivel mundial, es recurrente encontrar normativas externas en su mayoría de sujeción obligatoria a sus miembros, normas que vienen dictadas por una asociación civil de derecho privado sujeta al derecho suizo, quien a través de sus órganos de decisión establece las pautas que regulan la

---

<sup>2</sup> Fernando Guerrero, “La buena fe y la doctrina de los actos propios. Una mirada en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 11 (2018): 145.

actividad del fútbol; la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA)<sup>3</sup>, ente rector del fútbol organizado a nivel mundial.

Dentro de esa sujeción a la normativa dictada por la FIFA encontramos que sus Federaciones miembros tienen la obligación de someter cualquier controversia derivada de las relaciones entre las personas intervinientes en el fútbol profesional a un tribunal de arbitraje independiente para diferir las disputas de carácter contractual, debiendo abstenerse de acudir a la vía jurisdiccional ordinaria., solo en los casos que la FIFA expresamente lo contemple en sus reglamentos.<sup>4</sup>

Asimismo, es frecuente encontrar en los distintos contratos deportivos el reconocimiento a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), donde fundamentados en los Estatutos de la FIFA, no solo acatan la jurisdicción y decisiones del TAS sino que derivan los procedimientos de apelación a la competencia de éste, siendo que, los laudos o sentencias dictados no alcanzan fuerza de cosa juzgada y pueden ser revisados e inclusive presentados como una nueva causa a través del principio *ex novo*, reconocido por el TAS. Esta particularidad no es común en los procedimientos arbitrales, ni en la teoría contractual, destacamos así, dos elementos en las formas del contrato deportivo, el sometimiento a una normativa de derecho privado, pero no contraria con los principios del derecho común y prescindencia del uso de la jurisdicción ordinaria, contemplando la figura de un juez natural que dirima todos los conflictos propios de la actividad, especialmente en las controversias de carácter contractual en materia deportiva, de allí su especial referencia<sup>5</sup>.

Este elemento particular configura una renuncia a la jurisdicción judicial, situación que es reconocida y aceptada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 253, reconociéndose así que los medios alternativos para la solución de conflictos constituyen parte del sistema de justicia, criterio también acogido y desarrollado vía jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>6</sup>.

#### ***4. El contrato de trabajo deportivo***

Al igual que el resto de las relaciones de carácter laboral, el mundo del deporte no escapa de alguna forma de las regulaciones propias de la legislación interna que rigen en cada país, de allí que se tome el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el principio de buena fe para permitir que los particulares dicten las condiciones que regirán su relación de trabajo.

En el ámbito del fútbol profesional la FIFA a través del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores<sup>7</sup>, se establecen de forma general los principios generales que deben regular las relaciones contractuales entre el jugador y la entidad deportiva, con lo cual es muy

---

<sup>3</sup> Federación Internacional de Fútbol Asociado, FIFA. Institución fundada el 21 de mayo de 1904 en Zurich, Suiza, cuya función principal es la gobernanza de las distintas federaciones de fútbol afiliadas a nivel mundial; actualmente cuenta con 211 miembros.

<sup>4</sup> Artículo 51, numeral 2. Estatuto de la Federación Internacional de Fútbol Asociado, aprobado el 16 de julio de 2024.

<sup>5</sup> Artículo 51, numeral 3. Estatuto de la Federación Internacional de Fútbol Asociado, aprobado el 16 de julio de 2024

<sup>6</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1067 del 3 de noviembre de 2010.

<sup>7</sup> Aprobado por el Comité Ejecutivo de la FIFA en Zurich, Suiza, el 31 de mayo de 2024.

debatida la forma como a través de un Reglamento dictado por una institución de derecho privado ajeno a cualquier organismo público con competencia jurisdiccional se pretendan imponer las formas en que las partes deben no solo configurar los términos de sus relaciones contractuales sino también las formas en que sus disputas serán dirimidas, a su vez, por un órgano ajeno al sistema de justicia de cada nación.

La doctrina en materia de derecho deportivo ha sido bastante consecuente con determinar la forma en que FIFA aborda el tema de los términos en que las partes deben establecer las condiciones mínimas para contratar, dejando en evidencia que esas estipulaciones no invaden ni la esfera del derecho laboral, toda vez que establece expresamente que se deben respetar las normas de derecho interno en materia laboral de cada país, así como tampoco el principio de la buena fe o la voluntad de las partes, únicamente se busca armonizar en aspectos más relacionados con la forma en que el deportista y el club deben adecuarse a las normas de funcionamiento de la actividad del fútbol y acogerse a parámetros muy específicos en cuanto a la forma de ejecución del contrato.

### ***5. Forma del contrato***

Dentro de las particularidades que pueden definir la actividad del deportista podemos comenzar con acotar lo que corresponde al tiempo estimado de duración de la carrera del deportista, esto como principal característica para de alguna manera ir contra el principio que establece que el contrato de trabajo en general debe ser celebrado por tiempo indeterminado, yendo así contra el principio de expectativa de continuidad de la relación de trabajo.

Como punto en común entre la legislación y el mencionado Reglamento sobre Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA tenemos la aplicación del principio de onerosidad del trabajo, con lo cual se establece la retribución económica por la prestación de un servicio y de allí la obligación de realizar el pago de una remuneración.

Los puntos particulares que definen la relación contractual del jugador y el club, tal como lo hemos mencionado, serán acordados entre las partes, pudiendo las Federaciones Nacionales establecer formatos con determinaciones específicas en cuanto a los requisitos que deben contener los contratos, pero no necesariamente su contenido, de allí que queda a libertad de las partes determinar el monto de la remuneración, la forma en que se realizarán los pagos, el tiempo de duración de la relación contractual, la forma en que podrá rescindirse la relación contractual, así como las remuneraciones o primas por el desempeño del deportista durante la ejecución del contrato.

Durante la ejecución de los contratos deportivos es importante hacer mención a la posibilidad que tiene el club de ceder los derechos deportivos del jugador, con lo cual es imperativo contar con la anuencia del jugador para que se materialice dicha cesión de los derechos del jugador, siendo en algunos casos necesaria la intervención de FIFA, toda vez que pareciese tomarse al jugador como una prenda que se comercializa en un mercado lo cual desdice un poco la condición del ser humano y lo asume como un activo mueble del club.

Todos los contratos deportivos en el ámbito del fútbol deberán contener una cláusula donde aceptan someterse a la jurisdicción de las Cámaras de Resolución de Disputas de cada país para atender en primer término las disputas de los jugadores nacionales; mientras que, en el caso de los jugadores extranjeros, dichas controversias serán sometidas ante la Cámara de Resolución de Disputas de FIFA, atendiendo así a los principios de equidad e imparcialidad.

## ***6. El principio de la buena fe a la luz del fair play***

La influencia del principio de la buena fe en el derecho deportivo viene dada por una intrínseca relación de éste con el derecho laboral, de allí su naturaleza y la consideración que ha tenido el legislador al momento de consagrar esa relación del deportista con su club como una relación profesional con condiciones y tratamiento especial, el cual en muchos países ha tomado una jurisdicción con cierta autonomía, pero sin prescindir del todo con las normas en materia laboral.

Bien es sabido que en las distintas disciplinas deportivas el carácter contractual viene determinado por la naturaleza propia de la actividad que se va a realizar y es por ello que no pueden tomarse *per se* las estipulaciones normativas que tiene una relación laboral común; el efecto de la buena fe aparece plasmado desde la etapa precontractual y en materia deportiva desde la evaluación de las condiciones físicas del deportista al momento de pretender prestar sus servicios como atleta de alta competencia, lo cual requiere de aptitudes especiales, un estado físico acorde con la exigencia propia de la actividad, así como la calidad de vida que lleve, lo cual es uno de los puntos hoy en día más considerados por las organizaciones deportivas al momento de evaluar la capacidad de rendimiento que tenga el atleta.

A la hora de analizar el efecto de la buena fe en el desarrollo del contrato de trabajo del deportista profesional ese contenido ético-jurídico va tomando una relevancia a veces hasta mayor que la de un contrato laboral común, todo el entramado que se involucra en el mundo del deporte pone de manifiesto la necesidad de un obrar conforme a la intención y al propósito que las partes han debido tener al momento de contratar, ya que de ello se determinarán las obligaciones que se emanarán de su convención.<sup>8</sup>

El carácter consensual existente en el contrato de trabajo es otro rasgo en el que la buena fe se manifiesta, especialmente en lo relacionado a los múltiples derechos y obligaciones que no están expresamente contenidas en el acuerdo contractual de trabajo pero que para su interpretación e integración son necesarios, ya que ellos son el elemento esencial para hacer práctico su contenido; la buena fe profundiza en el contrato de trabajo y en la relación que se establece, debido a que este hecho entre las partes genera una situación de confianza en relación con el acuerdo contractual, pero sometido en primer lugar a lo pactado por las partes sin caer en extralimitaciones en su regulación a menos que se evidencie un no obrar de buena fe por alguna de las partes contratantes y que éste vaya en detrimento del otro.

---

<sup>8</sup> María Cristina Gajardo, “Buena fe y derecho del trabajo”, *Revista Chilena del Trabajo y la Seguridad Social*, vol. 1, n.º 2 (2010): 16.

Cuando hablamos del carácter consensual del contrato de trabajo del deportista se hace mención a una serie de normativas y regulaciones que no estaban contenidas o no constaban por escrito pero que de todas formas serán vinculantes para las partes, principalmente por esa aplicación práctica que ellas hacen de su contenido, lo cual en materia laboral se conoce como cláusula tácita de los contratos de trabajo y que es frecuente encontrarlas, sin necesidad que las mismas sean consideradas una extralimitación a lo que las partes quisieron establecer en su manifestación de voluntad, sino que debemos verla más como la finalidad de darle una función integradora e interpretativa a lo pactado.

Es importante acotar que la legislación laboral en nuestro país, desde el punto de vista normativo tiene un ánimo pro arbitraje, consagrado en los artículos 465, 476 480, 482 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras<sup>9</sup> y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo<sup>10</sup> en los artículos 6, 29, 135,138 y siguientes.

El poner límites a la función del empleador no puede ser visto como una presunción de su mala fe, pero si tomamos que la naturaleza de la relación laboral estudiada tiene características diferenciadoras, no es menos cierto que, aunque se trate de una relación muy especial, el deportista trabajador está al igual que el trabajador común bajo una sumisión frente al empleador, con lo cual se busca dejar sentado y sin necesidad de establecerlo, el respeto a las garantías constitucionales y legales que deben garantizarse como derecho humano inherente a la persona en el cumplimiento de sus obligaciones.

En los contratos de trabajo del deportista resulta de vital importancia estudiar una característica que hace evidenciar de manera muy marcada el principio de la buena fe y que la FIFA denomina *fair play*, que se presenta como un estándar internacional, puesto que se ha señalado que el *fair play* es un concepto mundialmente entendido, y que se presenta como un elemento esencial del deporte, llegando a convertirse en una filosofía más general de respeto por los demás y por las reglas, ya sea en el ámbito deportivo o en el de los negocios.<sup>11</sup>

El *fair play* es el aspecto característico y medular que tiene el presente trabajo luego de haber tomado en consideración las características generales de la actividad deportiva, la condición del deportista según la forma bajo la cual realiza la actividad, así como la intrínseca relación que tiene los contratos deportivos con el derecho laboral, para así llegar al punto diferenciador, el cual corresponde analizar en razón de las formas de rescisión de los contratos deportivos, los cuales son determinados por la FIFA en el ya citado Estatuto del Jugador, en el cual se definen las formas de rescisión por causa deportiva justificada y por causa deportiva injustificada.

La naturaleza del contrato es su cumplimiento y la forma en que se puede rescindir va a ser determinada por su finalización o por la voluntad de ambas partes de darlo por terminado; pues

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.076, 7 de mayo de 2012.

<sup>10</sup> Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504, 13 de agosto de 2002.

<sup>11</sup> Roland Renson y Francisco Ferrara, “Fair play: sus orígenes y significados en el deporte y la sociedad”, *Citius, Altius, Fortius*, vol. 12, n.º 1 (2019): 2.

bien, en materia deportiva resulta recurrente la terminación de los contratos de manera anticipada, no siendo siempre de común acuerdo, es de allí que pudiésemos decir que se estaría contrariando la buena fe de las partes, las cuales al momento de contratar establecieron una duración al tiempo de prestación de servicios del deportista, situación ésta que se manifiesta regularmente en las cláusulas de rescisión en el fútbol profesional, que comprenden como medio de indemnización al club que dejaría de contar con los servicios del jugador, un elemento compensatorio para así dar por concluida la relación contractual sin someterse a las sanciones disciplinarias previstas por incumplimiento unilateral del contrato; generalmente en estos casos siempre está implicado un tercero, el cual tiene un actuar de mala fe, al buscar la contratación del jugador haciéndole renunciar a su contrato vigente.

Siguiendo en la línea de la rescisión de los contratos sin causa justificada y a modo de ejemplo tenemos el caso de Neymar y la millonaria cláusula de rescisión que tenía pactada con el Barcelona Fútbol Club, la cual fue pagada por el PSG francés, con lo cual la *pacta sunt servanda* quedó en un segundo plano por una condición meramente económica.

Para la FIFA las condiciones contractuales deben conducir a un juego limpio en todo lo que conlleve la ejecución del contrato, por ello la protección a los períodos en que un contrato puede ser rescindido, el establecimiento de sanciones disciplinarias contra el jugador que renuncia a un contrato sin justa causa, la del club que incumple con sus obligaciones, principalmente económicas, y, por último, la del club que incita a un jugador a renunciar a su contrato.

Estos aspectos pueden ser considerados como cónsonos o concordantes con los principios europeos de los contratos, particularmente en lo referido por una parte a la seguridad contractual, y por otra, a las negociaciones contrarias al principio de la buena fe, que postulan lo siguiente:

A) La Seguridad contractual:

el hecho de que a cada una de las partes le correspondan una serie de obligaciones derivadas de la lealtad contractual (esto es, el deber de actuar de buena fe, cooperar cuando sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones, evitar actuar de forma incoherente respecto a declaraciones realizadas o a la conducta previa en la que la otra parte ha confiado) (...) Tal y como reconocen los *Principes directeurs*, la seguridad contractual de una de las partes se beneficia por la obligación de la otra de actuar de buena fe. La otra cara de la moneda es que la persona que debe actuar de buena fe, un concepto en sí poco preciso, puede albergar un sentimiento de inseguridad e incertidumbre.<sup>12</sup>

B) Las negociaciones contrarias al principio de buena fe contractual:

(1) Todas las personas tienen libertad para negociar y no se deriva responsabilidad alguna por el hecho de no llegar a un acuerdo.

(2) La persona que ha entrado en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con el principio de buena fe contractual y de no romper las negociaciones contraviniendo ese principio. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato.

(3) Aquella persona que incumpla este deber responderá por cualesquiera daños ocasionados a la otra parte.

(4) Concretamente, es contrario al principio de buena fe contractual que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Carmen Jerez Delgado, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 40.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 85.

Ahora bien, en este punto se puede inferir que la relación existente entre la buena fe y el *fair play*, se manifiesta como un elemento de carácter ético, como ha sostenido la doctrina consultada, basado en un modelo de *fair play* que se identifica con el respeto por el juego, pero también, con la atención y mutuo respeto por los participantes, que se concreta jurídicamente en el compromiso con la que se asumen las obligaciones contractuales, y más allá, abarcando principios socialmente compartidos como la dignidad humana, la justicia, la igualdad, el respeto, la tolerancia y la responsabilidad.<sup>14</sup>

El capítulo IV sobre estabilidad contractual entre jugadores profesionales y clubes del Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores en sus artículos 14, 14 bis, 15, 16, 17 y 18 es el sustrato que sirve de telón de fondo como medio para que cada Federación Nacional, a través de su respectiva Cámara de Resolución de Disputas pasen a resolver los distintos casos de interpretación contractual según el caso, siendo los más frecuentes los de rescisión, por lo cual resulta importante su contenido para determinar cada uno de los supuestos:

#### **IV. Estabilidad contractual entre jugadores profesionales y clubes:**

##### **14 Rescisión de contratos por causa justificada.**

En el caso de que exista una causa justificada, cualquier parte puede rescindir un contrato sin ningún tipo de consecuencias (pago de una indemnización o imposición de sanciones deportivas).

14bis. Rescisión de contratos

##### **15 Rescisión de contratos por causa deportiva justificada.**

Un jugador profesional que en el transcurso de una temporada participe en menos del 10% de los partidos oficiales disputados por su club puede rescindir prematuramente su contrato argumentando causa deportiva justificada. En el examen de estos casos, se considerarán debidamente las circunstancias del jugador. La existencia de una causa deportiva justificada se establecerá individualmente en cada caso.

En tal caso, no se impondrán sanciones deportivas, aunque podrá exigirse indemnización. Un jugador profesional podrá rescindir su contrato sobre esta base en los 15 días siguientes a su último partido oficial de la temporada con el club en el que está inscrito.

##### **16 Restricción de rescisión de contratos durante la temporada.**

Un contrato no puede rescindirse unilateralmente en el transcurso de una temporada.

##### **17 Consecuencias de la ruptura de contratos sin causa justificada.**

Se aplicarán las siguientes disposiciones siempre que un contrato se rescinda sin causa justificada:

1. En todos los casos, la parte que rescinde el contrato se obliga a pagar una indemnización. Bajo reserva de las disposiciones sobre la indemnización por formación del art. 20 y el anexo 4, y salvo que no se estipule lo contrario en el contrato, la indemnización por incumplimiento se calculará considerando la legislación nacional, las características del deporte y otros criterios objetivos. Estos criterios deberán incluir, en particular, la remuneración y otros beneficios que se adeuden al jugador conforme al contrato vigente o al nuevo contrato, el tiempo contractual restante, hasta un máximo de cinco años, las cuotas y los gastos desembolsados por el club anterior (amortizados a lo largo del periodo de vigencia del contrato), así como la cuestión de si la rescisión del contrato se produce en un periodo protegido.

---

<sup>14</sup> Oscar Chiva-Bartoll, “Los valores educativos del deporte: el fair-play como ética cívica”, *Utopía y Praxis Latinoamericana Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, año 24, n.º 87 (2019): 93.

2. El derecho a una indemnización no puede cederse a terceros. Si un jugador profesional debe pagar una indemnización, él mismo y su nuevo club tienen la obligación conjunta de efectuar el pago. El monto puede estipularse en el contrato o acordarse entre las partes.

3. Además de la obligación de pago de una indemnización, deberán imponerse sanciones deportivas a un jugador que rescinda un contrato durante el periodo protegido. La sanción consistirá en una restricción de cuatro meses en su elegibilidad para jugar en cualquier partido oficial. En el caso de circunstancias agravantes, la restricción será de seis meses.

Estas sanciones deportivas entrarán en vigor inmediatamente después de que se haya notificado la decisión al jugador. Dichas sanciones deportivas quedarán suspendidas durante el periodo comprendido entre el último partido oficial de la temporada y el primer partido oficial de la siguiente temporada, incluidos en ambos casos las copas nacionales y los campeonatos internacionales de clubes. No obstante, dicha suspensión de las sanciones deportivas no se aplicará si el jugador es miembro habitual del equipo representativo de la asociación que es elegible para representar, y la asociación en cuestión participa en la competición final de un torneo internacional durante el periodo entre el último y el primer partido de la temporada. El incumplimiento unilateral sin causa justificada o causa deportiva justificada tras el periodo protegido no implicará sanciones deportivas. Fuera del periodo protegido podrán imponerse medidas disciplinarias si la rescisión no se notifica con la debida antelación dentro de los quince días siguientes al último partido oficial de la temporada (incluyendo las copas nacionales) con el club en el que está registrado el jugador. El periodo protegido comienza de nuevo cuando, al renovar el contrato, se extiende la duración del contrato previo.

4. Además de la obligación de pago de una indemnización, deberán imponerse sanciones deportivas al club que rescinda un contrato durante el periodo protegido, o que haya inducido a la rescisión de un contrato. Debesuponerse, a menos que se demuestre lo contrario, que cualquier club que firma un contrato con un jugador profesional que haya rescindido su contrato sin causa justificada ha inducido al jugador profesional a la rescisión del contrato. La sanción consistirá en prohibir al club la inscripción de nuevos jugadores, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, durante dos periodos de inscripción completos y consecutivos. El club podrá inscribir nuevos jugadores, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, solo a partir del próximo periodo de inscripción posterior al cumplimiento íntegro de la sanción deportiva respectiva. En particular, el club no podrá hacer uso de la excepción ni de las medidas provisionales establecidas en el art. 6, apdo. 1 del presente reglamento con el fin de anticipadamente inscribir a nuevos jugadores.

5. Se sancionará a toda persona sujeta a los Estatutos y reglamentos de la FIFA que actúe de cualquier forma que induzca a la rescisión de un contrato entre un jugador profesional y un club con la finalidad de facilitar la transferencia del jugador.

### **18. Disposiciones especiales relacionadas con los contratos entre jugadores profesionales y clubes**

1. De conformidad con el Reglamento de la FIFA sobre Agentes de Fútbol, en los contratos de trabajo que se formalicen tras la prestación de los servicios del agente de fútbol deberán figurar el nombre del agente, su cliente, su número de licencia de la FIFA y su firma

2. La duración mínima de un contrato será a partir de la fecha de inscripción al final de la temporada; la duración máxima será de cinco años. Cualquier otro contrato de una duración distinta se permitirá solamente si se ajusta a la legislación nacional. Los jugadores menores de 18 años no pueden firmar un contrato de profesionales de una duración mayor de tres años. No se aceptará cualquier cláusula de un periodo mayor.

3. Un club que desee concertar un contrato con un jugador profesional debe comunicar por escrito su intención al club del jugador antes de iniciar las negociaciones con el jugador. Un jugador profesional tendrá la libertad de firmar un contrato con otro club si su contrato con el club actual ha vencido o vencerá dentro de un plazo de seis meses. Cualquier violación de esta disposición estará sujeta a las sanciones pertinentes.

4. La validez de un contrato no puede supeditarse a los resultados positivos de un examen médico o a la concesión de un permiso de trabajo.

5. Si un jugador profesional concierta más de un contrato para el mismo periodo, se aplicarán las disposiciones del capítulo IV.

6. Las cláusulas contractuales que concedan al club un plazo adicional para pagar al jugador profesional las cantidades vencidas según lo estipulado en el contrato (los llamados «periodos de gracia») no serán reconocidas. No obstante, los periodos de gracia contenidos en los acuerdos colectivos negociados de forma válida por representantes de empleadores y empleados en el ámbito nacional de conformidad con la legislación nacional serán jurídicamente vinculantes y reconocidos. Los contratos ya existentes en el momento de entrada en vigor de esta disposición no se verán afectados por la presente prohibición.

7. Las jugadoras tienen derecho a disfrutar de la baja por maternidad, del permiso por adopción y del permiso parental durante el periodo de vigencia de su contrato; percibirán dos terceras partes del salario que estipule el contrato. Si un convenio colectivo negociado de forma válida incluye disposiciones relacionadas con la baja por maternidad, el permiso por adopción y/o el permiso parental, las disposiciones correspondientes del convenio colectivo prevalecerán frente a este reglamento. Si no existe un acuerdo colectivo, pero la legislación nacional ofrece condiciones más favorables, dichas condiciones favorables prevalecerán frente a este reglamento.

Del análisis de las normas transcritas podemos observar la necesidad de mantener un control práctico de la estabilidad contractual, ya que el funcionamiento del fútbol profesional tiene particularidades propias de la actividad, como el establecimiento de períodos de inscripción de jugadores, el límite de cupos para jugadores extranjeros, el cupo máximo de jugadores por categoría, todas características de carácter técnico que deben ser bien definidas para no generar conflicto con normativas internas en materia laboral de cada país miembro de la FIFA, esta última reforma del RETJ, presenta una novedad, bastante debatida en función del auge del fútbol femenino a nivel profesional, y que va en concordancia con esa constante revisión que realiza la FIFA a su normativa, en este caso, con la incorporación del disfrute por la baja de maternidad, dando así una estabilidad contractual que no existía hasta el momento.

Ninguna otra disciplina deportiva en el mundo contempla tantas regulaciones, particularidades y estructura como el fútbol profesional, por algo es el denominado deporte rey, ya que, es la actividad deportiva más masificada a nivel mundial y con mayor impacto económico no solo a nivel deportivo si no a nivel empresarial, financiero, cultural y político.

## **CONCLUSIONES**

Del estudio realizado a la normativa que rige la actividad deportiva, específicamente en el ámbito del fútbol profesional, hemos podido plasmar como basado en el principio de la buena fe, se asientan las bases para su protección, aunque visto solo desde la perspectiva de las relaciones contractuales, no obstante, hay otras áreas del fútbol, tanto profesional como aficionado, donde se puede observar, incluso de manera más evidente, la existencia de la buena fe y la forma en que esta se encuentra regulada, especialmente en materia disciplinaria a través de códigos de ética y disciplinarios, en el cual se plasman las reglas de juego, condiciones de la competencia, estableciéndose así los límites para el resguardo del juego limpio.

La doctrina en materia deportiva ha profundizado el debate sobre las diversas regulaciones dictadas por la FIFA, considerando una parte de ella que la misma es tendiente a limitar cada vez de manera más recurrente, al principio de la voluntad de las partes al momento de establecer las condiciones de contratación, lo cual desde la perspectiva del gremio que agrupa a los futbolistas profesionales, FIFPRO, solo busca la protección de los derechos del jugador frente a las

imposiciones de los clubes en diversas materias entre las que destacan la cesión de derechos a terceros, lo cual fue tomado por los impulsores de la prohibición como una normativa que evitaría, entre otros, la posibilidad de que los inversores influenciaran la *performance* de ciertos futbolistas, o que los futbolistas fueran considerados una mera inversión en vez de valorárselos como individuos trabajadores, o que los clubes que contrataran con inversores privados obtuvieran ventajas por sobre los que no lo hacen, o que se desdibujaran y pusieran en riesgo las facultades regulatorias de la FIFA al no poder ejercer potestades disciplinarias sobre terceros.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGUILAR, José L. *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2007.

BALMACEDA, José R y CASIMIRO, Gabriela A. *Relaciones Contractuales en el Derecho Deportivo. Modelos de Contratos Deportivos*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011.

BALMACEDA, José R. *El Contrato de Trabajo Deportivo. Análisis de la Ley 20.160. La Crisis del Sistema de Renovación Unilateral*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2008.

BARBIERI, Pablo C. *Régimen Jurídico, Administración y Gestión de los Clubes Deportivos*. Buenos Aires: Ed. AD-HOC, 2011.

CHIVA-BARTOLL, Oscar. “Los valores educativos del deporte: el fair-play como ética cívica”. *Utopía y Praxis Latinoamericana Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, año 24, n.º 87 (2019): 86-96.

DE REINA T, Gabriel. *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLEN, María C. “Buena fe y relación obligatoria”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 11 (2018): 17-80.

ESQUIVEL Muñiz, Unai. *Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales*. Madrid: Dykinson, 2005.

GAJARDO, María C. “Buena Fe y Derecho del Trabajo”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, vol. 1, n.º 2 (2010): 15-31.

GUERRERO, Fernando. “La buena fe y la doctrina de los actos propios. Una mirada en el Derecho venezolano”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 11 (2018): 145-190.

GUILARTE, Reinaldo. “La transferencia de jugadores de fútbol como fenómeno laboral”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 12 (2019): 167-199.

JEREZ DELGADO, Carmen. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

RENSON, Roland y FERRARA, Francisco. “Fair play: sus orígenes y significados en el deporte y la sociedad”. *Citius, Altius, Fortius*, vol. 12, n.º 1 (2019): 1-19.

VUOTTO, Marcelo O. “Derecho deportivo: hacia un nuevo paradigma. Derechos económicos y federativos. Relaciones de titularidad y cotitularidad. Prohibiciones reglamentarias”. *EL DERECHO. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 3/4/2018 n.º 14.378, Año LVI. Ed. 277.

**Legislación:**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

Estatutos de la Federación Internacional de Fútbol Asociado FIFA. 16 de julio de 2024.  
Estatutos de la Federación Venezolana de Fútbol. Julio 2022.

Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física. Gaceta Oficial N° 39.741. 23 de agosto de 2011.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.076, 7 de mayo de 2012.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504, 13 de agosto de 2002.  
Reglamento sobre Agentes de Fútbol. 16 de diciembre de 2022.

Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores. 31 de mayo 2024.

# ***Cumplimiento corporativo e inteligencia artificial: Aportes y controles en la gestión de riesgos***

**Liliana Vaudo\***

**Siro Tagliaferro\*\***

**Catherina Gallardo\*\*\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 67-86

**Resumen:** La gestión de riesgos organizacionales destinada a hacer efectivo el cumplimiento corporativo exige un alto nivel de efectividad, de manera que los nuevos aportes tecnológicos, en especial la inteligencia artificial, constituyen herramientas que permiten optimizar esos procesos, tales como el monitoreo de actividades sospechosas, procesamiento de denuncias, diseño de indicadores de gestión. Para ello, este artículo propone un acercamiento al empleo de la inteligencia artificial en la elaboración, seguimiento, mitigación y corrección de las políticas y procedimientos en el *compliance* corporativo, así como las medidas que debe asumir para el uso correcto de la herramienta.

**Palabras clave:** Cumplimiento corporativo; Inteligencia artificial; Límites.

## ***Corporate compliance and artificial intelligence: Contributions and controls in risk management***

**Abstract:** *The management of organizational risks aimed at making corporate compliance effective requires a high level of effectiveness, so that new technological contributions, especially artificial intelligence, are tools that allow optimizing these processes, such as monitoring suspicious activities, processing complaints, designing management indicators. To this end, this article proposes an approach to the use of artificial intelligence in the elaboration, monitoring, mitigation and correction of corporate compliance policies and procedures, as well as the measures that must be taken for the correct use of the tool.*

**Keywords:** *Corporate compliance, Artificial intelligence; Limits.*

**Recibido:** 20/10/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Diplomado en educación virtual (Unimet). Bootcamps en competencias digitales (Unimet). Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador. Orcid 0000-0002-6008-2066, Correo institucional [lvaudo@unimet.edu.ve](mailto:lvaudo@unimet.edu.ve), . Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

\*\* Ingeniero de Producción Universidad Metropolitana, Magister en Administración de Empresas (IESA) y Magister en Ciencia de Datos (Unimet). Profesor Asociado en Ingeniería Industrial (Unimet)Venezuela, Consultor Técnico del Observatorio de Derecho Corporativo y Buenas Prácticas Empresariales (Unimet). correo institucional [staglaferro@unimet.edu.ve](mailto:staglaferro@unimet.edu.ve) Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

\*\*\* Abogado. Universidad Central de Venezuela, con estudios en las especializaciones de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela; profesora tiempo parcial en las asignaturas: Derecho Constitucional, Sistema de Justicia Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Metropolitana, Venezuela, Diplomado en Urbanismo Universidad Central de Venezuela, correo institucional [cgallardo@unimet.edu.ve](mailto:cgallardo@unimet.edu.ve). Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

# ***Cumplimiento corporativo e inteligencia artificial: Aportes y controles en la gestión de riesgos***

Liliana Vaudo\*

Siro Tagliaferro\*\*

Catherina Gallardo\*\*\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 67-86

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1.- La inteligencia artificial como herramienta de optimización de procesos dentro de la empresa. 2.-Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea. 3. Los aspectos clave de los estándares contenidos en las normas de la serie ISO 27000 e ISO 42001. 4. Otras regulaciones de interés que deben ser tenidas en consideración y ser cumplidas. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.**

## **INTRODUCCIÓN**

Cada vez resulta más frecuente e imperioso acudir a los avances de la tecnología para poder llevar a cabo los diferentes procesos dentro de las empresas; estos avances se convierten en necesarios y facilitan el desarrollo de las diferentes actividades, requiriendo la supervisión de personal capacitado y competente para que dicha implementación en el ámbito operativo y legal resulten eficientes y garanticen resultados positivos.

Para el logro de resultados favorables se requiere, igualmente, la ciberresiliencia y adaptación a los procesos mediados por la Inteligencia Artificial, debiendo concebirse como una herramienta para el logro de los fines de la empresa, que puede utilizarse en el seguimiento y mitigación de riesgos en el cumplimiento organizacional, facilitando la optimización tecnológica; por lo cual es importante que en los sistemas de gestión de *compliance* se dé cumplimiento tanto al ordenamiento jurídico positivo -que sobre Inteligencia Artificial aún en Venezuela no se cuenta con normas positivas sobre el tema- y las recomendaciones derivadas de las normas de estandarización, especialmente las específicas y todas aquellas vinculadas a la protección de datos.

---

\* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Diplomado en educación virtual (Unimet). Bootcamps en competencias digitales (Unimet). Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador. Orcid 0000-0002-6008-2066, Correo institucional [lvaudo@unimet.edu.ve](mailto:lvaudo@unimet.edu.ve), . Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

\*\* Ingeniero de Producción Universidad Metropolitana, Magister en Administración de Empresas (IESA) y Magister en Ciencia de Datos (Unimet). Profesor Asociado en Ingeniería Industrial (Unimet)Venezuela, Consultor Técnico del Observatorio de Derecho Corporativo y Buenas Prácticas Empresariales (Unimet). correo institucional [staglaferro@unimet.edu.ve](mailto:staglaferro@unimet.edu.ve) Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

\*\*\* Abogado. Universidad Central de Venezuela, con estudios en las especializaciones de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela; profesora tiempo parcial en las asignaturas: Derecho Constitucional, Sistema de Justicia Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Metropolitana, Venezuela, Diplomado en Urbanismo Universidad Central de Venezuela, correo institucional [cgallardo@unimet.edu.ve](mailto:cgallardo@unimet.edu.ve). Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

En este orden de ideas, se analizan algunas normas europeas que pueden orientar las buenas prácticas y la prevención de delitos, debido a que el territorio europeo se encuentra sujeto al control de organismos que cumplen funciones de seguridad como la Agencia Europea para la Ciberseguridad y Centro Europeo de Ciberdelincuencia (Europol); estableciendo cooperación con instituciones, organizaciones y Estados para garantizar la protección de las personas y gobiernos en la unión.

La inexistencia de disposiciones legales en el territorio venezolano, no pueden ser utilizadas como excusas para la no adopción voluntaria de medidas en los sistemas de gestión de cumplimiento, ya que, los daños que pueda ocasionar la vulneración de derechos por omisión o mal uso de la herramienta, perjudican la productividad y la imagen corporativa.<sup>1</sup> Ello, al margen de sectores en los cuales la existencia de ordenamientos jurídicos especiales pudiera incluir regulaciones indirectas a la inteligencia artificial, como sucede en el ámbito de telecomunicaciones. Por ejemplo, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y *Medios Electrónicos* pudiera aplicarse desde el punto de vista de los contenidos transmitidos por empresas que prestan servicios de internet y otras que operan en el sector.

### ***1. La Inteligencia Artificial como herramienta de optimización de procesos dentro de la empresa***

Es conocido, que el *compliance* organizacional está conformado por una cultura de cumplimiento tanto normativo como ético, legal, social y de convivencia corporativa, que persigue tanto prevenir como contrarrestar los riesgos operativos y legales tanto en la prevención como en la mitigación de situaciones que puedan generar daño o pongan en peligro la tutela del medio ambiente, los derechos humanos y la reputación, productividad y rendimiento de los negocios.

En tal sentido, los avances tecnológicos son bienvenidos para facilitar la implementación, seguimiento y mitigación de riesgos, siendo la inteligencia artificial un instrumento cuyo uso ético y correcto puede aportar de manera positiva en la optimización de estos procesos. Por ejemplo, empleando inteligencia artificial se pueden automatizar procesos de seguimiento en el ámbito de la debida diligencia, lo cual aumenta la productividad y puede incluso reducir tiempo y costos operativos.

El *compliance* está llamado a cumplir con el ordenamiento jurídico positivo y las recomendaciones de los órganos y normas de estandarización en materia de protección de datos, como ocurre por ejemplo con el Reglamento General de Datos que orienta las exigencias en la materia en la Unión Europea. Lo anterior viene a reforzar todo lo atinente a gestión de datos personales, su acceso, rectificación y supresión (En Venezuela a través de la acción de *habeas data*, prevista en la Constitución, artículo 28, existe el derecho a acceder al contenido sobre la propia información que curse ante un organismo y pedir su

---

<sup>1</sup> Actualmente se discute en la Asamblea Nacional venezolana, la Ley para Regular el uso de la Inteligencia Artificial, el cual fue aprobado en su primera discusión, en sesión del 19 de noviembre de 2024. Cuya finalidad, conforme a su artículo 2, numeral 1° será la de garantizar que los sistemas que utilicen IA sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos de la Constitución, en aras de la seguridad jurídica, la innovación y mejoras de la gestión pública y privada con base a sus numerales 3° y 4°.

corrección y destrucción. Por ejemplo, en España, el contenido del Reglamento ha sido desarrollado a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales.

Por ejemplo, se puede citar el caso a que hace referencia la sentencia del 5 de febrero de 2020, dictada por el Tribunal de Distrito de La Haya, el cual suspendió por razones de protección de derechos humanos, un sistema de detección de fraudes de asistencia social, el cual era utilizado por el gobierno en los Países Bajos, el cual llevaba por nombre “System Risk Indication” (SyRI), al excluir a personas que pertenecían a barrios pobres; de manera que se generaron limitaciones al uso de la inteligencia artificial. En tal sentido, las consideraciones de nulidad van referidas a la protección de datos.

Respecto a la protección de datos, Gamero (CincoDías, 12/04/2021) refiere la existencia de dos documentos emitidos por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en los cuales se establece el deber de preservar el derecho a la protección con la “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial (2020)” así como respecto de los “Requisitos para auditorías de tratamientos que incluyan inteligencia artificial (2021)” cuyo incumplimiento puede conllevar la aplicación de sanciones, ya que, los algoritmos empleados no son claros y comprensibles (Ej. Los llamados algoritmos de caja negra).<sup>2</sup>

También cabe destacar su impacto en el sector financiero en el cual el Gen IA o inteligencia artificial generativa, puede transformar, agilizar y producir eficiencia respecto de los servicios que presta la entidad y los productos que ofrece. Así lo reseña la firma KPMG, quien luego de una encuesta realizada a un grupo de empresarios, reveló que los bancos han comenzado a ver a la inteligencia artificial generativa como una capacidad real. En ese orden de ideas, la mitad de los encuestados opinó que, para finales de 2024, entre 1% - 5% de las tareas diarias podrán ser realizadas por Inteligencia Artificial y de esta mitad, el 37% consideró un porcentaje mayor que pudiera llegar al 20% de sus actividades.<sup>3</sup>

En la referida encuesta, destaca, además que las instituciones financieras encuestadas han incorporado soluciones de inteligencia artificial generativa en su parte operativa, especialmente en las siguientes:

- Ciberseguridad, el 67% de los entrevistados;
- Prevención de fraude, el 51% de los encuestados
- *Compliance* y Riesgos, el 41%.
- Servicio al cliente 42%

La encuesta elaborada por KPMG, indica, sin embargo, la importancia de actuar de manera cautelosa, incorporando medidas de prevención y mitigación de eventuales impactos que pueda generar la inteligencia artificial generativa en el ámbito operativo,

---

<sup>2</sup> Gamero, Eduardo (2021) *La necesidad del compliance en la inteligencia artificial*. CincoDías, 12/04/2021. [https://artificial.cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/09/legal/1617964412\\_071507.html](https://artificial.cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/09/legal/1617964412_071507.html)

<sup>3</sup>KPMG (2024) *Future-proofing banking: The Enterprise transformation imperative* <https://kpmg.com/us/en/articles/2024/2024-us-banking-industry-outlook-survey.html>

debiendo implementar los correspondientes programas de adiestramiento y formación, sobre el uso ético de la herramienta.<sup>4</sup>

Para Vaudo, las empresas deben implementar políticas “para la protección y seguridad de la información, a través de las cuales se establezcan lineamientos basados en estándares nacionales e internacionales, de cómo se almacenan y transmiten datos a través de diferentes mecanismos”<sup>5</sup>.

De igual manera adquiere relevancia la recomendación dictada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO) denominada: “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial” (2022) basada en la tutela de derechos fundamentales de los ciudadanos en la protección de su dignidad y la transparencia en el uso de la inteligencia artificial. En dicha recomendación, la UNESCO considera que la ética es la “base dinámica para la evaluación y la orientación normativas de las tecnologías de la IA, tomando como referencia la dignidad humana, el bienestar y la prevención de daños y apoyándose en la ética de la ciencia y la tecnología”, indicando además que debe considerarse a la ética de la inteligencia artificial como;

una reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes, que puede guiar a las sociedades a la hora de afrontar de manera responsable los efectos conocidos y desconocidos de las tecnologías de la IA en los seres humanos, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas, y les ofrece una base para aceptar o rechazar las tecnologías de la IA.<sup>6</sup>

## ***2. Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea***

Según refiere Beltrán<sup>7</sup>, la Unión Europea se ha preocupado por los problemas que pueden surgir en esa comunidad de naciones, derivadas de la implementación de la Inteligencia Artificial, por lo que ha indicado:

La Unión Europea (UE), en el marco de su estrategia digital, está tramitando una Ley de Inteligencia Artificial (IA) que, entre otros propósitos, aspira contener los efectos de esta amenaza. Esta norma pretende establecer obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA, estando a la espera de la redacción definitiva.

El mencionado autor, en su trabajo, ha igualmente manifestado:

En términos estrictamente jurídicos, al menos, obliga a plantearse si el concepto de acto propio y voluntario queda en entredicho. Y, de forma derivada, si también

---

<sup>4</sup> KPMG (2024) *Future-proofing banking: The Enterprise transformation imperative* <https://kpmg.com/us/en/articles/2024/2024-us-banking-industry-outlook-survey.html>

<sup>5</sup> Vaudo, Liliana (2023) *Integración normativa para la gestión de riesgos sobre sistemas de información empresarial* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Nro 21. Diciembre 2023. Ps: 151-174. [https://rvlj.com.ve/?page\\_id=3142](https://rvlj.com.ve/?page_id=3142)

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2022): “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial” <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

<sup>7</sup> Beltrán, Ignasi (2023) *Algoritmos y condicionamiento por debajo del nivel consciente: un análisis crítico de, la propuesta de ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 286. DOI: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86406>

impacta en el de culpa y responsabilidad. Si, realmente, estamos hablando de herramientas efectivas que trascienden la conciencia es posible que necesitemos un marco jurídico que (paradójicamente) nos dé amparo frente a nosotros mismos y, obviamente también, frente a quienes quieran aprovecharse de nuestros actos por debajo de dicho umbral <sup>8</sup>

Estos argumentos, llevan a plantear nuevas formas de responsabilidad frente a posibles conductas o ciberataques generados a través del empleo de la Inteligencia Artificial y cuyas consecuencias pongan en peligro o lesiones los derechos de los ciudadanos y puedan llegar a afectar el propio sistema económico.

### ***2.1. Parámetros de seguridad de los sistemas de inteligencia artificial según la Ley de la Unión Europea***

La ley establece los diferentes niveles de seguridad para los sistemas que utilizan inteligencia artificial en sus procesos. En tal sentido, realiza una clasificación de los sistemas según su riesgo, estableciendo al efecto cuatro categorías, tomando en cuenta su riesgo potencial para las personas y la sociedad:

- **Sistemas de IA de riesgo bajo:** Estos sistemas son los que tienen un riesgo bajo de causar daño. No están sujetos a ninguna norma específica, pero deben cumplir con los principios generales de la Ley de IA.
- **Sistemas de IA de riesgo moderado:** Estos sistemas son los que tienen un riesgo moderado de causar daño. Están sujetos a una serie de requisitos específicos, como la realización de una evaluación de riesgos, la implementación de medidas de seguridad y la designación de un responsable de la IA.
- **Sistemas de IA de riesgo alto:** Estos sistemas son los que tienen un riesgo alto de causar daño. Están sujetos a requisitos aún más estrictos, como la realización de una evaluación de riesgos exhaustiva, la implementación de medidas de seguridad adicionales y la supervisión por parte de una autoridad independiente.

Es importante señalar, que la referida norma contiene una serie de prohibiciones: respecto al uso de sistemas de inteligencia artificial para fines específicos, tales como:

- La puntuación de personas o grupos de personas.
- El uso de datos biométricos para identificar a personas sin su consentimiento.
- La manipulación de las emociones de las personas.

Por otra parte, la Ley europea de Inteligencia Artificial establece una serie de principios generales que deben respetarse en el desarrollo, el uso y la aplicación de la inteligencia artificial. Estos principios incluyen:

- **Seguridad:** Los sistemas de IA deben ser diseñados y desarrollados de manera que se minimice el riesgo de daño para las personas y la sociedad.
- **Transparencia:** Los sistemas de IA deben ser transparentes en su funcionamiento y en sus resultados.

---

<sup>8</sup> Beltrán, Ignasi (2023). Op cit. P. 6.

- Trazabilidad: Los sistemas de IA deben ser trazables, de modo que se pueda identificar y comprender su origen y funcionamiento.
- No discriminación: Los sistemas de IA no deben discriminar a personas o grupos de personas por motivos de raza, género, orientación sexual, religión, etc.
- Respeto a los derechos humanos: Los sistemas de IA deben respetar los derechos humanos, como el derecho a la privacidad, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación.

## **2.2. Otras regulaciones europeas**

El marco legal que utiliza la Unión Europea para imponer sanciones por ciberataques se basa en varias herramientas:

- Reglamento (UE) 2019/796: Este reglamento establece el marco amplio para la aplicación de medidas restrictivas (sanciones) en respuesta a ciberataques que supongan una amenaza para la Unión Europea o cualquiera de sus estados miembros. Permite a la Unión Europea imponer una serie de sanciones, como restricciones de viaje y congelación de actividades y cuentas a personas y organizaciones, incluyendo empresas, involucradas en ataques cibernéticos.
- Directiva NIS2: Esta normativa está destinada a impulsar la resiliencia de la Unión Europea y sus estados, frente a los posibles ciberataques. Esta Directiva NIS2, contempla una serie de requisitos más rigurosos en materia de ciberseguridad para los proveedores de servicios digitales y los operadores de servicios esenciales, estableciendo regulaciones respecto a gestión de riesgos, por lo cual no se centra específicamente en la parte sancionatoria.
- Política Exterior y de Seguridad Común (PESC): Esta política de seguridad común a los estados miembros de la unión, proporciona un marco más amplio con relación a la acción exterior de la Unión Europea, que va a incluir la imposición de sanciones.

Algunas de las sanciones que podrá imponer la Unión Europea, frente a la producción de ciberataques podrán consistir en:

- Congelación de activos: Relacionadas con actividades ejecutadas por individuos y organizaciones -incluyendo empresas- que resulten implicadas en ciberataques, pudiendo la unión congelar sus cuentas y afectar sus transacciones financieras.
- Restricciones de viaje: Por ejemplo, para evitar que personas que puedan encontrarse enfermas o poseen alguna prohibición de acceder a la Unión Europea, viajen a territorio de sus estados miembros.
- Prohibiciones dirigidas contra la realización de negocios: Siendo posible imponer limitaciones a la capacidad de las empresas pertenecientes a la Unión Europea, para realizar negocios con personas y organizaciones que se encuentren sancionadas.
- Embargos de armas: En situaciones graves que puedan involucrar la comisión de delitos de tráfico, armas para grupos o actividades terroristas que pongan en peligro la estabilidad de la Unión Europea, ésta tendrá derecho a impulsar embargos de armas de los países involucrados en los ataques o conspiraciones..

### **2.2.1. Normas vinculadas con la Ciberresiliencia**

Los ciberataques y la ciberdelincuencia están incrementándose en todo el territorio de la Unión Europea, siendo cada vez más sofisticados; siendo que esta tendencia seguirá agravándose en el futuro, más cuando se espera que para el próximo año una cifra superior a 40.000 dispositivos telefónicos esté conectados sólo en la unión, En tal sentido, cabe recordar que las ciberamenazas más comunes son:

- Los Malware: Cualquier software malicioso diseñado para infiltrarse en sistemas y causar daño, como virus, gusanos, troyanos y los que pueden hurtar datos, espiar a los usuarios o dañar el hardware.
- El Phishing: Que son ataques destinados a engañar a las personas para que revelen información confidencial, como contraseñas o datos financieros, a través de correos electrónicos falsos, mensajes de texto o sitios web fraudulentos.
- La Ingeniería social: Son ataques que explotan la confianza y la interacción humana para obtener acceso a sistemas o información de modo fraudulento.
- Los ataques a las cadenas de suministro; Sobre los proveedores o socios de una organización para acceder a sus sistemas y datos.
- Desinformación y propaganda: La difusión intencional de información falsa o engañosa con el objetivo de manipular la opinión pública o causar daño
- Criptohacking: El uso no autorizado de dispositivos para minar criptomonedas, ralentizando los sistemas y aumentando los costos de energía.

Motivado a estas y otras conductas perjudiciales a los sistemas, en el mes de octubre de 2020, la Unión Europea solicitó mejoras para su capacidad de control, con el fin de

- Proporcionar un entorno de comunicación seguro, a través de la encriptación cuántica;
- Protegerse contra ciberamenazas
- Garantizar el acceso a los datos para efectos judiciales.

Por cuanto la ciberseguridad incluye las actividades necesarias para la protección de las redes y sistemas de información, de los usuarios de dichos sistemas y de otras personas afectadas por las ciberamenazas, el Consejo de Europa adoptó en marzo de 2022, las denominadas Conclusiones sobre la Estrategia de Ciberseguridad. En estas conclusiones, el Consejo destacó que la ciberseguridad es esencial para construir una Europa resiliente, ecológica y digitalmente, por lo cual se estableció como fin el de lograr la autonomía estratégica preservando la economía abierta a través de la adopción de decisiones autónomas en el ámbito de la ciberseguridad.

Con base en lo anteriormente expuesto, ya se encontraba en vigor desde 2019, el Reglamento sobre la Ciberseguridad de la Unión Europea, el cual había establecido un mandato de la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad y algunas medidas sobre certificación y seguridad, tales como:

- Certificación de productos y servicios: Implementa un esquema europeo de certificación de la ciberseguridad para garantizar la calidad y fiabilidad de los productos y servicios digitales.

- Incidentes de ciberseguridad: Establece mecanismos de notificación y respuesta a incidentes de ciberseguridad, para una detección temprana y una gestión eficaz de las crisis.
- Cooperación entre los Estados miembros: Fomenta la cooperación entre los Estados miembros y las instituciones de la UE para compartir información y coordinar acciones en materia de ciberseguridad.
- Sensibilización y formación: Promueve la concienciación y la formación en ciberseguridad para todos los ciudadanos y profesionales.

Lo que más destaca de la creación de reglamentos en esta materia, radica en:

- Busca proteger la infraestructura crítica de sistemas esenciales como la energía, el transporte y las comunicaciones
- Persigue minimizar el impacto de incidentes negativos que generen pérdidas económicas y reputacionales.
- Se busca aumentar la confianza en el entorno digital.
- El fomento de la innovación hacia nuevas tecnologías y soluciones digitales.

Por otra parte, es aplicable a todos los productos que están conectados directa o indirectamente a otro dispositivo o red, también vehículos autoguiados. Para lograr un sistema de gestión de riesgos seguros a partir de los reglamentos y estándares, se debe atender a:

- Una evaluación de riesgos que persiga identificar, evaluar y mitigar las amenazas y vulnerabilidades a las que está expuesta la empresa.
- Implementar medidas de seguridad para proteger los sistemas y datos.
- Contar con planes de respuesta a incidentes para recuperarse de incidentes a través de ciberseguridad.
- Formación continua y concientización del personal
- Fomentar la cooperación entre las organizaciones públicas y privadas.

Asimismo, con fundamento en la Ley de Ciberresiliencia de la Unión Europea (2024)<sup>9</sup>, la cual aún no está vigente, la ciberresiliencia tiene como objetivo el de proteger a las personas y a las empresas que compran o de cualquier forma adquieren o utilizan productos y software, contentivos de componentes digitales. Esta norma contiene una serie de requisitos obligatorios de ciberseguridad, que abarcan tanto a los fabricantes como a los minoristas de dichos productos. De la Ley se infiere que las características de seguridad insuficientes se convertirían en cosa del pasado; debido a que la protección que se exige actualmente se extiende a todo el ciclo de vida del producto. Si bien se trata de un reglamento que aún no ha entrado en vigor, según la norma se persigue garantizar:

- Normas armonizadas a la hora de comercializar productos o programas informáticos con un componente digital;
- Marco de requisitos de ciberseguridad que rijan la planificación, el diseño, el desarrollo y el mantenimiento de dichos productos, con obligaciones que deben cumplirse en todas las fases de la cadena de valor;
- Obligación de garantizar el deber de diligencia durante todo el ciclo de vida de dichos productos.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Comisión Europea (2024) Ley de Ciberresiliencia de la Unión Europea. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/cyber-resilience-act>

<sup>10</sup> Comisión Europea (2024) Op cit.

Cuando la norma entre en vigor, los programas informáticos y los productos conectados a internet llevarán el marcado CE para indicar que cumplen las nuevas normas. Por otra parte, al exigir a los fabricantes y minoristas que prioricen la ciberseguridad, los clientes y las empresas estarían facultados para tomar decisiones mejor informadas, seguros de las credenciales de ciberseguridad de los productos con el marcado CE.

En tal sentido, se identifican siete etapas de un ciclo de vida, dirigidas a mejorar la ciberresiliencia; a saber:

- Etapa 1 - Estrategia: estructura, capacidad de detección y ciber gobierno para anticipar y abordar eventos empresariales o cibernéticos adversos.
- Etapa 2: Resistir: un marco de ciberdefensa adaptable y de misión preservada que pueda resistir las amenazas a la empresa.
- Etapa 3: Proteger: Protegerse contra ciberataques disruptivos utilizando una inmunidad digital fuerte y autorreparable, así como una ciberdefensa activa.
- Etapa 4 - Inspección: Cibervisibilidad de amenazas en tiempo real a través de detección añadida por máquinas, caza automatizada y conocimiento avanzado de la situación.
- Etapa 5: Observar: Confianza en la automatización, el aprendizaje automático y la detección adaptativa de ciberamenazas para hacer frente a futuras amenazas para la empresa.
- Etapa 6 - Recuperación: la capacidad de restaurar y adaptar rápidamente las plataformas digitales, los sistemas de misión crítica y evitar interrupciones de la actividad empresarial.
- Etapa 7 - Adaptación: Evaluar y medir continuamente el estado del rendimiento cibernético para apoyar a la empresa.

### ***2.2.2. Lucha de la Unión Europea contra la ciberdelincuencia***

La Unión Europea también ha emitido una Directiva destinada a frenar la ciberdelincuencia, buscando que la unión sea tecnológicamente neutral. La Directiva abarca tanto los pagos tradicionales como transferencias bancarias, cheques, nuevas formas de pago tal como el dinero electrónico, pagos móviles y monedas virtuales. La norma busca armonizar definiciones como lo que se entiende por delitos en línea, el establecimiento de normas estandarizadas para las penas corporales, prestación de asistencia y apoyo a las víctimas y alcance de las competencias para combatir el fraude transfronterizo de manera eficaz.

También se tiene que en el mes de diciembre de 2020 entró en vigor el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (CECE), el cual introdujo una nueva definición de servicios de comunicaciones electrónicas que incluye los «servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración», de los que forman parte los servicios de mensajería. En tal sentido, algunos de los proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, han empleado tecnologías específicas para encontrar material de abuso sexual de menores en sus servicios, motivo por el cual se han visto en la necesidad de tomar medidas eficaces para prevenir y mitigar estos riesgos, tales como el retiro del material y la denuncia ante las autoridades.

### **2.3. Organismos de la Unión Europea para la Ciberseguridad**

#### **2.3.1. La Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad**

La Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) es una organización creada para garantizar un alto nivel común de ciberseguridad en toda Europa. Actúa como un centro de excelencia en ciberseguridad, proporcionando asistencia técnica y operativa a los Estados miembros, a las instituciones de la UE y a los ciudadanos europeos.

ENISA realiza diversas actividades para cumplir su misión, entre las que destacan:

- **Análisis de amenazas:** Identifica y analiza las últimas tendencias en ciberamenazas para anticipar los riesgos futuros.
- **Desarrollo de directrices:** Elabora directrices y recomendaciones para mejorar la ciberseguridad en diferentes sectores.
- **Organización de actividades de formación:** Ofrece formación y capacitación a profesionales de la ciberseguridad.
- **Cooperación internacional:** Colabora con organizaciones internacionales para abordar los desafíos cibernéticos a nivel global.

Dentro de las funciones mas relevantes de la ENISA son las siguientes :

- **Contribuir a la política de seguridad cibernética de la UE:** ENISA trabaja en estrecha colaboración con las instituciones europeas para desarrollar y aplicar políticas de ciberseguridad efectivas.
- **Mejorar la confianza en los productos y servicios digitales:** A través de programas de certificación de la ciberseguridad, ENISA ayuda a garantizar la fiabilidad de los productos y servicios digitales que utilizamos a diario.
- **Cooperar con los Estados miembros:** Facilita el intercambio de información y la cooperación entre los Estados miembros en materia de ciberseguridad, para una respuesta más coordinada ante las amenazas.
- **Preparar a Europa para los desafíos futuros:** Anticipa las nuevas amenazas cibernéticas y desarrolla estrategias para hacer frente a los desafíos emergentes.

Una de las legislaciones mas importas de la ENISA fue la creación de la Directiva SRI NIS2, la cual entró en vigor el 16 de enero de 2023, la cual presenta un hito importante en la lucha contra las ciberamenazas.

#### **2.3.2. El Centro Europeo de Ciberdelincuencia (Europol)**

El Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) es una unidad especializada de la Europol, la agencia de la Unión Europea que supervisa la cooperación policial. Esta oficina tiene como objeto coordinar la lucha contra la ciberdelincuencia a escala europea, protegiendo a ciudadanos, empresas y gobiernos contra las amenazas digitales.

Algunas de las principales actividades que lleva a cabo el EC3 son las siguientes:

- La recopilación y el análisis de información: El EC3 actúa como un órgano de inteligencia, recopilando datos sobre las últimas tendencias en ciberdelincuencia, identificación de autores de delitos
- Coopera con los Estados miembros de la Unión Europea para combatir el crimen organizado digital.
- Se encarga de dar apoyo operativo y técnico a las investigaciones en la materia.
- Imparte formación para sensibilizar a los agentes de los estados encargados del sistema de justicia; en áreas como: Ataques a infraestructuras críticas; explotación sexual infantil; delitos financieros en línea y ataques a empresas y gobiernos.

Muchos de los casos investigados por el Centro Europeo contra la Ciberdelincuencia, no se publica dado que se trata de:

- Algunas operaciones que aún están en curso y podría comprometerse la operación.
- Para proteger a las víctimas, especialmente cuando se trata de explotación sexual, pornografía infantil o trata de personas.
- Para descubrir las tácticas empleadas por los cibercriminales

En todo caso, la prolifera normativa europea puede servir de ejemplo para la adopción en Venezuela de normas y mecanismos que garanticen la seguridad en el uso de la Inteligencia Artificial.

### ***3. Los aspectos clave de los estándares contenidos en las normas de la serie ISO 27000 e ISO 42001***

Las ISO 27001 (2019)<sup>11</sup> y 27002 (2022)<sup>12</sup>, establecen una serie de principios generales para la gestión de la seguridad de la información, en tanto que la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea refuerza algunos de estos principios, como la transparencia, la trazabilidad y la no discriminación. Las organizaciones deben tener en cuenta estos principios a la hora de implementar su Sistema de Gestión de Seguridad de la Información que incluye la identificación de riesgos y los procedimientos para mitigar y corregir posibles errores.

En general, la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea puede ayudar a las organizaciones a implementar un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información -en adelante SGSI- más completo y eficaz, en tanto que aquellas que ya han implementado un SGSI pueden revisarlo para asegurarse de que cumple con los requisitos de la ley. Un buen programa debe contener las siguientes fases:

- Planeación
- Implementación
- Comprobación
- Actuación

---

<sup>11</sup> Organización Internacional de Normalización.(2019). Norma ISO 27001 sobre la Seguridad de la Información.. “On Information Security”. Disponible en: <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

<sup>12</sup> Organización Internacional de Normalización 2022. (2022). Norma ISO 27002 sobre la Seguridad de la Información.. “On Information Security”. Disponible en: <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

Además, está la Norma ISO 27015, también de la Organización Internacional de Normalización, que determina la orientación de las organizaciones que llevan a cabo una prestación de servicios financieros o Fintech, con el objetivo de servir de mejorar la gestión de seguridad de la información de sus activos, bases de datos, clientes, entre otros.

Las empresas del sector financiero se están centrando tanto en redes más abiertas como en prestar servicios de banco electrónico y móvil, lo que quiere decir que en este momento se enfrentan a unos retos nuevos sobre las amenazas de seguridad de la información como el *malware*, ataques cibernéticos y *phishing*.

Con la aplicación de la ISO 27015-2014<sup>13</sup> las empresas financieras:

- Mejorar la seguridad de la información: reduce los riesgos e impactos a los datos financieros y de los clientes.
- Fortalece la confianza de los clientes: demuestra el compromiso de la empresa con la seguridad de la información.
- Aumenta la eficiencia operativa: optimiza los procesos de gestión de la seguridad de la información.
- Facilita el cumplimiento legal: ayuda a cumplir con las regulaciones de protección de datos.
- Promueve la mejora continua: establece un marco para la revisión y mejora continua del sistema de gestión de la seguridad de la información.

### ***3.1. Modo en el cual la serie ISO 27000 puede contribuir con el cumplimiento normativo***

Una organización que utiliza un sistema de inteligencia artificial de riesgo moderado que debe tomar decisiones sobre sus trabajadores, deberá realizar una evaluación del mismo para identificar los niveles de peligro relacionados con el uso de este sistema. La organización debe implementar medidas de seguridad para mitigar estos riesgos, como la transparencia, la ética, la debida diligencia, el respeto de los derechos de quienes acceden y la trazabilidad de las decisiones tomadas por el sistema.

Una organización que utiliza un sistema de IA de alto riesgo para procesar datos personales debe designar un responsable de la IA., con la formación y competencia requeridas, a fin de garantizar que el sistema se utilice de manera ética y responsable. Del mismo modo, debe puntuar a los usuarios para asegurarse de que el sistema no discrimina a las personas por motivos de raza, género, orientación sexual, religión o cultura.

Relacionado con la protección de datos tecnológicos, Vaudo, en una investigación relacionada a las empresas Fintech del sector bancario venezolano, adopta algunos criterios generales que aplican también a cualquier empresa que utilice tecnología que incluye el empleo de la Inteligencia artificial, considerando que debe asegurarse la protección de los datos de la empresa y sus clientes, por lo cual se indican algunos aspectos que se deben observar, destacando:

---

<sup>13</sup> Organización Internacional de Normalización 2014. Norma ISO 27015 sobre la Seguridad de la Información.. “On Information Security”. Disponible en: <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

- Preservación de la información y documentos por un lapso de por lo menos cinco años
- La exactitud de los datos que revelen la verdadera situación de la empresa o de los operarios y clientes
  - Integración de las diferentes fuentes de información
  - Confidencialidad
  - Protección y seguridad, para prevenir la posible alteración fraudulenta de los datos,
  - Canales de denuncia e investigación frente a posibles desvíos, adulteración o mal uso de la información
  - Realizar copias de seguridad, ante posible intrusión de hackers a través de diferentes mecanismos como firewalls, antivirus, navegación privada
  - Respuesta oportuna ante errores producidos por fallas tecnológicas
  - Encriptación de información para proteger los datos almacenados y su ulterior bloqueadores de ventanas emergentes
  - Uso de plataformas tecnológicas privadas (VPN)
  - Reportar la ocurrencia de posibles actividades sospechosas ante el Oficial de cumplimiento.
  - Incorporar los reconocimientos faciales, códigos de barra y QR, sistemas de blockchain para garantizar efectividad en la prevención (2024, p. 9).

Algo importante que hay que destacar, es que la tecnología es el mejor recurso para establecer un canal de denuncia eficaz para la empresa. Si bien pueden establecerse canales de denuncia a través de un buzón o por vía telefónica, es mucho más seguro y efectivo el uso de correos electrónicos de los que se encargue el órgano de investigaciones internas, los cuales deben estar protegidos y separados del resto de la información que manejan otros órganos dentro de la sociedad mercantil.

También pudiera establecerse una aplicación a través de la web o un formulario que utilice tecnología de la información para gestionar un canal de denuncia, debiendo ofrecer seguridad a los informantes para garantizar su empleo. Todos los grupos de interés internos deben ser puestos en conocimiento de este mecanismo de información y de la seguridad que ofrece el canal de denuncia, a fin de garantizar que se realicen las investigaciones internas correspondientes frente a una situación que pudiera considerarse una actividad sospechosa que pueda afectar a la empresa, al entorno o a la colectividad y posiblemente constituya un ilícito administrativo, e incluso, un delito.

En todo caso, se deberá elaborar dentro de la normativa un protocolo de actuación, indicando a quién corresponde gestionar las denuncias. Similar al canal interno, se puede establecer un canal externo con características comunes, a través del cual los *stakeholders* externos puedan interponer quejas o denuncias que ameritan ser investigadas.

Las empresas que utilicen este tipo de tecnología, aparte de los órganos de supervisión como los oficiales de cumplimiento, deben contar con un equipo tecnológico que adiestre al personal y operarios del sistema, debiendo establecerse mecanismos de seguridad suficientes para garantizar la fiabilidad y cualquier modalidad de fraude.

### **3.2. Contenido de la Norma ISO 42001-2023**

En lo que se refiere a los de Sistemas de Gestión de Inteligencia Artificial, la Norma ISO 42001-2023<sup>14</sup>, se constituye en un mecanismo de apoyo dirigido al uso debido de la inteligencia artificial, apoyando la gestión previa de los riesgos potenciales y su impacto social.

En este orden de ideas se debe comprender que la Inteligencia Artificial puede ser utilizada en la actividad laboral empresarial fortaleciendo la productividad y eficiencia, mejorando la seguridad digital y también la física (cuando se emplea, por ejemplo, en medicina robótica) lo cual se traduce en mejoras de servicios al cliente, fortaleciendo sectores como la industria, agricultura, medicina, energía, favoreciendo la toma de decisiones.

Como contrapartida, sin embargo, su desarrollo permite que disminuya el costo de los ataques cibernéticos y estos se lleven a cabo con mayor facilidad, especialmente contra los usuarios, afectando su privacidad y haciéndolos víctima de conductas delictivas, mediante ataque de equipos de emergencia médica, en las cadenas de alimentos, tránsito terrestre, actividades financieras, circulación de información falsa y hurto de información privilegiada.

Por los motivos anteriores, es importante que se elaboren matrices de riesgo para clasificar el nivel de riesgo desde los riesgos inaceptables, como por ejemplo los que amenacen derechos humanos como la discriminación, las amenazas a los medios de subsistencia; riesgos altos como los que pueden afectar al sistema financiero; riesgos limitados como los vinculados con calidad de productos, falsificaciones; y, los riesgos menores o mínimos que se identifican con spam, video juegos o propaganda no deseada.

La norma ISO 42001, aplica a todo tipo de empresa, contribuyendo a la obtención de certificación, previa comprobación a través de los mecanismos que la norma establece y de los que se desprenda el buen uso ético y transparente que hace la empresa de la inteligencia artificial.

Esta norma se relaciona con la Norma ISO/IEC 23053: la cual desarrolla el marco de aprendizaje de la inteligencia artificial y sobre el aprendizaje automático. También se vincula con la Norma ISO/IEC 23894: que brinda apoyo sobre la correcta gestión de riesgos operativos y legales.

La Norma ISO/IEC 42001 tiene como fin el de garantizar el desarrollo y uso responsable de la inteligencia artificial, por lo cual se recomienda que los órganos de cumplimiento que deben desarrollar las políticas de cumplimiento y seguimiento de su aplicación tengan pericia en esta materia.

---

<sup>14</sup> Organización Internacional de Normalización (2023) ISO/IEC 42001. Information technology — Artificial intelligence — Management system [www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html](http://www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html)

El seguimiento de esta norma trae aportes en pro de la organización, clientes y proveedores, tales como:<sup>15</sup>

- Establece un marco regulatorio, para la debida gestión de un ambiente que emplee la inteligencia artificial
- Mejorar la competitividad, confianza del sistema y gobernanza empresarial, al demostrar su uso consciente y responsable
- Marco para la gestión de riesgos legales y operativos
- Ahorro de costos y aumento de la eficiencia
- Trazabilidad
- Reducción de los riesgos asociados con el uso de la inteligencia artificial.
- Beneficios para proveedores de la ISO/IEC 42001:2023
- Confiabilidad de los productos y servicios de IA.
- Fortalece la reputación de la empresa
- Mejora la productividad al evitar la repetición de los errores, reduciendo costos
- Permite un uso más eficaz de los recursos y la inversión en IA.

Se vincula también con la Norma ISO/IEC 25059 sobre la calidad de producto sobre el uso del software de Inteligencia Artificial, ya que su adaptabilidad puede fomentar la precisión sobre información de datos, pudiendo el usuario intervenir de manera correcta y oportuna en su operación para mitigar los riesgos; construyendo un sistema seguro y fiable. Debiendo relacionarla con la Norma ISO/IEC 8000-2019, contentiva de recomendaciones sobre calidad e ingeniería de datos y vocabulario relacionado con gestión de datos maestros e ingeniería de datos.

#### ***4. Otras regulaciones de interés que deben ser tenidas en consideración y ser cumplidas***

Finalmente cabe referir que en Venezuela, no existe en este momento regulación expresa sobre el tema, ya que, sobre un proyecto que reposa en la Asamblea Nacional, se conoce, además de lo que reseña la Cadena Venezolana de Noticias <sup>16</sup>, sobre este proyecto de ley para el uso de la Inteligencia Artificial, que el mismo está a cargo de la Subcomisión de Innovación, Modernización del Estado y Escalamiento de Sectores Estratégicos de la Asamblea Nacional (AN), que busca potenciar el aporte de las nuevas tecnologías disruptivas a fin de competir en los mercados internacionales y promover el desarrollo cultural.

Esta circunstancia, no impide que las empresas, basadas en las buenas prácticas que derivan de la autorregulación, elaboren sistemas de gestión de riesgos robustos, que le permitan aprovechar los beneficios de la herramienta, contando con personas capacitadas que lleven a cabo la labor de seguimiento y mitigación de posibles daños.

El proyecto, aprobado recientemente en su primera discusión, resalta por establecer el principio de autoridad humana (2024, art.5) y el deber de registrar ante el Ministerio

---

<sup>15</sup> Organización Internacional de Normalización 2023. Norma ISO 42001-2023 Information technology — Artificial intelligence — Management system [www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html](http://www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html)

<sup>16</sup> López, Alexis 2023. Cadena Venezolana de Noticias 2023. Asamblea Nacional propone ley para el uso de la inteligencia artificial Cadena Venezolana de Noticias <https://cvn.com.ve/2023/06/08/asamblea-nacional-propone-ley-para-el-uso-de-la-inteligencia-artificial/>

del Poder Popular para la Ciencia y la Tecnología, las actividades comerciales vinculadas con proveer, comercializar y distribuir el Servicio de Inteligencia Artificial (2024, art.9). También establece como áreas de uso prioritario en materia de políticas públicas las vinculadas a cambio climático, salud, crecimiento inclusivo, protección de los derechos de propiedad intelectual, el uso de datos, entre otros, regulando, asimismo, temas relacionados con la gestión de riesgos, estableciendo criterios que incluyen aquellos considerados inaceptables y por ende, prohibidos.

Asimismo, a pesar de no existir normas específicas en materia de inteligencia artificial, ello no obsta para que la regulación en materia penal no sea un límite en torno a las conductas que puedan considerarse delictivas y que pasen a ser perpetradas a través del uso de la inteligencia artificial, como puede ocurrir, por ejemplo, en temas de estafas (art. 462 y siguientes del Código Penal), adulteración y falsificación de documentos o aprovechamiento de los mismos (arts. 321 y siguientes Código Penal), adulteración o falsificación de signos distintivos, modelos industriales, marcas; o el uso de dichas falsificaciones (art. 337 Código Penal), difamación e injurias (art. 442 y siguientes Código Penal), por sólo mencionar aquellos delitos que pueden tener incidencia en el área empresarial. Incluso, hoy día se habla hasta del uso de la inteligencia artificial para ataques bélicos, como ha sucedido en la guerra entre Rusia y Ucrania<sup>1718</sup>, que de materializarse supuestos similares en el país, pudiera conllevar a la comisión de algunos de los delitos contra la independencia y seguridad de la Nación, previstos en los artículos 128 y siguientes del Código Penal.

Del mismo modo, la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos sanciona el acceso y la interferencia en sistemas que utilicen tecnología de la información (art. 6) o modifiquen las datas e informaciones de dichos sistemas (art. 7), el espionaje informático (art. 11), falsificación de documentos (art. 12), fraude (art. 14), apoderamiento, utilización, modificación o eliminación de data (art. 20), violación a la privacidad de las comunicaciones (art. 21), revelación indebida de data (art. 22), copia, reproducción, modificación, divulgación o distribución de software y obras de intelecto (art. 25), entre otros.

La violación a derechos de propiedad intelectual y derechos de autor, a través del plagio, uso indebido o adulteración, mediante el uso de creaciones protegidas por propiedad intelectual, también es sancionable en virtud de los daños y perjuicios materializados, por la vía de la responsabilidad civil prevista en el Código Civil venezolano y demás normativa legal vigente.

Por otra parte, también en materia de telecomunicaciones, el uso indebido de la inteligencia artificial, cuando sea realizado mediante medios electrónicos, resulta sancionable conforme a la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios

---

<sup>17</sup>Vasco Cotovio, Clare Sebastian, Allegra Goodwin (2024) CNN *Drones ucranianos con inteligencia artificial intentan alterar la industria energética de Rusia. Hasta ahora, está funcionando* <https://cnnespanol.cnn.com/2024/04/02/drones-ucranianos-ia-inteligencia-artificial-alterar-industria-energetica-rusia-hasta-ahora-funcionando-trax>

<sup>18</sup> Pardo de Santayana, José. 2024. *La inteligencia artificial y la guerra de Ucrania*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9666375.pdf> Se habla de que Ucrania ha logrado enfrentarse seriamente a Rusia y contraatacar gracias al empleo de drones, designación de objetivos con IA e inteligencia de imágenes.

Electrónicos, cuando promueva el odio y la intolerancia, realice propaganda de guerra, cause zozobra, promueva alteraciones al orden público, promueva violaciones al ordenamiento jurídico, entre otras, dispuestas en el artículo 27 de dicha norma.

De igual manera, en materia de protección del consumidor, en especial cuando se está en presencia de la figura de sectores fuertemente regulados, como sucede en materia de banca, seguros, Fintech, etc., existen parámetros de protección de datos de los usuarios y de debida atención de los derechos de los mismos, que no pueden ser dejados de lado por el uso indebido o el mal funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, siendo que dichos derechos van más allá de la protección de datos, sino que abarcan, por ejemplo, la idoneidad de las respuestas que puedan ser dadas a los clientes frente a consultas, solicitudes y reclamos, cuando estas respuestas no devengan de seres humanos sino que sean generadas a través del uso de la inteligencia artificial (por ejemplo, si conducen a error, dan información falsa sobre productos o servicios, etc.).

Sin pretensiones de ser futuristas, y teniendo presente los últimos avances en materia de ciencia y medicina, por ejemplo, que incluso involucran el uso de la inteligencia artificial a nivel médico, se debe tener presente (y ello debe replicarse en las diversas áreas del ejercicio económico), que cuando se hagan uso de estas tecnologías, igualmente deben cumplirse todas las normativas aplicables en materia de salud (igual que sucedería en cualquier otro sector de la vida económica), ya que el uso de inteligencia artificial no debe entenderse como una exclusión del ordenamiento jurídico ordinario, el cual es el primer llamado a regular cada una de las situaciones que acontezcan en la vida diaria, y que a su vez, en estos casos específicos, será complementado, más nunca sustituido, por las normas en materia de inteligencia artificial, siendo que ante la inexistencia de éstas, el primero siempre resultará aplicable.

Por último, no se puede dejar de lado las regulaciones dictadas en materia de inteligencia artificial a nivel internacional, siendo que, si bien no existe ordenamiento jurídico interno, dichas normas resultan en un parámetro de actuación del uso que debe serle dado a la inteligencia artificial en el país.

Así, se busca llamar la atención en torno a la Resolución Nro. 78/265 aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en fecha 21 de marzo de 2024, denominada Aprovechar las Oportunidades de Sistemas Seguros y Fiables de Inteligencia Artificial para el Desarrollo Sostenible<sup>19</sup>, la cual establece una serie de directrices en torno a los usos seguros de la IA y llama a todos los Estados, en primer lugar, a la promoción del uso de la inteligencia artificial, pero en forma “segura y fiable”, a emplearla como mecanismo para promover el desarrollo, a emplear en la misma mecanismos de gestión de riesgos y de protección de datos, a abstenerse de usar IA que pueda poner en riesgo los derechos humanos, entre otros aspectos de interés.

## **CONCLUSIONES**

La inteligencia artificial es una herramienta útil en el diseño de las políticas de cumplimiento organizacional y gran parte de las empresas utiliza tecnología en el desarrollo de sus procesos productivos, la gestión de auditorías, la preservación de la data

---

<sup>19</sup> [https://digitallibrary.un.org/record/4043244/files/A\\_RES\\_78\\_265-ES.pdf?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/4043244/files/A_RES_78_265-ES.pdf?ln=en)

de los clientes y de los proveedores, los procesos operativos, el diseño de indicadores de gestión, implementación de criterios ESG e incluso, pagos al personal.

Es fundamental que exista, además, un sistema de gestión de riesgos informáticos, basado en estándares internacionales, especialmente las normas ISO de la serie 27000 y la Norma específica ISO/IEC 42001-2023, ambas de la Organización Internacional de Normalización, con el objeto de evitar manipulaciones en la data, ser objeto de ataques cibernéticos o conductas que comprometan la integridad y la confianza en la organización.

Si bien en Venezuela apenas ha superado la primera discusión un proyecto de ley en discusión en la Asamblea Nacional, las empresas no pueden esperar que ésta u otra norma entre en vigencia para aplicar medidas en el sistema de gestión de riesgos, que garanticen la seguridad en el uso de la Inteligencia Artificial. En todo caso, se puede acudir a la normativa existente en el derecho positivo en el ámbito sancionatorio y desde el ámbito preventivo, evitar, a toda costa, incurrir en cualquier conducta que pueda generarle responsabilidad a la empresa.

Los criterios que sirvan de base a la implementación de la inteligencia artificial deben ser éticos y evitar discriminaciones u otros daños que afecten las relaciones de la empresa con sus proveedores y demás grupos de interés.

Para ello, deben incluirse regulaciones tanto a nivel del derecho positivo, especialmente para el caso venezolano, de la mano de normas de debida diligencia y autorregulación organizacional, supervisión por parte de personal calificado en los entes de cumplimiento interno, así como una permanente vigilancia sobre su implementación, para lo cual se deberá contar con la asesoría de personal calificado para ello.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea Nacional (2024) *Proyecto de Ley para regular el uso de la Inteligencia Artificial*. Comisión Especial del Futuro de la AN.

Beltrán, Ignasi (2023) *Algoritmos y condicionamiento por debajo del nivel consciente: un análisis crítico de, la propuesta de ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 286. DOI: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86406>

Comisión Europea (2024) Ley de Ciberresiliencia de la Unión Europea. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/cyber-resilience-act>

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

Gamero, Eduardo (2021) *La necesidad del compliance en la inteligencia artificial*. CincoDías, 12/04/2021. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/09/legal/1617964412\\_071507.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/09/legal/1617964412_071507.html)

KPMG (2024) *Future-proofing banking: The Enterprise transformation imperative* <https://kpmg.com/us/en/articles/2024/2024-us-banking-industry-outlook-survey.html>

*Ley del Sistema Venezolano para la Calidad Gaceta Oficial 37.555 del 23 de octubre de 2002*

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

*Decreto 1204 con Rango y Fuerza de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas Gaceta Oficial N° 37.148 del 28/02/2001.*

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO (2022) *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial.* <https://www.unesco.org/es/articulos/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

Organización Internacional de Normalización.(2019). Norma ISO 27001 sobre la Seguridad de la Información... <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

\_\_\_\_\_. (2022). Norma ISO 27002 sobre la Seguridad de la Información... <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

\_\_\_\_\_. (2014). Norma ISO 27015-2022 sobre la Seguridad de la Información en empresas Fintech.. : <https://www.iso.org/standard/82875.htm>,

\_\_\_\_\_(2023). ISO/IEC 25059:2023 - Requisitos de calidad de software para sistemas de inteligencia artificial (IA) <https://www.iso.org/standard/80655.html>

\_\_\_\_\_. (2019). ISO/IEC 8000-2019 - Gestión de riesgos de la seguridad de la información <https://iso8000.es/normas-iso-8000>

\_\_\_\_\_. (2023) ISO/IEC 42001. Information technology — Artificial intelligence — Management system [www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html](http://www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html)

Pardo, José. (2024) *La inteligencia artificial y la guerra de Ucrania*. Capítulo Cuarto. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/9666375.pdf>

Vasco Cotovio, Clare Sebastian, Allegra Goodwin (2024) CNN *Drones ucranianos con inteligencia artificial intentan alterar la industria energética de Rusia. Hasta ahora, está funcionando* <https://cnnespanol.cnn.com/2024/04/02/drones-ucranianos-ia-inteligencia-artificial-alterar-industria-energetica-rusia-hasta-ahora-funcionando-trax>

Vaudo, Liliana (2023) *Integración normativa para la gestión de riesgos sobre sistemas de información empresarial* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Nro 21. Diciembre 2023. Ps: 151-174. [https://rvlj.com.ve/?page\\_id=3142](https://rvlj.com.ve/?page_id=3142)

Vaudo, Liliana (2024) *Criterios de Buen Gobierno Corporativo en Empresas Fintech Venezolanas*. Especial Referencia al Sistema Financiero. Revista Internacional de Ciencias Sociales Interdisciplinarias. ISSN: 2474–6029 (versión impresa), ISSN: 2254–7207 (versión electrónica) Volumen 12, Número 1, 2024 <https://doi.org/10.18848/2474-6029/CGP/v12i01/1-22>.

# ***Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) o Convención de Mauricio***

*“La falta de transparencia genera desconfianza y una profunda sensación de inseguridad”.*  
Dalai Lama.

**Victor Hugo Guerra H.\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 87-100

**Resumen:** La Convención UNCITRAL sobre Transparencia o Convención de Mauricio es un tratado internacional adoptado en 2014. Esta Convención hace parte de la triada sobre el tema de transparencia desarrollado por UNCITRAL, junto con el Reglamento y el Registro de Transparencia. Esta Convención, tiene por objetivos la promoción de la transparencia y resguardo del interés público en los arbitrajes de inversión; la armonización de este tema a través de la promoción del Reglamento de Transparencia; y robustecer al arbitraje de inversión como medio alternativo de solución de controversias.

**Palabras clave:** Transparencia; confidencialidad; Convención de Mauricio.

***United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) or Mauritius Convention***

**Abstract:** *The UNCITRAL Convention on Transparency, or the Mauritius Convention, is an international treaty adopted in 2014. This Convention is part of the triad on the topic of transparency developed by UNCITRAL, along with the Rules on Transparency and the Transparency Registry. This Convention aims to promote transparency and safeguard the public interest in investment arbitration; to harmonize this topic through the promotion of the Rules on Transparency; and to strengthen investment arbitration as an alternative means of dispute resolution.*

**Keywords:** *Transparency; confidentiality; Mauritius Convention.*

**Recibido:** 16/11/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Lic. Estudios Internacionales Universidad Central de Venezuela. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. Miembro de las listas de Árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del ICC *Institute of World Business Law* y *Head Global* del Grupo de Trabajo de Cumplimiento.

# *Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) o Convención de Mauricio*

Victor Hugo Guerra H.\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 87-100

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. I. Contexto y aproximación al tema: 1. Aspectos semánticos. 2. Importancia de la transparencia en los arbitrajes internacionales. II. Análisis de la Convención: 1. Aspectos generales: 1.1. El Preámbulo. 1.2. La estructura de la Convención. 1.3. La definición de los tratados de inversión. 2. Del ámbito de aplicación: 2.1. Ámbito de aplicación de la Convención en relación con los tratados que sustentan el arbitraje de inversión. 2.2. Aplicación del Reglamento sobre Transparencia. 2.3. ¿Cuáles son los arbitrajes cubiertos por la Convención? 2.4. Análisis de un caso práctico para comprender el tema de la aplicación. 3. De las Reservas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA**

## **INTRODUCCIÓN**

Escribo este breve artículo en conexión con mi participación en la Jornada sobre Transparencia en el Arbitraje Internacional 2024, que se celebró en el marco del UNCITRAL LAC Day Venezuela. Participación que agradezco a la generosa invitación del Dr. Diego Castagnino<sup>1</sup>, Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil SOVEDEM, que auspicia esta jornada, junto con UNCITRAL y con la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

Terminé de escribir este artículo el 11 de noviembre de 2024, fecha en la que Francia rinde oficialmente homenaje a los soldados y víctimas de la Primera Guerra Mundial.<sup>2</sup> Es una fecha que reseño por dos razones particulares.

---

\* Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Lic. Estudios Internacionales Universidad Central de Venezuela. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. Miembro de las listas de Árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del ICC *Institute of World Business Law* y *Head Global* del Grupo de Trabajo de Cumplimiento.

<sup>1</sup> LinkedIn <https://www.linkedin.com/in/diego-castagnino-16561449/>

<sup>2</sup> El Armisticio del 11 de noviembre de 1918 fue un tratado firmado en *Le Francport*, cerca de *Compiègne*, que terminó la lucha en tierra, mar y aire en la Primera Guerra Mundial entre los Aliados y su oponente, el Imperio alemán.

La primera y, más anecdótica, es que tuve la fortuna de terminar este artículo desde la ciudad de París, durante la semana en la que celebramos la Conferencia Anual del ICC *Institute of World Business Law* de la *International Chamber of Commerce*. Un espacio académico y profesional, en el que discutimos las últimas tendencias del arbitraje internacional, así como aspectos del derecho internacional y temas relevantes para el derecho de los negocios.

La segunda referida a la importancia que ha tenido para el mantenimiento de la paz mundial la labor desarrollada por el sistema multilateral. Primero por la Sociedad de Naciones, precursora de la Organización de las Naciones Unidas, y hoy por esta última, la cual resalta en su Carta la relevancia de “*preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles*”, y además “*crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*”.

Este último objetivo le da mucho sentido a la labor normativa de UNCITRAL, como agencia especializada de las Naciones Unidas, y, a la Convención de Mauricio, le provee de una base fundacional y de principios orientadores claves. Así, podemos afirmar que la Convención se basa en los principios fundamentales de la buena gobernanza y respeto a los derechos humanos, siendo entonces la transparencia una expresión de los valores fundamentales de las Naciones Unidas.

Formalmente, la Convención de Mauricio se denomina “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, y fue adoptada mediante la Resolución A/RES/69/116 de la Asamblea General el 10 de diciembre de 2014, en la ciudad de Nueva York; abriéndose a su firma en Port Louis, Mauricio, el 17 de marzo de 2015, durante la ceremonia formal de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI o, UNCITRAL por su acrónimo en inglés (en lo sucesivo la “**Convención de Mauricio sobre la Transparencia**” o, simplemente, la “**Convención de Mauricio**”).<sup>3</sup>

La Convención de Mauricio entró en vigor el 18 de octubre de 2017, conforme a lo dispuesto en su Art. 9, es decir, seis meses después de la fecha en que se depositó el tercer instrumento de ratificación, el de Suiza (18/04/2017), el cual se sumó a los depósitos de Canadá (12/12/2016), y de Mauricio (05/06/2015).<sup>4</sup> Se trata, si se quiere, de un tratado relativamente joven, pues tiene apenas menos de una década de existencia y, tan solo, cinco años de vigor. Por ello, aun toca seguir esperando su evolución, para ver cómo se desarrollará su eficacia e implementación.

La renuencia de los Estados a la adopción masiva e inmediata de la Convención de Mauricio nos sugiere que los Estados y los particulares aún tienen un largo camino que recorrer en materia de transparencia, pues, siguen considerando la confidencialidad como una herramienta importante

---

<sup>3</sup> Los Estados y las organizaciones regionales de integración económica que no hayan firmado la Convención de Mauricio en Port Louis, lo pueden hacer posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, conforme al Art. 7(1) de esta Convención.

<sup>4</sup> La Convención de Mauricio sobre la Transparencia está en vigor a la fecha de este artículo (11/11/2024) para 9 Estados de las más diversas regiones del planeta: Australia, Benín, Bolivia, Camerún, Canadá, Gambia, Iraq, Mauricio y Suiza.

para resolver las controversias en materia de inversiones, a través del arbitraje internacional. Así, la confidencialidad aún les permite evitar revelaciones y publicidad de aspectos que pudieran generar, sobre todo para los Estados, una exposición innecesaria de los casos, lo cual se traduciría, por ejemplo, en la divulgación de eventuales conductas embarazosas por parte de los oficiales de gobierno, generando, cuando menos, protestas sociales innecesarias.

En las siguientes líneas desarrollaré en términos generales, pero articulados, los aspectos fundamentales de la Convención de Mauricio, incorporando algunos comentarios a las normas que he considerado pertinentes.

## **I. Contexto y aproximación al tema**

### ***1. Aspectos semánticos***

La Convención de Mauricio trata sobre el tema de la transparencia, un término que debe confrontarse con el de la confidencialidad, pues ambos son conceptos opuestos en el manejo de la información y de las actividades que se surten en el marco de los procesos arbitrales en general, y de los arbitrajes de inversión en particular.

La transparencia se refiere, en líneas generales, a la apertura y a la claridad en las comunicaciones, e implica compartir información de manera accesible, clara y comprensible, permitiendo que las partes interesadas y la colectividad, conozcan las decisiones, preliminares o definitivas en un proceso, así como los distintos actos que conducen a ellas. Por ello, la transparencia es fundamental en contextos como la gestión pública; la responsabilidad corporativa y la comunicación organizacional; y también, como lo ha demostrado la labor normativa de UNCITRAL, en los arbitrajes de inversión. La transparencia hace parte de la idea de gobernanza, término acuñado por organismos de financiamiento internacional como el Banco Mundial.

La confidencialidad, por su parte, implica proteger la información y restringir su acceso sólo a personas autorizadas. Se utiliza para salvaguardar datos sensibles, como información personal, secretos comerciales o estrategias empresariales. La confidencialidad es esencial en ámbitos como la salud, la privacidad de datos y, obviamente, ha sido un principio básico en los mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje y la conciliación.

La transparencia persigue la robustez del marco institucional que sostiene a los procesos de arbitraje. Así, por ejemplo, algunas de las modificaciones introducidas en el 2021, al Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, buscaron aumentar la transparencia de los arbitrajes de esta Corte, en relación con su composición y funcionamiento (Apéndices I y II), y la comunicación de la motivación de sus decisiones, cuando lo solicite cualquiera de las partes (Apéndice II, Art. 5). Pero también dicho Reglamento regula la confidencialidad señalando que *“A solicitud de cualquier parte, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e*

*información confidencial.*” (Art. 22; y otras provisiones sobre la confidencialidad se pueden encontrar en el Art. 8 del Apéndice I; y en el Art. 1 del Apéndice II).<sup>5</sup>

Otras referencias a la confidencialidad y transparencia las encontramos en el marco de los arbitrajes que se llevan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.<sup>6</sup> En el CIADI ambos temas dependen del acuerdo de las partes o, de las disposiciones aplicables al instrumento que contiene el consentimiento de éstas. Así, el tratado, el contrato o la ley pueden incluir disposiciones específicas en materia de confidencialidad y transparencia aplicables al procedimiento de arbitraje.<sup>7</sup> En ausencia de éstos, las Reglas del CIADI sobre transparencia serán aplicables en el procedimiento.<sup>8</sup>

Ahora bien, la transparencia en el arbitraje se enfrenta al desafío de los procedimientos, que, por su naturaleza, deben ser inherentemente confidenciales, lo cual limita la divulgación de información. Además, aún existe el debate sobre el equilibrio necesario entre una sana transparencia y la protección de la confidencialidad, la privacidad y los intereses comerciales de las partes.

En todo caso, la transparencia busca dar solidez institucional y estructural a los procesos arbitrales, mientras que la confidencialidad se centra en proteger la información y privacidad de las partes y del caso. En mi opinión, ambas nociones son relevantes y, deben aplicarse de forma equilibrada según el contexto y circunstancias de cada situación concreta.

## ***2. Importancia de la transparencia en los arbitrajes internacionales***

La transparencia en los arbitrajes internacionales persigue, como he dicho, brindarle solidez institucional a este medio alternativo de administración de justicia, y se refiere a la necesaria claridad y apertura en tales procedimientos de resolución de conflictos, tanto para las partes como para los terceros interesados, y la colectividad en general.

La transparencia es primordial por varias razones:

i. **La confianza en el sistema:** La transparencia ayuda a generar confianza entre las partes involucradas y la sociedad en general. Cuando los procedimientos son claros y accesibles, se fortalece la legitimidad del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos.

---

<sup>5</sup> Ver <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

<sup>6</sup> Ver <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-ciadi/capitulo-X-publicacion-acceso-al-procedimiento-y-presentaciones-de-partes-no-contendientes#rule-13676>

<sup>7</sup> Un ejemplo de disposición de un tratado, en materia de transparencia, es la contenida en el Artículo 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA). Ver [https://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6\\_12s.asp](https://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6_12s.asp)

<sup>8</sup> Ver Reglas de Arbitraje del CIADI, Capítulo X: Publicación, Acceso al Procedimiento y Presentaciones de Partes No Contendientes. Usualmente, el tribunal arbitral dispone sobre la transparencia en la primera resolución procesal del tribunal.

- ii. El **acceso a la información**: Implica que las partes y, en ocasiones el público, puedan acceder a la información relevante sobre el proceso, las decisiones y las razones que sustentan los laudos arbitrales. Ello es especialmente importante en casos de gran relevancia comercial o política, como, por ejemplo, los relacionados con los arbitrajes internacionales de inversión.
- iii. La **prevención de abusos a la institucionalidad y a los procesos**: La transparencia actúa como un mecanismo de control que puede prevenir comportamientos poco éticos o abusos por parte de los árbitros o de las partes. Cuando los procedimientos son visibles, se procura reducir la posibilidad de procesos y decisiones arbitrarias.
- iv. El **establecimiento de mejores prácticas y estándares claros**: La promoción de la transparencia también contribuye a establecer mejores prácticas en el ámbito del arbitraje internacional. Esto puede incluir la publicación de laudos y la divulgación de información sobre los árbitros, así como la rendición de cuentas del proceso arbitral.
- v. El **desarrollo de jurisprudencia**: La publicación de laudos y decisiones arbitrales fomenta el desarrollo de una jurisprudencia más sólida, permitiendo a las partes, a sus asesores legales, y a los operadores jurídicos en general, comprender mejor las tendencias y criterios utilizados en casos precedentes. En suma, los laudos arbitrales nutren la formación de fuentes del Derecho como la *lex mercatoria*, mejorando así el marco normativo aplicable a los negocios internacionales.

En el caso concreto de la Convención de Mauricio y, gracias a los objetivos plasmados en el Reglamento sobre Transparencia, la transparencia busca:

- i. Crear conocimiento público del inicio de un arbitraje entre inversionistas y Estados.
- ii. Hacer públicos los documentos que incluyen las decisiones y laudos de los tribunales arbitrales.
- iii. Permitir que terceros consignen presentaciones a los tribunales arbitrales cuando dichas presentaciones sean útiles y pertinentes y no demoren, interfieran o aumenten indebidamente los costos de los procedimientos.
- iv. Permitir presentaciones por una Parte no contendiente, ya sea un Estado o una organización de integración económica regional, en el tratado de inversión.
- v. Permitir audiencias públicas.

En todo caso, la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre Transparencia, preservan el poder existente de los tribunales arbitrales para permitir procedimientos a puerta cerrada y, restringir el acceso a documentos, o a partes de ellos, cuando sea necesario proteger la información confidencial y sensible, así como la integridad del proceso arbitral.

Para UNCITRAL la transparencia en los arbitrajes de inversión ha sido un tema primordial, ya que los arbitrajes de inversión abarcan, normalmente, cuestiones de interés público, como, por

ejemplo, asuntos de política ambiental, social y comunitaria, en los que la transparencia de los procesos y su resolución son claves.<sup>9</sup> Se trata de dar un paso adelante, sobre el principio de la confidencialidad, la cual ha sido un aspecto tradicional e importante para el desarrollo del arbitraje.

En conclusión, la transparencia en los arbitrajes internacionales de inversión es hoy un elemento fundamental para asegurar una adecuada administración de justicia, la equidad y la confianza en este medio de resolución de controversias.

## **II. Análisis de la Convención**

Las normas de UNCITRAL sobre la transparencia constan en tres instrumentos, el Reglamento UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado o Reglamento sobre la Transparencia (2013) que ya hemos referido; la Convención Mauricio (2014) objeto principal de este artículo; y el Registro de Transparencia.<sup>10</sup> En esta sección analizo, en mayor detalle, la Convención de Mauricio.

### **1. Aspectos generales**

#### **1.1. El Preámbulo**

Tres aspectos me interesan mencionar del Preámbulo de la Convención de Mauricio.

En primer lugar, el Preámbulo resalta la necesidad de que exista transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, ya que se trata de una materia que afecta el interés público. En otras palabras, el objeto de dichos arbitrajes desborda el mero interés de un negocio estrictamente privado y comercial, e impacta, por lo general, temas que atañen a la colectividad.

En segundo lugar, la promoción de la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia pues, considera que éste contribuye considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado, para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones. Y es que, precisamente, UNCITRAL persigue, a través de su labor internacional, la armonización del derecho aplicable a los asuntos mercantiles y de negocios.

En tercer lugar, pero no menos importante, el reconocimiento del arbitraje como un método para resolver las controversias que puedan surgir en el contexto de las relaciones internacionales,

---

<sup>9</sup> Ver por ejemplo, Caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II) 2009*, basado en el Tratado de Inversión Bilateral Ecuador – Estados Unidos (1993). Documentación disponible en <https://www.italaw.com/cases/257>

<sup>10</sup> El Registro de Transparencia es una base de datos en línea, también conocida como “archivo de la transparencia”, que contiene información relativa al arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. La información que se publica en el Registro de Transparencia incluye los expedientes de los casos, las decisiones y los laudos, así como otra información que pueda explicar el resultado de los procesos. Tal y como lo señala la UNCITRAL, al hacer que la información sobre los casos de arbitrajes de inversión esté disponible de manera oportuna y precisa, el Registro de Transparencia puede mejorar la previsibilidad y la seguridad jurídica de las inversiones y de las medidas o acciones del Estado que afecten a esas inversiones.

y en tal sentido, la utilización amplia y generalizada del arbitraje para la solución de disputas entre inversionistas y Estados.

Se trata, en mi opinión, y como lo he sostenido en otros trabajos previos, del uso del arbitraje para alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible N. 16 de las Naciones Unidas, relativo a la Paz, la Justicia y las Instituciones Sólidas. Así, los arbitrajes de inversión contribuyen a una solución pacífica de controversias, evitando reclamaciones entre Estados que pudieran degenerar en conflictos bélicos.<sup>11</sup>

Finalmente, vale la pena indicar, que el Preámbulo también refuerza, directamente, la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes: i. que sean celebrados de conformidad con tratados vigentes antes del 1 de abril de 2014; y, ii. que no estén, necesariamente, sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>12</sup>

### **1.2. La estructura de la Convención**

La Convención de Mauricio se estructura en un total de 11 artículos, distribuidos según mi mejor criterio, de la siguiente manera:

- i. Del Ámbito de Aplicación, Art. 1 y 5.
- ii. De la Aplicación del Reglamento sobre Transparencia, Art. 2.
- iii. De las Reservas, Arts. 3 y 4.
- iv. De la Participación de organizaciones regionales de integración económica, Art. 8.
- v. Y, De las Normas Estándar de los Tratados Internacionales: Depósito (ante el Secretario General de las Naciones Unidas), Art. 6. La Firma, Ratificación, Aceptación, Aprobación, Adhesión, Art. 7. La Entrada en Vigor, Art. 9. La Enmienda, Art. 10. Y, la Denuncia, Art. 11.

En esta segunda sección del artículo, desarrollaré, especialmente, los artículos 1, 2, 3 4 y 5 de la Convención de Mauricio.

### **1.3. La definición de tratados de inversión**

La Convención en su Art. 1 (2) define, de forma bastante amplia, lo que debemos entender por tratados de inversión, abarcando las distintas posibilidades de acuerdos internacionales. Así:

*“(...) se entenderá todo tratado bilateral o multilateral, incluidos los tratados comúnmente denominados acuerdos de libre comercio, acuerdos de integración económica, acuerdos marco o de cooperación en materia de comercio e inversiones, o tratados bilaterales de inversiones, que contenga disposiciones sobre la protección de las inversiones o los inversionistas y el derecho*

---

<sup>11</sup> Ver en tal sentido, Víctor Hugo Guerra H.: El rol del arbitraje de inversión en las relaciones comerciales internacionales. El Tratado Bilateral de Inversión Colombo-Venezolano 2023. En Boletín Iberoamericano de Arbitraje N. 3 (Dic. 2023), Caracas, Venezuela. <https://arbitrajecccc.org/publicaciones/biam/tercera-edicion-diciembre-2023/>

<sup>12</sup> Reglamento sobre Transparencia, Art. 1, párrafos (2) y (9). Ver <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>

de los inversionistas a recurrir al arbitraje contra las partes contratantes en ese tratado de inversiones.”. (Resaltado nuestro).

## 2. Del ámbito de aplicación

La Convención de Mauricio consagra varias normas para establecer distintos aspectos relacionados con su ámbito de aplicación.

### 2.1. *Ámbito de aplicación de la Convención en relación con los tratados que sustentan el arbitraje de inversión*

En primer lugar, la Convención determina a cuáles arbitrajes de inversión ella se aplica, en relación con los tratados que los sustentan. Así, el Art. 1 (1) señala:

*“La presente Convención se aplicará a los arbitrajes entre un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica **sustanciados de conformidad con un tratado de inversiones celebrado antes del 1 de abril de 2014** (“arbitrajes entre inversionistas y Estados”).”* (Resaltado nuestro).

Con esta norma la Convención extiende, de manera eficiente, la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes sustanciados antes de la entrada en vigor del Reglamento. Se trata de un efecto retroactivo en la aplicación del Reglamento que busca promover la transparencia y la rendición de cuentas en los procesos de arbitraje de inversión, independientemente de cuándo se firmaron los tratados que los prevén. En nuestra opinión, ello se puede sustentar en varias razones:

- i. El **principio de la buena fe**: Los Estados y partes involucradas en arbitrajes internacionales deben actuar de buena fe y cumplir con los estándares de transparencia, incluso en relaciones jurídicas previas a la vigencia formal del Reglamento. Su ampliación en el tiempo se logra de manera útil a través de la Convención de Mauricio, y de la voluntad de los Estados de hacerse parte de ella.
- ii. La **evolución normativa**: La comunidad internacional ha ido evolucionando en cuanto a la importancia de la transparencia en los procedimientos de arbitraje. La aplicación retroactiva del Reglamento se considera un paso hacia la modernización y mejora de la confianza en el sistema arbitral, y repito, la Convención le permite a los Estados hacerlo, cuando voluntariamente se hacen parte de esta.
- iii. El **interés público**: Los arbitrajes de inversión, como he dicho, pueden tener un impacto significativo en el interés público. Por lo tanto, la transparencia es esencial para garantizar que se tomen decisiones justas y responsables, y ese es precisamente el marco normativo armonizado que nos brinda UNCITRAL a través del Reglamento sobre Transparencia y la Convención de Mauricio.
- iv. El compromiso con **las mejores prácticas**: Muchos Estados ya han adoptado un enfoque proactivo hacia la transparencia en los arbitrajes, reconociendo que esto puede mejorar la

percepción pública y la legitimidad de los procesos arbitrales. La Convención de Mauricio apoya este enfoque al ampliar la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes sustanciados en base a tratados vigentes antes del 1 de abril de 2014.

Por lo tanto, la Convención Mauricio actúa como un marco que busca extender principios de transparencia a un ámbito más amplio, fomentando un entorno de gobernanza responsable y accesible, así como la promoción de un sistema de administración de justicia responsable y equitativo. La transparencia es un principio fundamental en la gobernanza pública y, su amplia aplicación contribuye, positivamente, al desarrollo eficiente de los arbitrajes de inversión.

## **2.2. Aplicación del Reglamento sobre Transparencia**

La Convención de Mauricio establece cómo debe aplicarse el Reglamento sobre Transparencia. Así el Art. 2 señala dos supuestos.

En primer lugar, lo relativo a la aplicación bilateral o multilateral del Reglamento:

*“Aplicación bilateral o multilateral. 1. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a).”*

El segundo lugar, la aplicación del Reglamento como una oferta unilateral de aplicación:

*“Oferta unilateral de aplicación. 2. Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandante consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia.”*

Quiero resaltar que en ambos supuestos la aplicación del Reglamento sobre Transparencia puede darse, con independencia de si el arbitraje se sigue o no sobre la base del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aspecto que también se señala en el Preámbulo, tal y como lo indique, por referencia al Art. 1, párrafo (9) del Reglamento sobre Transparencia.

De otra parte, los párrafos (3) (4) y (5) del Art. 2 de la Convención de Mauricio establecen los siguientes aspectos que consideramos importante resaltar:

i. La versión aplicable del Reglamento sobre Transparencia será la versión más reciente del mismo, respecto de la cual el demandado no haya formulado ninguna reserva en virtud del Art. 3, párrafo (2). En este sentido, es importante recordar que el Art. 4, párrafo (4) de la Convención, señala que tales reservas surten efectos inmediatos.

ii. La última frase del artículo 1.7 del Reglamento sobre la Transparencia no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en virtud del párrafo (1) del Art. 2. Dicha frase prevé que “(...) cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el tratado prevalecerá lo dispuesto en el tratado.”. Con lo cual se le da, en mi opinión, una primacía a la aplicación del Reglamento sobre Transparencia.

iii. Y, los demandantes no podrán invocar una cláusula de la nación más favorecida, con el fin de hacer aplicable o no, el Reglamento sobre Transparencia. Con ello, se le da, nuevamente en mi opinión, un carácter prevalente a las disposiciones de la Convención, especialmente a su Art. 2, para determinar cuándo y cómo se debe aplicar el Reglamento sobre Transparencia.

### **2.3. ¿Cuáles son los arbitrajes cubiertos por la Convención?**

La Convención define a cuáles arbitrajes ella, sus reservas o el retiro de éstas, se aplicarán (Art. 5). Así:

*“La presente Convención y toda reserva, o retiro de una reserva, se aplicarán únicamente a los arbitrajes entre inversionistas y Estados iniciados después de la fecha en que entre en vigor la Convención o en que surta efecto una reserva, o retiro de una reserva, con respecto a cada Parte de que se trate.”* (Resaltado nuestro).

Recordemos que la Convención entró en vigor el 18 de octubre de 2017, y que, por lo tanto, ella será aplicable a los arbitrajes de inversión que se inicien después de esa fecha. En tal sentido, y en relación con la aplicación del Reglamento sobre Transparencia, en base a la Convención, deberá mirarse si se trata de una aplicación bilateral o multilateral, o, de una oferta unilateral de aplicación de éste.

### **2.4. Análisis de un caso práctico para comprender el tema de la aplicación**

Para comprender mejor los diversos aspectos de la aplicación, previstos en la Convención de Mauricio, analizaré un caso práctico. A título de ejemplo, veamos el caso de Australia.

Australia firmó la Convención el 19 de julio de 2017, la ratificó el 17 de septiembre de 2020, y ésta entró en vigor para este país el 17 de marzo de 2021.<sup>13</sup> En el 2023, un inversionista de Singapur demandó en arbitraje a Australia, en base al Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda, firmado en el 2009, y vigente desde el 10 de enero del 2010.<sup>14</sup>

De acuerdo con la Convención de Mauricio podríamos concluir lo siguiente:

---

<sup>13</sup> Ver Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency/status>

<sup>14</sup> Ver las referencias a este caso en *Investment Dispute Settlement Navigator* <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/11/australia>

- i. El Art. 1, párrafo (1) establece que la Convención se aplicará a los arbitrajes sustanciados en base a tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014. El Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda es del 2009, y, por lo tanto, estaría cubierto.
- ii. El Art. 1, párrafo (2) parte de una definición amplia de tratados de inversión, en los que se incluyen los tratados de libre comercio, por lo cual también el Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda estaría incluido.
- iii. El Art. 2 establece, como he dicho, dos supuestos para la aplicación del Reglamento sobre Transparencia. En este caso, sólo Australia ha ratificado la Convención de Mauricio, por lo que tendríamos que mirar el supuesto previsto en el párrafo (2) de dicha norma, es decir, la oferta unilateral. En este caso, Australia es la parte demandada, y, al menos de la información pública, no consta que haya formulado alguna reserva relacionada con ese arbitraje. Pero obvio, para cerrar el supuesto de la norma, en relación con la oferta unilateral, le correspondería al inversionista de Singapur consentir en la aplicación del Reglamento sobre Transparencia.
- iv. Finalmente, el Art. 5 señala que el arbitraje debe haberse iniciado después de la fecha en que entre en vigor la Convención con respecto a cada Parte de que se trate, y éste es el caso, pues la Convención entró en vigor para Australia en el 2021, y éste es un arbitraje iniciado en el 2023.

Sobre la base del análisis anterior es que, en mi opinión, debe analizarse la aplicación de la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre Transparencia a cada caso concreto.

### **3. De las Reservas**

La Convención de Mauricio prevé cuáles son las posibles reservas que se pueden hacer a ésta, y la manera en que ellas deben formularse, Art. 3 y 4.

Así, el tipo de reservas se prevé en los párrafos (1) y (2) del Art. 3, y no se permiten reservas distintas de las especificadas en dichos párrafos, conforme a lo previsto en el párrafo (4) del mismo Art. 3.

En el Art. 3, párrafo (1) la Convención adopta un enfoque de lista negativa, es decir, la Parte que desee excluir un tratado de inversión específico y/o un conjunto específico de reglas de arbitraje, de la aplicación de la Convención, debe enumerarlas explícitamente, es decir, cuál es dicho tratado y/o conjunto de reglas de arbitraje que desea reservarse.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Hasta ahora sólo la Unión Europea a echo reservas a la Convención de Mauricio, y lo hizo al momento de su firma. Así, la Unión Europea de conformidad con el artículo 3(1)(a) de la Convención de Mauricio declaró que se reservaba y que por lo tanto no aplicará, la Convención de Mauricio cuando actúe como demandada en caso de una controversia iniciada en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) contra un Estado miembro de la Unión Europea que no sea parte de la Convención, a menos que se acuerde otra cosa con el Estado miembro de la Unión Europea de que se trate. El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) es un acuerdo multilateral, que a la fecha de esta reserva contaba con 56 partes contratantes. Esta reserva de la Unión Europea se aplicará con respecto a todas las partes contratantes que sean partes de la Convención de Mauricio.

Por su parte, el Art. 3, párrafo (2), prevé que en caso de que se revise el Reglamento sobre Transparencia, y dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de dicha revisión, un Estado parte de la Convención podrá declarar que no aplicará esa versión revisada del Reglamento. Tal reserva entra en efecto de manera inmediata, es decir, no tiene un plazo de espera para su efectividad.

Adicionalmente, el Art. 3, párrafo (3), establece que las Partes podrán formular múltiples reservas, detallando la forma en cómo debe hacerse.

Por último, el Art. 4 define los plazos específicos para la formulación, aceptación, retiro y depósito de las reservas, proporcionando el nivel necesario de flexibilidad, al tiempo que se garantiza que las reservas no puedan utilizarse para frustrar el propósito de la Convención de Mauricio.

## **CONCLUSIONES**

El Reglamento sobre Transparencia, la Convención de Mauricio y el Registro de Transparencia de UNCITRAL son un esfuerzo multilateral y armonizado, relativamente reciente, para fortalecer la institucionalidad del arbitraje de inversión, a través de la promoción de la transparencia.

El Reglamento sobre Transparencia estableció el conjunto de normas procesales que aseguran la transparencia y la accesibilidad al público de los arbitrajes entre inversionistas y Estados basados en tratados, cuyos procedimientos se hubieran llevado a cabo, normalmente, a puerta cerrada. Así, el Reglamento sobre Transparencia y, por lo tanto, la Convención de Mauricio, tienen en cuenta el interés público, pero, buscando el necesario balance entre los conceptos de transparencia y confidencialidad del arbitraje.

La Convención debe considerarse como una herramienta útil para el desarrollo sostenible y a largo plazo de los arbitrajes de inversión, y, en general, se espera que la Convención contribuya, significativamente, a mejorar la transparencia en el régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Así, como hemos visto, el fin primordial de la Convención es hacer pública la información sobre las disputas que surgen de dichas inversiones, contribuyendo a crear confianza en el marco internacional de inversiones existente. Además, la Convención constituye un paso muy importante para responder a los desafíos crecientes en relación con la legitimidad del derecho internacional de las inversiones y el arbitraje como tal.

Esos desafíos incluyen, entre otros: un número cada vez mayor de arbitrajes entre inversionistas y Estados basados en tratados, incluido un número cada vez mayor de demandas frívolas; un monto cada vez mayor de daños y perjuicios otorgados a los inversionistas; una creciente inconsistencia de los laudos y las preocupaciones sobre la falta de previsibilidad y estabilidad jurídica; y por último, las incertidumbres sobre cómo el sistema de solución de

controversias entre inversionistas y Estados es capaz de interactuar con importantes consideraciones de política pública.

Finalmente, espero que la Convención de Mauricio ayude a mejorar la comprensión pública de los arbitrajes de inversión, aumente su credibilidad general y, en definitiva, sirva para asegurar que las eventuales controversias entre los particulares y los Estados se solventen a través de medios de solución pacífica como lo es el arbitraje de inversión, coadyuvando así a alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible N. 16, relativo, como he dicho, a la consecución de la paz, la justicia y la prevalencia de instituciones sólidas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”) <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency>

Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI (Reglas de 2022) <https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/arbitraje/convenio/confidencialidad-y-transparencia/2022>

Guerra Hernández, Víctor Hugo: El rol del arbitraje de inversión en las relaciones comerciales internacionales. El Tratado Bilateral de Inversión Colombo-Venezolano 2023. En Boletín Iberoamericano de Arbitraje N. 3 (Dic. 2023), Caracas, Venezuela. <https://arbitrajeccc.org/publicaciones/biam/tercera-edicion-diciembre-2023/>

Guidance on signature, ratification, acceptance, approval and accession [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mauritius\\_convention\\_accession\\_kit.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mauritius_convention_accession_kit.pdf)

Reglas y Reglamentos del CIADI <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-ciadi/capitulo-X-publicacion-acceso-al-procedimiento-y-presentaciones-de-partes-no-contendientes#rule-13676>

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA). Ver [https://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6\\_12s.asp](https://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6_12s.asp)

Transparency in Investor-State Arbitration: The Mauritius Convention. 23/12/2016 by Aceris Law LLC. <https://www.acerislaw.com/transparency-investor-state-arbitration-mauritius-convention/>

# Reseña de la obra «*El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]*» de Isabella Pecchio Brillembourg

Andrea I. Rondón García\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 101-109

**Resumen:** En este artículo reseño el libro *El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]* de Isabella Pecchio Brillembourg. En este libro la autora llama la atención sobre el infraseguro involuntario, esto es, aquel en el que el valor asignado a la indemnización o suma asegurada resulta ser inferior al valor del bien, pero no ha sido acordado ni previsto por las partes. En la economía venezolana, una figura que debería ser la excepción, por la aplicación limitada y estándar del principio indemnizatorio, se ha vuelto la regla.

**Palabras claves:** contrato de seguro, infraseguro, inflación.

**Review of the book «*The indemnity principle in the insurance contract [Towards a new dimension due to the effects of inflation]*» by Isabella Pecchio Brillembourg**

**Abstract:** *In this article I made the review of the book *The indemnity principle in the insurance contract [Towards a new dimension due to the effects of inflation]* by Isabella Pecchio Brillembourg. In this book the author demands attention to involuntary underinsurance, that is, the one in which the value assigned to the compensation or sum insured turns out to be lower than the value of the asset, but it has not been agreed or foreseen by the parties. In the Venezuelan economy, a figure that should be the exception, due to the limited and standard application of the indemnity principle, has become the rule.*

**Keywords:** insurance contract, underinsurance, inflation.

**Recibido:** 18/11/2024  
**Aprobado:** 25/11/2024

---

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

# **Reseña de la obra «*El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]*» de Isabella Pecchio Brillembourg**

**Andrea I. Rondón García\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 101-109

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Los retos. 2. Los acuerdos. 3. Los «desacuerdos». Palabras finales. Bibliografía.**

## **Palabras al Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández**

No tuve la oportunidad de recibir clases o conocer en persona al Dr. Borjas Hernández. Pero desde mis primeros años como estudiante tuve contacto con su obra. El Dr. Borjas Hernández era una figura importante en la Universidad Central de Venezuela.

Temas clásicos de Derecho Mercantil como La reforma del sistema financiero. La unión o concentración de empresas y de sociedades y la escisión o segregación de las mismas. Función anormal de las sociedades; Adquisición anormal de acciones por la propia sociedad emitente; Interpretación del artículo 263 del Código de Comercio; Duración de los ejercicios económicos de la sociedad de comercio; los pude consultar en la Revista de Derecho Mercantil o la Revista de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, siendo Director de esta última. Hoy ambas publicaciones han desaparecido.

Afortunadamente, el trabajo de divulgación de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil ha venido a llenar el espacio que dejaron las revistas especializadas de Derecho Privado. Siempre reconoceré la labor constante de la Junta Directiva de SOVEDEM por divulgar esta disciplina de Derecho Privado y por mantener vigente la obra de intelectuales de la talla del Dr. Borjas Hernández.

---

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

## INTRODUCCIÓN

El pasado 22 de agosto de 2024 tuve el honor de reseñar la primera obra de Isabella Pecchio Brillembourg, *El principio indemnizatorio en el contrato de seguros [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]*.

Interesante obra para los tiempos que nos ha tocado vivir, especialmente este 2024 en el que el fantasma de la hiperinflación vuelve a tocarnos la puerta. Libro por demás necesario considerando la poca bibliografía que aborda el tema y mucho más escasa en el sector asegurador.

En este libro la autora llama la atención sobre el infraseguro involuntario, esto es, aquel en el que el valor asignado a la indemnización o suma asegurada resulta ser inferior o menor al valor del bien o cosa<sup>1</sup>, pero no ha sido acordado ni previsto por las partes. En la economía venezolana, lamentablemente, una figura que debería ser la excepción, por la aplicación limitada o estándar del principio indemnizatorio, se ha vuelto la regla. La autora aborda este fenómeno y plantea propuestas para la aplicación del principio indemnizatorio que logre el resarcimiento pleno del asegurado.

En este artículo dejo la reseña que tuve el honor de hacer el pasado mes de agosto, con la esperanza de interesar al foro en la lectura de este libro y continuar el debate iniciado por Isabella Pecchio Brillembourg de un modo tan bien documentado, escrito y pensado.

### ***1. Los retos***

La autora se enfrentaba a un ambiente legislativo y regulatorio muy cambiante. Desde el año 2022 circulaba un proyecto de reforma de la Ley de la Actividad Aseguradora que finalmente se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.770 Extraordinario de fecha 29 de noviembre de 2023, cuya entrada en vigencia ocurrió a los pocos meses después de su publicación.

Un gran número de temas regulados por la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora requerían además de un desarrollo en normas prudenciales que apenas fueron publicadas en la Gaceta Oficial No. 6.835 Extraordinario de fecha 3 de septiembre de 2024. A pesar del nuevo entorno legislativo y regulatorio, el análisis y estudio de un tema tan álgido y difícil como es la inflación sigue siendo una necesidad.

### ***2. Los acuerdos***

El libro me sorprendió gratamente porque no sólo se enfoca con el infraseguro como consecuencia inevitable de la inflación, sino que detalla de forma exhaustiva los aspectos sustantivos y adjetivos del seguro.

---

<sup>1</sup> Isabella Pecchio Brillembourg, *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional-Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2024), 26.

Además, es reconfortante leer un libro en materia de seguros, lo que no ocurre con frecuencia, que destaca la verdadera naturaleza de este contrato, es decir, privada. Lo que hoy en día vemos como una hiperregulación legislativa del seguro constituye una desnaturalización de un contrato que en esencia es privado.

El tono en el que la autora nos habla a lo largo de toda la obra nos recuerda que el contrato de seguro forma parte del Derecho Privado y no de esa expresión que emplean algunos abogados administrativistas como es derecho regulatorio (minúsculas adrede), que constituye una distorsión para referirse a la parte de control y supervisión del seguro, lo que lamentablemente está presente en toda el área de seguros.

Uno de los capítulos más importantes del libro se refiere a la parte de las propuestas para remediar la situación que pone sobre el tapete la autora. La autora no se queda en el diagnóstico sino que también es propositiva y en el capítulo VIII plantea las siguientes alternativas:

En primer lugar, «Resarcimiento del daño causado por parte del tercero Responsable», en el que propone que «...en aquellos casos en que debe asumir el porcentaje del riesgo no cubierto por el seguro, creemos que (i) no estaría obligado a traspasar la plena propiedad del bien asegurado a la empresa aseguradora, siendo que el monto recibido por concepto de indemnización es notablemente *inferior* al valor del bien asegurado, y (ii) mantendría –hasta por la porción no cubierta por la empresa aseguradora– los derechos y acciones contra el tercero responsable del siniestro»<sup>2</sup>.

También propone, según el *Principio del contrato-ley y sobreseguro voluntario* que «Las partes en el momento de la contratación de la póliza establezcan expresamente (i) la posibilidad de un sobreseguro, (ii) métodos de revalorización de la indemnización o suma asegurada y prima, en casos de inflación, y/o (iii) la prohibición para el asegurador de generarse un beneficio o enriquecimiento al margen de la *causa* del propio contrato (que es la de asegurar un bien asumiendo el riesgo a cambio del pago de una prima). Esta última opción consistiría, por una parte, en que las aseguradoras incluyesen en sus modelos de póliza el principio indemnizatorio...»<sup>3</sup>.

Esta sería la alternativa más consustancial con la naturaleza propia del contrato de seguros y por la cual me inclinaría. Pero lamentablemente tiene el inconveniente que la misma autora advierte al señalar que estos acuerdos deben incluirse en los modelos de póliza.

Pecchio destaca la importancia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes al señalar que «... debe considerarse, entonces, que la voluntad de las partes debe respetarse en su totalidad siempre que no contravenga la ley y, en especial, las normas de orden público, entendiéndose o traduciéndose como ley máxima entre ellos, creándose, en consecuencia, entre las partes de un contrato, una obligación de cumplimiento ineludible. Y es que, aun atendiendo al carácter de *contrato por adhesión* y extrema regulación en el caso de los contratos de seguro,

---

<sup>2</sup> Pecchio Brillembourg, « *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro ...* », 181-182.

<sup>3</sup> Pecchio Brillembourg, « *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro ...* », 184.

deben entenderse igualmente estos contratos (pólizas) regidos por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (con las matizaciones del caso) y, en consecuencia, siendo aplicable el *principio del contrato-ley* referido»<sup>4</sup>.

Aunque la autora rescata y defiende este principio del Derecho Privado, al incluir frases como «no contravenga la ley», «normas de orden público», «*contrato por adhesión*», «extrema regulación en el caso de los contratos de seguro», nos trae a la realidad de este contrato, en el que lamentablemente se ha suprimido casi por completo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

No olvidemos que son atribuciones de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG) la de «Establecer mediante acto administrativo los modelos de contratos y tarifas que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés común así lo requiera; o determinar con sentido de inclusión, equidad y de justicia social, las tarifas y condiciones para todo el mercado asegurador, que permitan el acceso a los contratos de seguros o de medicina prepagada obligatorios» (artículo 8, numeral 6 de la reciente reforma de la Ley de la Actividad Aseguradora<sup>5</sup>, LAA) y que incluso se aumentó la multa a las compañías de seguro de diez mil (10.000) a veinticinco mil (25.000) veces el tipo de cambio de referencia, cuando utilicen pólizas, contratos, documentos, tarifas o publicidad sin la aprobación previa de la SUDEASEG (artículo 126, numeral 3).

Lamentablemente se trata de un contrato de adhesión que supone imposición de las condiciones del contrato por parte del regulador y pocas o nulas posibilidades de proponer por parte de la compañía de seguros.

Una cuarta opción que propone la autora se refiere a la «*Teoría de la imprevisión*», según la cual, frente a determinadas situaciones y en «*protección de los débiles jurídicos*», los principios y reglas propios del Derecho Civil como la intangibilidad del contrato y el que las obligaciones deben cumplirse tal como han sido contraídas, «no puede mantenerse inalterado en cualquier y toda circunstancia el dogma de la obligatoriedad de los contratos con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida, pudiendo en consecuencia dichos contratos ser materia de revisión»<sup>6</sup>.

Se trata de otra propuesta con la cual me inclinaría, pero también tiene el mismo problema del punto anterior al encontrarnos en la realidad con un contrato de Derecho Privado completamente distorsionado por la ley y las regulaciones.

Finalmente, la autora refiere la contratación de pólizas en moneda extranjera que protegerían al asegurado de los problemas económicos derivados de la inflación<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Pecchio Brillembourg, « *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro ...* », 188.

<sup>5</sup> Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (en adelante Ley de la Actividad Aseguradora), publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.770, el 29 de noviembre de 2023.

<sup>6</sup> Pecchio Brillembourg, « *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro ...* », 195-196.

<sup>7</sup> Pecchio Brillembourg, « *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro ...* », 228.

En este sentido, conviene recordar que luego de años sometidos a un estricto control de cambio, desde el año 2021 la SUDEASEG ha regulado el tema y ha permitido la contratación en moneda extranjera. Lamentablemente por las distorsiones de nuestro mercado, esto no sería una opción suficiente para el asegurado.

Hoy en día podría decirse que la inflación es un problema que también afecta al dólar. Pero por favor, no me malinterpreten en este punto. Debo hacer unas precisiones necesarias:

En primer lugar, debemos aclarar e insistir que la inflación no es el aumento de precios. La subida de los precios es el efecto de la irresponsable política monetaria del Estado. La inflación es una mayor cantidad de dinero circulante sin respaldo. Esto lo ha explicado de forma muy didáctica mi querido y admirado Ricardo M. Rojas<sup>8</sup>.

En segundo lugar, siempre nos resistimos a la idea de hablar de inflación en dólares justamente porque es un fenómeno monetario atribuible única y exclusivamente al Estado venezolano, quien no está en capacidad de imprimir esta moneda sin respaldo.

En tercer lugar, y ahora viene una explicación adicional que nos permitiría hablar de inflación en dólares, están las políticas del Estado aplicadas desde el año 2019. Ciertamente, el Banco Central de Venezuela no imprime dólares de los Estados Unidos de América, pero sí que inyecta dólares al mercado para mantener la tasa de cambio relativamente estable<sup>9</sup>.

Pero esta política de intervención cambiaria, que no ha sido más que una inyección de divisas en las mesas de dinero con la intención de contener el tipo de cambio, ha sido en vano. Lo que ha resultado de esta política es una apreciación del bolívar con un impacto en los precios expresados en dólares. Al final, detrás de esta «inflación en dólares» existe una política monetaria irresponsable que artificialmente ha aumentado la cantidad de dólares circulante. El aumento de los precios en dólares es un efecto de esta política monetaria y no de la mala fe de los comerciantes.

Para concluir este punto, puedo decir que la autora nos ofrece un valioso Capítulo VIII. Lamentablemente estas propuestas, aunque válidas y útiles, deben afrontar los obstáculos del entorno regulatorio.

### **3. Los desacuerdos**

Bajo este título quiero exponer dos temas que constituyen una excelente oportunidad para abrir el debate. Más que desacuerdos lo llamaría ideas para complementar la línea de investigación de la autora que puede explorar en el futuro.

---

<sup>8</sup> Ricardo M. Rojas, «¿Qué es la inflación?», *El Instituto Independiente*, 31 de mayo de 2007, acceso el 22 de noviembre de 2024, <https://independent.typepad.com/elindependent/2007/05/qu%C3%A9-es-la-inflaci%C3%B3n.html>.

<sup>9</sup> Sobre este tema ver: Andrea I. Rondón García y Oscar J. Torrealba, «La inflación como delito (II)», *El Nacional*, 9 de agosto de 2022, acceso el 22 de noviembre de 2024, <https://www.elnacional.com/opinion/la-inflacion-como-delito-ii/>.

## El uso del término débil jurídico

La autora utiliza pocas veces este término. Incluso podría decirse que el tono que emplea a lo largo de su obra rescatando la naturaleza de Derecho Privado del contrato de seguros hace que el uso del término débil jurídico pierda fuerza e importancia. Su uso obedece seguramente a la influencia de la formación jurídica tradicional que sí hace un enorme hincapié en el término.

Debido a esto último, nos parece importante reiterar nuestro punto de vista<sup>10</sup>. En primer lugar, vemos como ya el uso del término se considera una licencia para no argumentar la intervención estatal, es decir, pareciera que el sólo hecho de mencionarlo exime la obligación de argumentar –motivar– una decisión judicial o administrativa que incide en el campo de las relaciones privadas. Pero no olvidemos nunca que la intervención estatal supone en muchos casos restricciones a la libertad económica, por lo que es una obligación justificar dicha intervención.

En segundo lugar, se pierde la bilateralidad de la relación jurídica y se rompe el principio de igualdad ante la ley, la única a la que se puede aspirar.

Tomemos como ejemplo la relación laboral –que es privada, contractual– en la que legalmente el trabajador es considerado un débil jurídico. Desde la propia ley cuyo título es Ley del Trabajo, del Trabajador y de la Trabajadora hasta la actuación de funcionarios públicos y jueces, en el discurso, se intenta favorecer a una de las partes y satanizar a la otra. El resultado es que ambas partes terminan perjudicadas. El uso del término débil jurídico elimina la bilateralidad de la relación porque pareciera que todas las obligaciones recaen en una de las partes y todos sus derechos se desconocen.

En tercer lugar, la intervención estatal se agrava en áreas como las que interesan a una publicación como la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, esto es, la banca, los seguros y la bolsa al punto que, siendo áreas tradicionalmente de Derecho Mercantil (incluso caracterizan sus orígenes) hoy se las considera materias de «derecho regulatorio». Es más, estos términos como «derecho regulatorio» son formas de minimizar al Derecho Privado y con ello fortalecer las regulaciones de control y revisión por parte de la Administración Pública a áreas que no necesariamente lo requieren.

Frente a mis planteamientos, seguramente algunas preguntarán entonces, ¿cuál es la fórmula para mitigar las diferencias sociales, económicas y culturales en una relación jurídica? Mi respuesta será el mercado en el que todos interactuamos para satisfacer nuestras necesidades y que se va ajustando, como una dinámica de ensayo y error. En este mercado, tiene una voz fuerte y clara el consumidor, y en este caso, el tomador y/o asegurado de una póliza.

En este sentido, la profesora Ustáriz Forero nos recuerda lo siguiente:

---

<sup>10</sup> Andrea Rondón García, «Lo público y lo privado», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, edición especial (2021): 265-276.

En mi opinión, de lo que se trata aquí es de entender una noción fundamental del mercado, una de sus leyes de hierro que pocas veces se menciona en el tratamiento al uso de estos temas: me refiero a la noción o principio de la soberanía del consumidor. Al respecto, cabe mencionar que, aunque el término fue acuñado por William Hutt, correspondió a Ludwig von Mises explicar cómo, pese a que los empresarios y capitalistas detentaban los factores de producción y, por ende, el poder que de ello se deriva, ello no los habilitaba a dirigir el libre mercado, ya que la soberanía del consumidor imponía la dirección que debía adoptar la oferta, con base en esa demanda soberana de los consumidores<sup>11</sup>.

La oferta se irá adaptando a las necesidades de la demanda. Esto puede ser un proceso lento y seguramente con errores, pero no supone un menoscabo de los derechos de una de las partes de una relación jurídica.

### **Sobre el contrato de adhesión**

Con relación a este tema, recomendamos la lectura del artículo de la profesora Nasly Ustáriz Forero, titulado El contenido dispositivo en los contratos de adhesión Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión, en el que refiere la bibliografía sobre el tema, la polémica suscitada y la evolución –o involución- del contrato de adhesión.

A título de ejemplo, tomemos en consideración la posición de Melich Orsini sobre los contratos de adhesión:

...cuando Mélich combatía las conclusiones de Morles en el punto concreto del debate, lo hacía previo reconocimiento de cuanto se había replegado la noción de libertad contractual, en los contratos de adhesión. Observemos con atención el lenguaje empleado: “En el “contrato de adhesión” no puede faltar, por tanto, tal consenso, solo que, al tomar en cuenta que a la parte que presta su aquiescencia a los contenidos del mismo se le ha negado toda cooperación en la determinación de esos contenidos, pues se halla ante contenidos ya predispuestos; se ha diferenciado la conducta de tal parte de la que es propia de los llamados “contratos paritarios”<sup>12</sup>.

Realmente no se trata de contratos sino de imposiciones del regulador a las partes de una relación contractual. La compañía de seguros no es la única limitada para proponer condiciones al contrato, también lo está el tomador de la póliza.

Tal es la condición hoy en día del contrato –no contrato- de seguros. Frente a esta realidad toda propuesta que se haga en favor de las partes de esta relación jurídica se verá frustrada con el asfixiante entorno regulatorio.

Si a esta distorsión del contrato de seguros agregamos el término débil jurídico que suele emplearse en estas áreas, en lugar de la cooperación propia de una dinámica de intercambios

---

<sup>11</sup> Nasly Ustáriz Forero, «El contenido dispositivo en los contratos de adhesión Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión, en Revista de la FCJPUCV, N° 132. Caracas, 2008», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, edición especial (2021): 292.

<sup>12</sup> Nasly Ustáriz Forero, «El contenido dispositivo en los contratos de adhesión Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández...», p. 291.

veremos imposición y en lugar de dos partes de una relación jurídica, con derechos y deberes, veremos a un tercero con una voz fuerte y vinculante que determina los derechos y deberes de las partes de esa relación jurídica.

Toda propuesta para tratar de resolver los problemas que se susciten en nuestra economía, necesariamente debe incluir una reforma estructural del contrato de seguros como lo conocemos hoy en día y del regulador de esta área del sistema financiero.

## **PALABRAS FINALES**

Sólo me queda agradecer a Isabella la confianza que depositó en mí para reseñar su primera obra. Fue un riesgo escogerme, considerando que mi punto de vista muchas veces va contra corriente. Aun así, Isabella tuvo esta deferencia conmigo que espero haber cumplido.

Por mi parte, no puedo estar más que feliz por haber leído un libro tan bien escrito y documentado que seguramente inspirará nuevas líneas de investigación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

Pecchio Brillembourg, Isabella. *El principio indemnizatorio en el contrato de seguro [Hacia una nueva dimensión por efectos de la inflación]*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional-Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2024.

Rondón García, Andrea. «Lo público y lo privado», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2021): 265-276.

Ustáriz Forero, Nasly. «El contenido dispositivo en los contratos de adhesión Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión, en *Revista de la FCJPUCV*, N° 132. Caracas, 2008». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2021): 277-295.

### **Sitios web consultados**

Rojas, Ricardo M. «¿Qué es la inflación?», *El Instituto Independiente*, 31 de mayo de 2007. Acceso el 22 de noviembre de 2024. <https://independent.typepad.com/elindependent/2007/05/qu%C3%A9-es-la-inflaci%C3%B3n.html>.

Rondón García, Andrea I. y Torrealba, Oscar J. «La inflación como delito (II)», *El Nacional*, 9 de agosto de 2022. Acceso el 22 de noviembre de 2024. <https://www.elnacional.com/opinion/la-inflacion-como-delito-ii/>

# ***La Paradoja de la Actividad Intermediadora de la Banca: Incentivos y Riesgos***

**Nasly Ustáriz Forero \***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 110-132

**Resumen:** El artículo analiza la paradoja inherente a la actividad bancaria intermediadora, destacando cómo los incentivos y riesgos asociados pueden generar resultados no deseados. Desde una perspectiva crítica, se cuestiona la regulación estatal basada en fallos del mercado y se examinan los efectos de los incentivos perversos y del riesgo moral en el sistema financiero. A través de un enfoque teórico y empírico, se concluye que, aunque la regulación intenta mitigar riesgos y garantizar la estabilidad, puede generar distorsiones y fallas propias, exacerbando problemas como la captura del regulador y el efecto contagio.

**Palabras claves:** Intermediación bancaria, teoría de los fallos de mercado, fallos del gobierno, incentivos, riesgos, riesgo moral.

## ***The Paradox of Banking Intermediation Activity: Incentives and Risks***

**Abstract:** *This article examines the inherent paradox in banking intermediation, emphasizing how associated incentives and risks can lead to unintended outcomes. From a critical perspective, it questions state regulation based on market failures and explores the effects of perverse incentives and moral hazard in the financial system. Through a theoretical and empirical approach, the article concludes that although regulation aims to mitigate risks and ensure stability, it can create distortions and its own failures, exacerbating issues like regulatory capture and contagion effects.*

**Key words:** *Bank intermediation, market failures, government failures, incentives, risks, moral hazard.*

**Recibido:** 15/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (tesis doctoral inscrita para su defensa), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). [ustariznasly@gmail.com](mailto:ustariznasly@gmail.com).

# ***La Paradoja de la Actividad Intermediadora de la Banca: Incentivos y Riesgos***

Nasly Ustáriz Forero \*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 110-132

## **SUMARIO:**

**1. Ideas iniciales. 2. La Intervención Pública en el Sector Bancario. 3. Información Privilegiada e Incentivos Perversos en el Sistema Bancario en su Conjunto. 3.1. Asimetría informativa. 3.2. Incentivos perversos. 3.3. El Riesgo Moral. Un Asunto de Incentivos. Bibliografía.**

## **Palabras al Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández**

Agradezco y celebro con entusiasmo la incansable iniciativa de SOVEDEM y todo su equipo, a través de cuya labor, hoy podemos recordar la obra de los principales exponentes del área comercial, en concreto en esta oportunidad, la del maestro Leopoldo Borjas Hernández. En lo personal tuve la inmensa suerte de tenerlo en varias asignaturas de mi especialidad de Derecho mercantil en la UCV. Gracias a su dedicación a las materias bancarias y cambiarias, y su indispensable guía en el trabajo final, pude descubrir con el estudio, mi inclinación por esos mismos temas a los cuales, finalmente, he dedicado la mayor parte de mi desempeño profesional. También buena parte de mi línea de investigación<sup>1</sup>. ¡Muy agradecida Maestro!

### ***1. Ideas iniciales***

El premio Nobel James Buchanan en una entrevista efectuada por el profesor de economía, Francisco Cabrillo, durante una visita a España a fines de los años ochenta, aludía a la importancia del rol de la teoría de la elección pública<sup>2</sup>, dentro de la ciencia económica: esa relevancia se concentra en haber permitido a las personas comunes observar que “los gobiernos han fracasado

---

\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (tesis doctoral inscrita para su defensa), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). [ustariznasly@gmail.com](mailto:ustariznasly@gmail.com).

<sup>1</sup> Este trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el último capítulo de mi tesis doctoral, actualmente en etapa de revisión final.

<sup>2</sup> James M. Buchanan, economista del sur de los Estados Unidos, se considera el padre de la Escuela de Opción Pública, o *Public Choice* como mejor se le conoce.

al intentar llevar a cabo lo que se proponían”<sup>3</sup>. Por cuanto la gente se percató de ese fallo, ello condujo de forma inevitable a un cambio de política<sup>4</sup>.

El momento histórico en el que se verificó esa entrevista, finalizando el siglo pasado, era de profunda revisión del rol del Estado. Es por eso que desde hace ya un tiempo venimos entendiendo que la intervención estatal debe ser objeto de estudio de la teoría económica<sup>5</sup>. En especial, cuáles serán las técnicas a través de las cuales se manifiesta dicha intervención y cuál su grado de intrusión en la vida de los individuos. Por supuesto, también requiere permanente atención por parte de los juristas<sup>6</sup>. El Estado, según la concepción contemporánea que de él asumimos, es un Estado de Derecho sometido a los principios de legalidad y de responsabilidad por su accionar. El poder ha de actuar conforme a un conjunto de reglas, a un determinado marco jurídico.

Concretamente en los ámbitos económico y comercial, el Estado siempre ha manifestado esa *especial predilección* a la que alude el profesor Miguel Anxo Bastos, por intervenir y regular la vida de los ciudadanos, puesto que “es ahí donde se encuentran los medios necesarios para su sostenimiento y porque el control de la vida económica implica el control de una de las principales fuentes del poder social”<sup>7</sup>.

Nos enfrentamos así a una especie de axioma o entendimiento general: que la actuación imperativa del Estado ya sea en su faceta reguladora, incentivadora o sancionadora, tanto en lo social como en lo económico, no es objeto de cuestionamiento serio. Más aún, cuando de propuestas de políticas en el ámbito económico se trata, el reclamo suele apuntar a una intervención estatal aún más intensa<sup>8</sup>. Si del sector bancario se trata, ello es aún más claro.

Tradicionalmente, entre todas las explicaciones y justificaciones disponibles en la amplia doctrina sobre el tema, encontramos que un primer elenco para tales razones<sup>9</sup> es el que afirma que

---

<sup>3</sup> Cfr. Francisco Cabrillo, “James Buchanan y la economía constitucional”, entrevista publicada en la *Revista de Occidente*, N° 83, (1988): 120-135, en especial 120.

<sup>4</sup> Su provocativa afirmación la completa indicando lo siguiente: “Pienso que el papel que los economistas defensores del libre mercado y de la teoría de la elección pública han desempeñado ha sido el de ofrecer a la gente un fundamento intelectual para explicar lo que estaban observando”. Cabrillo, “James Buchanan y...”, 127.

<sup>5</sup> La entrevista se efectuó en el año 1988, momento en el cual precisamente venía cayendo la percepción de las bondades de la intervención pública en la vida y la economía. Cabrillo, “James Buchanan y...”, 127.

<sup>6</sup> Cabe destacar que, por ejemplo, en España con su notoria influencia en Iberoamérica, la doctrina ha afirmado cosas del siguiente tenor: “En las últimas décadas se ha producido una decisiva transformación del papel del Estado en la actividad económica. En toda Europa y América se ha producido una significativa reducción de la actividad prestacional de las Administraciones Públicas”. Veremos qué tanto de esto puede aplicarse o no en la regulación bancaria, en concreto en Venezuela. Juan José Montero Pascual, “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, *Revista de Derecho de las telecomunicaciones y las infraestructuras en red*, N° 30 (2007) 41-66.

<sup>7</sup> Miguel Anxo Bastos B., “¿Puede la intervención estatal ser justificada científicamente? Una Crítica”, *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. II, n.º 1 (2005) 11 a 51, especialmente 15.

<sup>8</sup> Esto ocurre independientemente de la visión más o menos *benevolente* que tengamos de las razones que fundamenten el origen y existencia misma del Estado.

<sup>9</sup> Como veremos más adelante, esta percepción es más aguda si se trata de propuestas para políticas reguladoras en el sector financiero y bancario.

<sup>9</sup> Ello es especialmente evidente en los ámbitos que hoy se consideran como dominantes en la ciencia económica. En el campo del Derecho, autores como Gaspar Ariño, apuntan al menos un par más de razonamientos, según estudiamos con más detalle en nuestra investigación para la tesis doctoral.

la intervención del Estado en la economía surge ante la inexistencia o las insuficiencias del sistema económico de mercado en la asignación eficiente de los recursos. Es lo que se ha dado en denominar en la literatura especializada fallos del mercado<sup>10</sup>. Bajo este criterio, la regulación en general y la económica en particular, se considera un sustituto del mercado<sup>11</sup>.

Según la doctrina clásica sobre el tema, de lo que se trata es de llevar a cabo aquellas intervenciones estatales que contribuyan a defender, asegurar y en algunos casos, incluso a “recrear el mercado”<sup>12</sup>. El profesor Gaspar Ariño enumera así esas situaciones:

Hay tareas que no pueden organizarse eficientemente a través del mercado; y se citan tradicionalmente cuatro supuestos: monopolios naturales, estructuras de mercado no competitivas (monopolio de hecho, abuso de posición dominante, distribución asimétrica de información, etc.) bienes públicos y externalidades. Se han erigido así los *fracasos del mercado* como la primera razón para justificar la intervención pública<sup>13</sup>.

La mención previa tiene sentido dada la relevancia que en el ámbito bancario y financiero<sup>14</sup> se le adjudica en concreto a los señalados fallos del mercado como justificación omnipresente de la intervención pública<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Entre muchas otras explicaciones, se ha sostenido generalmente que existe un fallo de mercado cuando se produce una asignación de recursos ineficiente. La aparición de ineficiencias en el mercado suele adjudicarse a algunas de las siguientes causas: Control insuficiente sobre los bienes y servicios, costos de información excesivos e imposibilidad de alcanzar acuerdos. Esta es apenas una de las formas de plantear un tema sobre el que mucho se ha discutido y se sigue haciendo. Mariano Carbajales, *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores* (Barcelona: Biblioteca de la Fundación de Estudios Financieros. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2006), 12, especialmente nota al pie N° 2.

<sup>11</sup> Consideremos por otra parte, que hay una corriente que no cree que se pueda hablar sin matices de *fallos del mercado* en tanto que el mercado como tal no decide. Así lo sostiene el profesor Juan Ramón Rallo cuando afirma que: “el mercado no actúa. Sólo los seres humanos tenemos esa capacidad, en ningún caso las colectividades o las instituciones sociales espontáneas. El mercado sólo indica la voluntariedad de una relación entre dos personas”, para concluir sosteniendo que: “En el mercado, por tanto, se reproduce la **acción humana**. Son los individuos quienes, atendiendo a su subjetiva escala valorativa, se relacionan voluntariamente, estableciendo unas relaciones históricas de intercambio llamadas **precios**, y quienes generan continuamente información que, por ser dispersa, da lugar a unos desajustes que sólo el espíritu empresarial, con su particular intuición, comprensión y perspicacia, puede intentar corregir. El éxito o fracaso de tal empresa lo determinará la rentabilidad de su negocio, si los costes superan a los ingresos (es decir, si retrae unos recursos de otras líneas de producción prioritarias) el empresario habrá fracasado y se retirará del mercado, ahora bien, si los ingresos superan a los costes, esto indicará que determinadas necesidades humanas se están satisfaciendo de manera adecuada”. Juan Ramón Rallo, “Los fallos del mercado y la fatal arrogancia”, *Liberalismo.org*: <https://www.liberalismo.org/articulo/195/12/fallos/mercado/fatal/arrogancia/>

<sup>12</sup> Gaspar Ariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1993), 47.

<sup>13</sup> Como veremos posteriormente una cosa es entender que existan problemas de coordinación entre agentes y otra muy distinta es que sea el Estado el que está llamado a resolverlos, o que las “soluciones” públicas carezcan de sus propios y agudos problemas.

<sup>14</sup> Si admitimos la presencia de estas ineficiencias o “fallas de mercado”, veremos que ellas podrían tomar una configuración particular cuando se habla del mercado financiero y bancario. A ello nos referiremos más adelante.

<sup>15</sup> El caso es que si partimos de la eficiencia como principio justificador de la intervención, y dado que el mundo real no se amolda a estas ideales condiciones, los teóricos de los fallos del mercado le endilgan a éste una serie de disfunciones que requieren de la *desinteresada* -así la categoriza Bastos en sus clases y escritos- acción gubernamental para modelar y aproximar el mercado a esa ansiada meta. La idea es salvar al mercado de sí mismo, en línea similar a la apuntada por Ariño, de “recrearlo” según la cita previa.

Así, ante la existencia de estas “fallas” del mercado, el planteamiento crítico más obvio consistiría en examinar los remedios del gobierno, puesto que no es razonable concluir, sin más, que existen circunstancias en las que el mercado puede resultar insuficiente para generar excedentes mutuamente beneficiosos para los agentes involucrados, y que ese hecho, por sí solo, se convierta en el “título” para habilitar la intervención del Estado. Consideremos que ante la posibilidad de tales descoordinaciones entre agentes, muchas veces se concluye de forma precipitada que el Estado sí será capaz de resolverlas, como si el Estado no estuviera, al igual que el mercado, conformado por seres humanos imperfectos.

Por eso, la tarea que asumo en este breve estudio consiste, más bien, en analizar en términos realistas tanto al mercado como al Estado. Si la idea es lograr articular de mejor forma los problemas de coordinación entre los agentes, según la clásica definición, allí donde se ha resaltado la falla en las soluciones de mercado, el conocimiento empírico nos demuestra, a su vez, unos resultados muy pobres y francamente decepcionantes del lado público. Digamos que los fallos del mercado no se pueden aportar como la justificación señera de la actuación gubernamental, sin al menos, incluir en el análisis los fallos del gobierno.

Lo que resulta más que evidente es que las alternativas de “no mercado” están lejos de poder exhibirse como exitosas, ni desde el punto de vista económico, ni social. Como sigue diciendo el profesor Ariño: “En efecto, junto a los fracasos del mercado la experiencia de todos estos años revela que se producen también fracasos del Gobierno. El resultado final de la acción gubernamental no ha sido en modo alguno brillante”<sup>16</sup>.

Complemento la breve mención precedente señalando que éste ha sido uno de los aspectos a los que se ha dedicado la disciplina del *Public Choice*, o de la Opción Pública; y la traigo a colación porque nos permite llegar a una conclusión preliminar en este punto.

Nos servimos para llegar a dicha conclusión de las ideas de Buchanan<sup>17</sup>. Se ha sostenido que el proceso político, en muchas ocasiones, conduce a una asignación de recursos *absolutamente ineficiente* debido a varias razones: ante todo, en virtud de que las luchas entre los grupos del “mercado político” son tan encarnizadas o más que las tensiones del mercado económico (aludiremos a ello más adelante, bajo la noción de “Distribución Política del Capital”); también se argumenta que muchos de los servicios sociales terminan volviéndose un asunto clientelar y en puros instrumentos de captación electoral (lo que se conoce también bajo el apelativo de “captura del regulador”).

En este mismo sentido, también se ha expuesto que las burocracias y sindicatos que sirven de canal para la supuesta redistribución de riqueza a la sociedad terminan siendo los auténticos beneficiarios de los recursos destinados a ello<sup>18</sup>; por último, se menciona el complicado asunto de que las decisiones sean adoptadas por las mayorías.

---

<sup>16</sup> Ariño, *Economía y...*, 48.

<sup>17</sup> James Buchanan y Robert Tollison, *Theory of Public Choice*, the University of Michigan, Eds.1972.

<sup>18</sup> En Argentina y otros países del sur del continente esto se ha visto plasmado en una cruda realidad a la que los medios de comunicación en general y muchos sectores han denominado “la Gerencia de la Pobreza”. Respecto de estas ideas puede consultarse de José Luis Espert, *La Argentina Devorada. Como sindicatos, empresarios*

## **2. La Intervención Pública en el Sector Bancario.**

Con relación al fundamento económico que sirve de sustento a la intervención pública<sup>19</sup>, no ya en la economía en general, sino concretamente en el sistema bancario, al repasar la literatura disponible podemos encontrar argumentos de índole diversa, los cuales se han exacerbado en los momentos de crisis y de revisión. A este respecto, la profesora Salvador Armendáriz ha resumido muy bien el punto cuando ha señalado: “el binomio crisis bancaria-reforma ha sido un fenómeno recurrente en la historia financiera de Occidente”<sup>20</sup>.

Sin embargo, podemos también afirmar que, ante la peculiaridad del negocio bancario, existe cierto consenso en torno a dos ideas básicas: la primera se refiere al intento de preservar y asegurar que los bancos cumplan su función económica fundamental: la captación de depósitos y su transformación en crédito a familias y empresas; en segundo lugar, se arguye continuamente que los bancos y demás entidades financieras, en su rol preponderante en el sistema de pagos, tienen una estrecha interrelación entre sí y también en el ámbito global. Esa simbiosis deja la mesa servida para el llamado “efecto contagio”, del que tanto se ha hablado, por ejemplo, en las crisis más recientes.

En un breve repaso por el tema, diremos que la doctrina ha aportado bajo la noción de *fallos de mercado*, concretas razones o fundamentos económicos para explicar eso que hace diferentes a los bancos y obliga a regularlos profusamente. En primer lugar, se alude a la naturaleza especial de su actividad intermediadora en la economía que los diferencia de las otras empresas industriales o comerciales. En segundo lugar, se menciona con frecuencia que los costos de su insolvencia no son asumidos por los accionistas, sino por los depositantes, por otras empresas del sistema y hasta por la economía en su conjunto, resultando altamente perjudicada la *asignación eficiente*<sup>21</sup> de los recursos provenientes del ahorro a la inversión.

---

*prebendarios y políticos sabotean el desarrollo del país y cómo vencerlos para despegar.* Prólogo de Ricardo López Murphy, Galerna, Buenos Aires, 2017.

<sup>19</sup> En diversas ocasiones, a pesar de los fundamentos expuestos en el punto precedente, ni siquiera se trata de una intervención legislativa, en sentido estricto, sino de que las regulaciones provienen de diferentes entes, con normas de distinta jerarquía, muchas veces de rango sublegal.

<sup>20</sup> María Amparo Salvador Armendáriz. “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional” en *Regulación Bancaria: Transformaciones y Estado de Derecho*. Navarra, ICS Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 40 y 41.

<sup>21</sup> La búsqueda de la eficiencia económica en términos similares a los que aludimos aquí, está presente en otras áreas de la ciencia jurídica, muy especialmente, por citar un caso, en el ámbito del Derecho de la Competencia. El profesor Mónaco afirma en su tesis doctoral que el fin de dicha especialidad consiste en “garantizar la **eficiencia económica** para lograr el bienestar de los consumidores, mediante la prevención de las llamadas «fallas de mercado».” Y es importante tenerlo en cuenta toda vez que la noción de *eficiencia* podría contribuir a alejarnos del paradigma *superado* de competencia perfecta (gracias, en parte, a que ha sido negado por la Escuela Austríaca). Aunque, como nos enseñaron Mises primero y luego Hayek, el cálculo económico, como función esencial de la economía, parte de entender al mercado como un proceso dinámico. Y ese dinamismo es parte, más bien, de un “*proceso de sucesiva coordinación de conocimiento que estaba disperso* que de un modelo que parte del supuesto de conocimiento perfecto”. Para estos puntos cfr. Miguel Mónaco Gómez. *Regulación de los Monopolios y la Posición de Dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Colección Visión Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, UCAB Ediciones, Caracas, 2016, p. 50-68.

Precisamente, ha sido ese elenco de razonamientos, entre otros, que “socializan” las pérdidas, así como la necesidad de reducir los efectos perniciosos de todos los riesgos ya apuntados, lo que se ha erigido como una poderosa fuente para explicar aquello que ha justificado la intervención y regulación intensa de los bancos. Dicha explicación se ha concretado en una doble perspectiva: que la naturaleza especial de la actividad intermediadora de los bancos no aconsejaba tratarlos como a cualquier otra empresa, pues ellos facilitan el intercambio de recursos entre los agentes superavitarios y los deficitarios de manera más eficiente; pero que, también esa misma estructura los expone a riesgos.

Se argumenta así que los bancos están más dispuestos y mejor preparados para asumir los altos costos que generaría la transferencia directa de fondos entre agentes, porque tienen los incentivos correctos para ello, así como para enfrentar los riesgos típicos generados por ese traslado de recursos<sup>22</sup>.

Pero, aquí viene el asunto complicado, la paradoja que queremos destacar en este trabajo: esa naturaleza propia de su actividad intermediadora que incentiva a las instituciones bancarias a asumir los costos de monitoreo y seguimiento de las transferencias de dinero que los agentes rechazan en el trato directo, también los expone a riesgos, desde otra perspectiva. Ello se aprecia al examinar sus balances: si el activo principal de los bancos son los créditos que conceden a sus deudores, y su principal pasivo son los depósitos que ofrecen a sus clientes superavitarios, la estructura de sus estados financieros nos muestra que se enfrentan de modo permanente a algunos de esos riesgos que estaban llamados a mitigar, además de otros propios de su actividad<sup>23</sup>.

Si nos adentramos un poco en la explicación de la regulación concreta del mercado financiero y bancario, la primera razón surge al entender que dados los costos que implica la transferencia directa de recursos, los agentes excedentarios podrían, simplemente, renunciar a concretarlas. Este escenario tan inconveniente fue el que permitió, en su momento, el surgimiento de la actividad bancaria porque situar los recursos donde más y mejor se aprovechan, potencia el desarrollo social y económico; la intervención de los bancos, en suma, fue una fórmula de lidiar con los costos derivados del trato directo entre agentes<sup>24</sup>.

Al respecto, el autor Anthony Saunders<sup>25</sup> explica que un agente superavitario promedio carecería de los incentivos para transferir sus excedentes de fondos, si para ello tiene que enfrentar los costos de agencia de monitorear el uso que los potenciales prestatarios darán a los fondos.

---

<sup>22</sup> Estos costos y riesgos cuya mitigación asumen mejor los bancos que otros agentes, podemos resumirlos así: en primer lugar, su actividad los determina a asumir los costos de agencia que otros no querrían asumir; y también a enfrentar mejor los riesgos derivados del crédito, del mercado, de la liquidez y el riesgo operativo.

<sup>23</sup> La banca se financia mayoritariamente mediante pasivos a corto plazo (ejemplo clásico, los depósitos) e invierte en activos a largo plazo (hipotecas, préstamos empresariales, entre otros), lo que implica un descalce de plazos que deja la mesa servida para problemas de liquidez, cruciales para el entendimiento de estos fenómenos.

<sup>24</sup> Cabe recordar aquí, como hemos afirmado en trabajos previos, que todos los avances e innovaciones en materia de dinero surgieron evolutivamente de la necesidad de disminuir los costos que la tecnología en uso generaba en cada etapa. A este respecto, cfr. Nasly Ustáriz Forero. “Síntesis del surgimiento evolutivo de las instituciones monetarias y bancarias”, *Revista de Derecho Mercantil, RVD, Nro. 8, 2022*, pp- 101-119.

<sup>25</sup> Anthony Saunders, *Financial institutions management. A modern perspective*. McGraw-Hill, 1998. pp. 6 y 7.

En segundo lugar, también es probable que este agente con fondos disponibles no tenga incentivo alguno en transferir directamente recursos si los requerimientos de financiamiento de los agentes deficitarios son a mediano o largo plazo, pues podrían sobrevenirle necesidades propias de recursos líquidos (costos derivados del riesgo de liquidez).

Por último, y como consecuencia del riesgo que enfrenta ese agente excedentario si requiriese liquidez antes de lo previsto, también es probable que debiera asumir los costos de las potenciales pérdidas derivadas de una venta sobrevenida de los títulos o valores que representan su acreencia o participación en el capital de los agentes deficitarios, para hacerse de la liquidez precisada<sup>26</sup> (costos derivados del riesgo de precio).

Ante el panorama así descrito, vimos que la labor intermediadora de los bancos es una opción más eficiente que reduce y minimiza los costos y riesgos de las transferencias directas, tanto por el manejo de grandes volúmenes de recursos, como por la experticia que se les exige como parte de un sector que hoy ha alcanzado un alto nivel de sofisticación y tecnología.

No obstante, considero que una buena forma de continuar en la comprensión de estos fenómenos que hemos descrito como una paradoja propia de la actividad bancaria, consiste en revisar, desde ya y con mirada crítica, ciertos supuestos de cómo se presentan los alegados *fallos de mercado*, en concreto en el ámbito bancario que es objeto de nuestro estudio, como el principal pilar ideológico que se ha esgrimido en defensa de la intervención estatal en la economía. En otras palabras, entender cómo es que los fallos del mercado, que constituyen el principal fundamento de la regulación económica, en realidad se soportan en un entramado doctrinal en el que se han encontrado serias deficiencias.

A este respecto, tomemos en cuenta que amplios sectores de la literatura económica y hasta jurídica critican, cuando no niegan incluso la existencia de esas deficiencias de mercado. Por ejemplo, el profesor Bastos expone que la Escuela Austríaca, a partir de una *estricta neutralidad axiológica*<sup>27</sup>, cuestiona la validez de los argumentos que justifican la intervención gubernamental en materia económica. Al respecto afirma:

La escuela austriaca se limita a exponer las consecuencias de tal intervención (Mises, 2002) **y a analizar la validez praxeológica de los argumentos expuestos en su defensa**, que, como veremos, **es prácticamente nula**, dejando libres a los individuos para que después decidan políticamente por los motivos que crean pertinentes<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Este riesgo potencial se vería minimizado, si en paralelo también se ha logrado formar un mercado secundario ágil que pueda recibir los títulos sin costos excesivos que los desincentiven. Carbajales afirma que “el mercado secundario permite al emisor alargar los plazos para su reembolso. Por otro lado, el adquirente de un valor deberá venderlo en el mercado secundario si quiere recuperar su dinero, pero no podrá exigir al emisor el reembolso anticipado”. Digamos que el mercado secundario tampoco constituye la panacea. Mariano Carbajales. *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*. Biblioteca de la Fundación de Estudios Financieros. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid – Barcelona, 2006, p. 29.

<sup>27</sup> Miguel Anxo Bastos B., “¿Puede la intervención estatal ...?”, ob. cit., p. 22.

<sup>28</sup> Ídem, p. 22.

Más allá de esta argumentación “praxeológica”, es decir con base en la acción de los individuos, encontramos también otras posiciones bastante críticas ante la presunta disfunción del mercado. Dentro de esas proposiciones, consideramos que las de apariencia más sólida vendrían dadas por el hecho de que la alegada ineficiencia del mercado en determinados supuestos, se sostiene sobre la base de dos conceptos teóricos fundamentales de economía ortodoxa: la eficiencia paretiana y el modelo de competencia perfecta.

El problema que tienen estos desarrollos consiste en que parten de modelos ortodoxos como el de competencia perfecta, que, según algunos son irreales, pero que, en todo caso están plagados de problemas y errores propios de la aplicación de un esquema rígido e ideal<sup>29</sup>.

Consideremos que, según explica el profesor y economista Richard Ebeling<sup>30</sup>, bajo el esquema previamente descrito, cada participante en cualquier mercado, (incluso en el bancario), se supone que debería poseer un conocimiento, sino perfecto, al menos *suficiente* conforme a las condiciones generales de dicho mercado. Este conocimiento “suficiente” impediría pagar más como demandante, o aceptar menos como proveedor de lo que dicten o requieran las condiciones *objetivas* de un mercado concreto.

Calificó Ebeling estos presupuestos como “el absurdo del supuesto de conocimiento perfecto en la teoría de la competencia perfecta”, tal como fuera también destacado por el economista austriaco Oskar Morgenstern (*Perfect Foresight and Economic Equilibrium*, artículo del año 1935), para quien esa “omnisciencia” o previsión total de los comerciantes debería significar una *previsión hasta el fin del mundo*<sup>31</sup>. He allí lo absurdo de la pretensión de conocimiento perfecto.

Como ya expusimos, siguiendo a Hayek, en concreto en su ensayo sobre “El significado de la competencia”<sup>32</sup>, esa idea de un mercado plano, de condiciones imposibles, “donde el tiempo y el espacio eran aniquilados y la omnisciencia universal prevalecía”<sup>33</sup> luce bastante absurda. Volviendo a Ebeling<sup>34</sup>, él también nos recuerda la distancia que hay entre la idea de competencia hayekiana y ese modelo *ideal* en el que la competencia perfecta tiene como prerrequisito a la omnisciencia (conocimiento perfecto), así:

---

<sup>29</sup> El reconocido economista y premio Nobel, Milton Friedman entre otros, ya se había ocupado de objetar parcialmente este razonamiento, expresando que “la utilidad de los modelos económicos radica no en adecuar sus premisas a la realidad, sino en su capacidad de predicción”, según nos recuerda Ignacio de León en “El Espejismo de la Eficiencia Económica” *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política Vol. III, n.º 1*, Primavera 2006, pp. 125 a 169, especialmente, p. 141.

<sup>30</sup> Richard M. Ebeling. *Capitalismo e Información Asimétrica*. Artículo publicado en el *Mises Institute, Mises Wire*, el 12 de mayo de 2017. <https://mises.org/es/mises-wire/capitalismo-e-informacion-asimetrica>

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> Friedrich A. Hayek, “El Significado de la Competencia”. Ensayo en el que se reproduce la esencia de la “*Stafford Little Lecture*” conferencia dictada en la Universidad de Princeton el 20 de mayo de 1946. Traducido de F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948. <https://www.esade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/El-significado-de-la-competencia.pdf>

<sup>33</sup> La frase es de Frank H. Knight, cinco años antes de que viera la luz su libro sobre competencia perfecta (*Riesgo, incertidumbre y beneficio*, escrito en 1921), según nos relata Ebeling en el mismo artículo antes citado. <https://mises.org/es/mises-wire/capitalismo-e-informacion-asimetrica>

<sup>34</sup> Richard M. Ebeling. “*Capitalism and ...*”, *ob cit.* <https://www.fff.org/explore-freedom/article/capitalism-misunderstanding-monopoly/>

...tal teoría presupone toda la realidad de lo que normalmente ha de considerarse competencia: una rivalidad activa entre vendedores, cada uno de los cuales tiene conocimientos limitados e imperfectos, y está intentando descubrir formas y medios de fabricar bienes nuevos, mejores y menos costosos para ofrecerlos al público consumidor, precisamente como el método mediante el cual se obtienen ganancias, y se pueden evitar pérdidas. Es este proceso activo y dinámico de mercado competitivo real que opera con precios que aún no están en equilibrio lo que tiende a llevar a los mercados a un equilibrio coordinado entre la oferta y la demanda y en el que, con el tiempo, las ganancias pueden eliminarse por competencia y eliminarse las pérdidas.

La noción de “competencia perfecta” supone la existencia del hipotético equilibrio de mercado “perfecto” que la competencia dinámica del mundo real debe lograr. Las condiciones reales del mercado luego se evalúan y juzgan mediante un estándar o punto de referencia, dijo Hayek, que casi por necesidad condena cualquier situación competitiva real en la mayoría de los momentos como “anticompetitiva” y, por lo tanto, potencialmente “monopolística”<sup>35</sup>.

Asumamos entonces, como punto de partida para esta parte del desarrollo, que se admite la socorrida imperfección del mercado, como obra humana. El profesor Gabriel Zanotti nos aporta su visión sobre este punto, al exponer los aportes fundamentales de Hayek a la teoría del proceso de mercado y como pilar de la Escuela Austríaca. Sostiene Zanotti que es a Hayek a quien debemos la comprensión de que los mercados ya sean libres o intervenidos: “están en *desequilibrio*<sup>36</sup> o mejor dicho en *descoordinación*. La no coordinación entre el conocimiento disperso de oferentes y demandantes es el tema esencial de su seminal artículo de 1936 “*Economics and Knowledge*”<sup>37</sup>.

Así tenemos que, si los humanos formamos el mercado como proceso y como tal este es siempre imperfecto, lo que quedaría pendiente es entender cómo se llega a esa coordinación que supondría, quizá, un *conocimiento completo*<sup>38</sup>. Especialmente, si ya hemos comprendido que el conocimiento es limitado, disperso, fragmentado. Zanotti continúa su exposición, revelándonos la importancia que Hayek concedió al conocimiento como problema económico esencial. Así, ante la pregunta de cómo lograr la coordinación entre oferta y demanda, nos ofrece esta luminosa respuesta con base en el pensamiento hayekiano:

Contrariamente a lo que pensaban y piensan los intervencionistas y socialistas de entonces y de hoy, no hay seres humanos llamados gobierno que tengan conocimiento completo. La tendencia (nunca completa) a la coordinación (que él [Hayek] aún llamaba tendencia al equilibrio) se da por un factor que está más allá de la “teoría pura de la elección”: la tendencia al aprendizaje

---

<sup>35</sup> Richard M. Ebeling. “*Capitalism and ...*, ob cit. <https://www.fff.org/explore-freedom/article/capitalism-misunderstanding-monopoly/>

<sup>36</sup> Hayek, como el mismo Keynes, consideraba que el mercado está en *desequilibrio*. Pero, siguiendo a Mises, también “advierde las insuficiencias generales de toda teoría del equilibrio general”. Gabriel Zanotti, *Introducción Histórica a la Escuela Austríaca de Economía*, (colaboración de Agustinas Borella), Unión Editorial, Madrid, 2022, p. 60.

<sup>37</sup> *Ídem*, p. 64.

<sup>38</sup> De acuerdo con la teoría austríaca del valor subjetivo y las preferencias que cada quien damos a los bienes, podría parecer que, sin un coordinador central (gobiernos), todo se sumiría en el caos. Pero, como ya hemos visto no ocurre así, el mercado es un orden espontáneo, pero es un orden, no es caótico.

como la contracara del conocimiento disperso. Hayek, sobre la base de los economistas escoceses Smith y Hume, piensa que el ser humano, a pesar de su ignorancia, puede aprender de sus errores. Esa capacidad de aprendizaje, esa capacidad de coordinar mejor los factores de producción *para no quebrar*, es lo que mantiene al mercado en una búsqueda de la coordinación”<sup>39</sup>.

Entonces, lo que hace Hayek, según la explicación de Zanotti, es redescubrir la tradición escocesa del orden social espontáneo que debemos a Smith, Hume y Ferguson, porque, en definitiva, la consecuencia no buscada de que los precios de venta superen a los costos<sup>40</sup> es esa tendencia a la coordinación. En el artículo arriba citado (*Economics and Knowledge*<sup>41</sup>) y en sus trabajos posteriores Hayek llega a la conclusión de que la economía está en capacidad de dar mejor respuesta que cualquier otra ciencia social, a la pregunta general de todas ellas (*el problema económico esencial*) sobre cómo el conocimiento disperso de los individuos tiende a coordinarse; esa respuesta parte de que una condición fundamental: el aprendizaje.

Es obvio que no se trata de cualquier clase de aprendizaje: es el que resulta de *leer* adecuadamente los precios. Los precios son una síntesis de conocimiento disperso, como nos sigue enseñando Hayek en otro de sus ensayos señeros “El Uso del Conocimiento en la Sociedad”<sup>42</sup>.

Teniendo en cuenta las nociones básicas que acabamos de revisar, pasemos a examinar en primer lugar, dos tipos de problemas concretos que se presentan en el ámbito bancario, que bajo la noción de *salvar al mercado de sí mismo*, terminan más bien incentivando la generación de riesgos de naturaleza y entidad similar a los que la misma actividad bancaria estaba llamada a mitigar, porque ilustran muy bien la paradoja de la que venimos hablando.

---

<sup>39</sup> Gabriel Zanotti, *Introducción Histórica a ...*, ob. cit., p. 64.

<sup>40</sup> Es importante llegar a una fórmula que permita entender esto, pues recordemos que en aquel momento debíamos al pensamiento dominante de Marx dos ideas muy convincentes, aunque erradas (pues parten, a su vez, de las premisas falsas de *valor trabajo* y *valor costo*) de que: i) el **precio de mercado equivale al valor del trabajo más la plusvalía** (que se debe por completo al trabajador); y ii) la de que **los costos determinan los precios**. Lo que determina los precios, como nos han demostrado otros exponentes de la Escuela Austríaca, como E. von Böhm-Bawerk, es el **valor subjetivo de los bienes** (utilidad marginal). Para entender inconsistencias en la teoría económica marxista: Cfr. Humberto García Larralde. *A los doscientos años del nacimiento de Carlos Marx: El pasado de una desilusión*. Abediciones. Colección Ediciones Especiales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, primera edición, 2018; para un examen exhaustivo y crítico del pensamiento marxista en general, Juan Ramón Rallo, *AntiMarx: Crítica a la Economía Política Marxista*, Ediciones Deusto, 2 Tomos, 2022.

<sup>41</sup> Friedrich von Hayek. *Economics and Knowledge. Articles of Interest*. [Presidential address delivered before the London Economic Club; November 10 1936; Reprinted from *Economica IV* (new ser., 1937), 33-54.]. 07/20/2005, Mises Institute. <https://mises.org/articles-interest/economics-and-knowledge>

<sup>42</sup> Friedrich von Hayek. “El Uso del Conocimiento en la Sociedad”, publicado por primera vez en 1945, traducido al español desde el *American Economic Review*, XXXV, N° 4 (septiembre, 1945), 519-30 con la debida autorización. En este ensayo, que ha llegado a constituirse en todo un clásico, Hayek planteó por primera vez su tesis de que el sistema de precios es un desarrollo social que ha resultado de la evolución y no del diseño deliberado, y que permite detectar y transmitir la información económica que se encuentra dispersa y fragmentada entre miles de individuos. Emerge así una teoría que ve en el mercado un método de transmisión y utilización del conocimiento. <https://www.hacer.org/pdf/Hayek03.pdf>

### **3. Información Privilegiada e Incentivos Perversos en el Sistema Bancario en su Conjunto**

#### **3.1. Asimetría Informativa**

El primer impedimento para el funcionamiento eficiente de los mercados, que es resaltado también por Anthony Saunders, viene derivado del socorrido carácter asimétrico de la información, propio de los mercados financieros<sup>43</sup>. Es decir, si una parte cuenta con más y mejor información (información privilegiada), ello puede derivar en intercambios o transacciones desleales. Los que disponen de recursos excedentes saben que no tienen formas eficientes de conocer y monitorear el destino final de los recursos una vez han sido entregados.

Autores importantes como el premio Nobel de 2001, Joseph Stiglitz, catedrático de economía en la Universidad de Columbia, ha fundamentado las investigaciones que le valieron el premio, en una ineficiencia inherente y una injusticia potencial que sufren las economías de mercado causada por este hecho de la realidad conocido *como información asimétrica*. Esta información privilegiada puede permitir a algunos abusar de otros. Un ejemplo típico sería el de los mercados bancarios.

Pero lo cierto es que, al hablar de información asimétrica, no estamos más que constatando, en la práctica, las carencias que se derivan del hecho incontrovertido y vital de que la información está dispersa, la conocida “Ignorancia Hayekiana”, que se evidencia en todos los supuestos examinados<sup>44</sup>. Hayek nos ha mostrado que el problema económico esencial es precisamente el conocimiento diseminado, y aquí vemos un caso concreto, el de los bancos, que requiere coordinación que no puede ser suplida por un regulador. Cuando se alude a estos problemas en concreto en el sector financiero, la doctrina ha hecho referencia:

A la incapacidad del planificador central para conocer en cada momento del tiempo todos los detalles relativos a la organización interna de cada banco. Mientras que el conocimiento se genera y se posee localmente -por aquellas personas que dirigen en el día a día tales entidades-, la regulación centralizada aspira a que las decisiones sobre la organización de la banca se adopten a un nivel institucional alejado de ese ámbito local<sup>45</sup>.

Sólo a modo de ejemplo y para ilustrar, al menos en parte, la paradoja y complejidad que enfrenta el negocio de banca, considero apropiado rescatar en este punto el supuesto del *free rider* o *polizón*<sup>46</sup>, que podemos traducir como la conducta oportunista. Si se estudian a conciencia las

---

<sup>43</sup> Para Carbajales es aquel mercado donde la información es desigual para las partes que en el intervienen, teniendo unos más y mejor información que otros. Ante estas características la competencia en tal mercado no puede ser perfecta. Mariano Carbajales, *La regulación en el ...*, ob. cit., p. 21, nota al pie N° 15.

<sup>44</sup> En términos del propio Hayek: “el conocimiento de las circunstancias concretas de tiempo y lugar” ...existe solamente en forma de “fragmentos dispersos”. Friedrich von Hayek, 1980, Reiss, pp. 215-226.

<sup>45</sup> Juan Ramón Rallo, *Una crítica a la teoría monetaria de Mises*. Versión Kindle.

<sup>46</sup> A los fines de esta investigación, consideramos suficiente aportar una referencia bastante simple de esta noción, a partir de las explicaciones del profesor Rallo, para quien el concepto del *free rider*, o también *gorrón*, como se le conoce en España, *es un concepto absolutamente ruinoso*. Con ello, la literatura económica alude a las personas que se benefician de un bien pero sin haber contribuido a financiarlo. En principio, esto supondría un impedimento para

razones de la génesis de la intermediación financiera, advertimos que los bancos se consideran mejor preparados para enfrentar los problemas de monitoreo y seguimiento que se generarían en los intercambios directos, dada la información asimétrica entre acreedores y deudores<sup>47</sup>. Esto ocurre por cuanto los bancos se encuentran en una posición ventajosa para enfrentar el clásico dilema de coordinación o de *externalidad positiva* que representa el *free rider* (conducta oportunista)<sup>48</sup>.

Lo que nos interesa destacar aquí es que surge un problema similar, pero en sentido inverso al que los bancos resolvían con su labor intermediadora respecto de sus clientes: estos no están siempre en la capacidad de acceder a información respecto de la calidad y/o el riesgo de los activos de los bancos; o bien no comprenden la información que han obtenido, por muy exigentes que puedan ser las regulaciones a este respecto<sup>49</sup>. Ello induciría a las entidades bancarias a comportarse en forma potencialmente oportunista y mucho más riesgosa de lo que sería saludable, dado que ello podría traducirse en una mayor rentabilidad.

Observamos que los bancos sí tienen los incentivos para enfrentar mejor los problemas de monitoreo e información confiable que surgirían entre agentes con capacidad de financiamiento y agentes con necesidad de financiamiento; la intermediación bancaria surgió ante esta evidencia. Pero, los mismos bancos se pueden convertir a su vez en un potencial *free rider*, abrumando a sus clientes con información, datos y cifras que para muchos son ininteligibles, lo que hace que, a su vez, sean los mismos bancos los que entienden mejor que muchos de sus clientes la información

---

que haya **bienes públicos, provistos por privados** (es decir sin coacción del Estado), pues todos intentarían que fueran los demás los que asumieran los costos de ese bien, que una vez fabricado, va a beneficiar a todos. El ejemplo clásico que aportan los libros de economía, es el de los faros. En este contexto, el Estado ha de intervenir para obligar a todos los futuros consumidores al pago. Esta noción ha recibido numerosas críticas, pero, sobre todo, porque surgen ejemplos de bienes supuestamente públicos, que los privados producen sin mayores inconvenientes (incluidos los faros). Como ejemplo el profesor español aporta los actos diversos de caridad. Rallo también cita en alguno de sus artículos, los fuegos artificiales o desfiles en las ferias y fiestas (aludiendo a las Fallas de su natal Valencia), de los que todos disfrutan, pese a que quienes los financian son sólo unos pocos. Juan Ramón Rallo, “¿Qué podemos aprender de las Fallas?”, en Libertad Digital, Ética y Economía, 14/03/2006. <https://www.libertaddigital.com/opinion/ideas/que-podemos-aprender-de-las-fallas-1276231476.html>

<sup>47</sup> La ciencia económica entiende por mercado asimétrico aquel donde la información es desigual para las partes que intervienen, lo que hace que unos tengan más y mejor información que otros. Estas características configurarían un mercado con competencia imperfecta. Obviamente, si el objetivo es la “competencia perfecta” ello llevaría a considerar estas asimetrías como un problema de difícil solución. Pero, como ya hemos dicho el modelo de “competencia perfecta” (*pure competition*) es eso, un modelo ideal que rara vez o nunca se encuentra en la realidad. Para una explicación más acabada de la competencia perfecta como un estándar ideal, no real, cfr. Ignacio De León. *El Espejismo de la Eficiencia...*, *ob. cit.*

<sup>48</sup> El *free rider* es a su vez un ejemplo clásico de otra deficiencia de mercado, la de las externalidades positivas. Al analizar los alegados fallos de mercado, concretamente en el ámbito financiero, el primer supuesto estudiado suele ser el de la información asimétrica, y allí al dilema del oportunista. Nos percatamos así de que los supuestos que ilustran unos casos en el ámbito bancario, se entrecruzan con ejemplos de otros, aumentando con ello la complejidad del análisis.

<sup>49</sup> A veces, mientras más exhaustivas y exigentes son las regulaciones que se imponen a los bancos para exponer su información, peor es para los clientes tratar de manejar el cúmulo de datos revelados y menor el incentivo de los bancos de hacerlos comprensibles. Fenómenos de esta naturaleza han sido estudiados por distintos autores como Ghersi y De Soto que se han pronunciado sobre el **alto costo de la legislación**, que es más alto mientras esta es más copiosa y compleja. Cfr. Enrique Ghersi, “Economía de la Corrupción”, en: *Advocatus*, 2000, No. 002, pp. 173 y sig.

compleja que deben exhibir. Lo hacen, además, de la forma que más fácil que les sea posible, lo que no significa que sea accesible para el promedio de su clientela.

Se trata en este caso de otro clásico supuesto de información asimétrica<sup>50</sup>, pero que, en definitiva, genera para todos los agentes involucrados un círculo de incentivos perversos, y es el que detectamos en el sistema en su conjunto, no sólo en los bancos, sino también en la base del funcionamiento de institutos de supuesta protección financiera, como el de los fondos de garantías de depósitos, por citar apenas un ejemplo<sup>51</sup>.

George Selgin, por su parte va más allá cuando sostiene no sólo que la evidencia empírica por él aportada sugiere que los efectos de estas “externalidades de información”<sup>52</sup> son limitados por la capacidad mayor de discernimiento mostrada por los depositantes, sino que afirma además que en la mayoría de los casos dichas externalidades “son un subproducto de las restricciones legales que estarían ausentes en un sistema menos intervenido o que no tendría la severidad que tienen en los sistemas bancarios que estamos considerando”<sup>53</sup>.

A modo de conclusión para este punto, y admitiendo que un agente con más conocimiento de los detalles propios de un intercambio, puede lograr una valoración más exacta que su contraparte, hemos de volver a considerar lo pernicioso de analizar la realidad sobre la base de modelos ideales como el del *conocimiento perfecto* al que aludimos al inicio de este aparte, y que también comentaba el profesor De León. Es precisamente dentro del mercado como proceso que los humanos nos valemos de nuestra capacidad de aprendizaje para coordinarnos; esta se perfila así como la “contracara” del conocimiento disperso a la que aludía Hayek, como el problema económico esencial.

### **3.2. Incentivos perversos**

El profesor de la Escuela de Finanzas del Tecnológico de Monterrey, Miguel Moreno Tripp definía los incentivos perversos en materia económica como “un incentivo que tiene un resultado no intencionado y no deseado que es contrario a los intereses de los propulsores del incentivo. Los

---

<sup>50</sup> Estos supuestos han sido objeto de investigación por parte de diferentes economistas. En concreto, cabe mencionar a **Joseph Stiglitz**, quien conjuntamente con **George Akerlof** y **Michael Spence** recibieron el premio Nobel de Economía por sus estudios de este tipo de mercados, y la desigualdad que crean estas asimetrías informativas, que hace que una parte esté en desigualdad frente a la otra. Ello suele ser la justificación para que el Derecho trate de restablecer, o al menos enjugar estos desequilibrios. Se trata, en definitiva, como resume Carbajales, de que “lo que el Derecho debe procurar es que no haya un enriquecimiento sin causa o un abuso del Derecho”. Mariano Carbajales. *La regulación del mercado...*, ob. cit., p. 23.

<sup>51</sup> Este mecanismo suele ser examinado bajo el rótulo de **riesgo moral**. Vemos así lo complejo del asunto analizado puesto que se entrecruzan muchas de las presuntas soluciones aportadas por la regulación y el Estado, y como se multiplican los problemas que estas plantean. Lo veremos aún más claramente con el segundo de los aspectos a ser estudiados en este aparte que es el de los incentivos perversos.

<sup>52</sup> El profesor Selgin describe estas *externalidades de información* como una situación en la que los clientes son incapaces de discernir cuáles son los bancos en los que cabe confiar y aquellos que no merecen su confianza. George A. Selgin. *La Libertad de Emisión del Dinero Bancario. Crítica del monopolio del banco Emisor Central*. Edición al cuidado de José Antonio de Aguirre (La traducción también es suya). Biblioteca Dinero, Banca y Finanzas Ediciones Aosta, S.A., El Cato, Org., 2011, para la edición española, especialmente p. 314.

<sup>53</sup> *Ídem*, p. 314.

incentivos perversos son un tipo de consecuencias imprevistas”<sup>54</sup>. Sus palabras nos llevan inevitablemente a la única lección que pretendía enseñarnos Henry Hazlitt en su famoso libro “La Economía en una lección”<sup>55</sup> y que podemos exponer así<sup>56</sup>:

La economía es la ciencia que calcula los resultados de determinada política económica, simplemente planeada o puesta en práctica, no solo *a corto plazo* y en relación con algún grupo de *intereses especiales*, sino *a la larga* y en relación con el *interés general* de toda la colectividad”<sup>57</sup>.

Entrando en materia, diremos que el principal argumento -aunque no el único- que podemos aportar en este punto es la tesis que se conoce como “captura del regulador”. Al respecto nos planteaba el profesor Rallo en sus clases la interrogante que está en el centro de este debate: aunque no existiesen los problemas de información que hemos apuntado antes, ¿qué garantías existen de que el regulador no está utilizando todos esos mecanismos para privilegiar a determinados agentes económicos?<sup>58</sup>.

De acuerdo con la literatura económica, la noción de “captura” del regulador o del Estado tendría su origen en el pensamiento de Marx; pero la doctrina afirma que fue introducida en la teoría económica moderna por el premio Nobel George J. Stigler, con base en los trabajos previos de economistas como Downs (1957) y Olson (1965)<sup>59</sup>. Según la hipótesis de Stigler una industria puede utilizar el poder coercitivo del Estado, o poder público, para conseguir *rentas privadas*.

El origen de esta investigación pasa por la certeza de que uno de los hechos más paradójicos detectados, no se limita a la presencia de la regulación económica, sino su incremento exponencial pese a un cierto consenso en cuanto a su ineficiencia. En los estudios del profesor Stigler cobra gran relevancia la existencia de grupos de interés en el diseño de las políticas económicas. Se trata

---

<sup>54</sup> Miguel Moreno Tripp. *Incentivos Perversos*. El Financiero, Economía, Mercados y Negocios. febrero 06, 2024. <https://www.elfinanciero.com.mx/monterrey/2024/02/06/miguel-moreno-tripp-incentivos-perversos/>

<sup>55</sup> Hazlitt nos conecta con otros dos economistas a quienes debe buena parte de sus reflexiones para escribir este libro: Frédéric Bastiat con su estudio *Lo que se ve y lo que no se ve*; y William Graham Sumner en su *El hombre olvidado*.

<sup>56</sup> Henry Hazlitt. *La Economía en una lección*. Prólogos de Javier Milei y Juan Ramón Rallo. Unión Editorial, 8ª edición, 2018, p. 17.

<sup>57</sup> Nos enseñaba el profesor Rallo, y así lo repetía en el prólogo que se le encomendó para la obra aquí referida, que este sea probablemente el “libro de divulgación económica más exitoso de la historia” con lo que “sus enseñanzas básicas deberían encontrarse ya interiorizadas por el conjunto de la sociedad”. Como veremos y ya intuía Rallo, lamentablemente no ha sido así. Ídem, p. 17.

<sup>58</sup> Como ha puesto también de relieve Ariño, al hablar del Estado como redistribuidor: “El Gobierno y la Administración están sometidos (y ocupados) por la influencia de grupos de intereses contrapuestos (grupos de presión civilizados, si hay suerte, o grupos de lucha más o menos revolucionarios, si no la hay) entre los cuales el acuerdo no es fácil. Estos procesos de “distribución” dan lugar a nuevos e inesperados marginados: aquellos que no se encuentran encuadrados en ningún grupo, o en grupos de escasa cohesión y poca capacidad reivindicativa; estos quedan al margen de la negociación y del reparto. El interés público, la justicia distributiva y el interés sectorial de grupos y organizaciones sociales no coincide en absoluto y, **en definitiva, la corrección de las “fuerzas económicas” se lleva a cabo en función de otras “fuerzas políticas” que pueden ser tan injustas o más que aquellas.**” (Destacado agregado). Gaspar Ariño *Economía y...*, ob. cit. p. 49.

<sup>59</sup> Frédéric Boehm. “Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, N.º 13, Segundo Semestre, 2005, pp. 245-263, especialmente p. 247.

de que dichos grupos de interés se valen de los órganos del Estado para beneficio propio, con el subsecuente perjuicio para los contribuyentes o los consumidores. Es ni más ni menos que la perspicacia empresarial a la que ha aludido Israel Kirzner, pero mal direccionada.

De la manera explicada, la regulación que constituía la fórmula en que se ha concretado la intervención pública en la economía, ya no se fundamenta en el interés público como premisa, sino en los intereses particulares de aquellos con fuerza suficiente para influir en el regulador, y así este ha terminado “capturado”.

Según Randall Holcombe<sup>60</sup>, la teoría de la captura describe los casos de agencias reguladoras que son capturadas por los agentes que están llamadas a regular. Así, en lugar de fiscalizarlos, la agencia reguladora termina favoreciendo los intereses de dichos agentes. Esta situación se presenta porque, como explica Holcombe, los sujetos cuya actuación ha de ser regulada, son también quienes disponen de la información con la que ha de trabajar la agencia reguladora, lo cual crea los incentivos para manipular dicha información de manera que se reduzcan, en todo lo posible, las regulaciones que les podrían afectar en su rendimiento.

El problema económico que genera la captura del regulador es que los recursos utilizados para este fin dejan de ser productivos, no incrementan el bienestar social sino el de los grupos involucrados, lo que genera desperdicios<sup>61</sup>. En concreto, en materia bancaria, la necesidad de incentivar el crédito para potenciar el crecimiento económico, en un mundo con recursos y ahorro limitado no parece generar los incentivos adecuados para que la regulación apunte a los criterios técnicos de preservar ante todo la liquidez y la solvencia del sector.

Se trata, como sigue afirmando Rallo, de esa latente y persistente “tentación de políticos y burócratas de utilizar sus poderes no para asegurar el cumplimiento de la regla de oro de la banca, sino para promover sus propias agendas personales”<sup>62</sup>.

Si aludimos en concreto a la institución de banca central, que constituye un interventor activo en todo lo que concierne a la política monetaria general, cuando no el regulador principal, según la jurisdicción de que se trate<sup>63</sup>, se ha señalado que este problema de pérdida de su independencia genera lo que se ha denominado “distribución política del capital”, donde los agentes con mayor influencia resultan favorecidos. Así, la innovación en productos y servicios y la mejora en procesos

---

<sup>60</sup> Randall Holcombe, *Advanced Introduction to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016.

<sup>61</sup> Como nos advierte Richard Posner en una poderosa frase: “En un mundo de recursos escasos el desperdicio debe considerarse inmoral”.

<sup>62</sup> Juan Ramón Rallo, *Una crítica a...*, ob. cit. versión Kindle.

<sup>63</sup> Efectivamente, el ejercicio de las funciones de supervisión se atribuye a diferentes órganos, según la legislación analizada. Se menciona que, aunque no existan esquemas que podamos calificar de *universales*, sí se advierte la presencia de **dos sistemas diferentes**. El primero coloca en cabeza de la banca central la supervisión; en el segundo, estas funciones se atribuyen a otros órganos, bien sea una oficina del ejecutivo nacional, o bien un órgano independiente. Al respecto y con referencia concreta al sistema venezolano, cfr. Gustavo Muci Facchin y Rafael Martín Aponte. *Regulación Bancaria*. Fundación Banco Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello Caracas, 2004., p. 217 y sig.

del sector resultan afectadas negativamente, distraendo las inversiones hacia fines no productivos, entre otros efectos perniciosos, lo que a largo plazo reduce el crecimiento económico<sup>64</sup>.

Como ejemplo de lo afirmado, nos relata Morles Miralles lo que ocurrió en la tristemente célebre crisis de 2007, que pone en evidencia los riesgos inherentes a esa **distribución política del capital**: la Reserva Federal (la institución que funciona como banca central en los Estados Unidos) permitió la bancarrota de *Lehman Brothers*, pero en paralelo capitalizó a *Bear Stearns*, rescató a *Goldman Sachs* (a través de su principal deudor AIG) y también rescató a *Merrill Lynch*, por la vía de imponer su compra al *Bank of America*. Luego de este breve recuento, el profesor sentencia: “No existe una explicación económica coherente para salvar solamente a tres de estos cuatro bancos de inversión”<sup>65</sup>.

El relato anterior pone una vez más en evidencia la paradoja que estamos tratando de explicar desde el inicio: los incentivos suelen ser la chispa que genera las actuaciones y decisiones que toman los agentes en general, y la crisis financiera global de la primera década de este siglo, es un claro ejemplo de ello.

En este punto vale detenernos un momento en la noción de *riesgo moral* que generan tanto el banco central en su rol de prestamista de última instancia, como el sistema de garantía de depósitos, presuntamente llamados a contener las crisis y los llamados *pánicos bancarios*<sup>66</sup>. Aquellos institutos, que parecen diseñados para no permitir la quiebra bancaria<sup>67</sup>, por un lado; y constituirse en garante de sus depósitos por otro, no sólo comprometen su independencia, como ha puesto en evidencia la doctrina, sino que propician conductas imprudentes en los bancos más agresivos, además de crear un auténtico *dilema moral*<sup>68</sup> entre las instituciones financieras con conductas más prudentes.

La teoría de la captura del Estado que hemos expuesto, según explicaba Holcombe en este punto, parece coincidir fielmente con los principales aspectos de riesgo moral enumerados por la

---

<sup>64</sup> En este trabajo citado alude el profesor Morles Miralles al informe producido al inicio de la crisis por el Comité Económico Conjunto del Congreso de los Estados Unidos en el que se efectúan las advertencias antes indicadas. (“Dangers from the Political Allocation of Capital” Research Report, Joint Economic Committee. Washington, D.C.), Gustavo Morles Miralles. “Las Crisis Bancarias”, en *La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela*, 2da. Edición. UCAB, UMA Caracas, 2016, pp. 665-666.

<sup>65</sup> Gustavo Morles Miralles. “Las Crisis...”, en *La Banca...*, ob. cit., pp.665-666.

<sup>66</sup> Dice el profesor Selgin que, en su sentido más amplio, un pánico bancario “es un incidente en el que los clientes de los bancos acuden en *masa* reclamando a la institución la liquidación de sus posiciones”. George A. Selgin. *La libertad de Emisión...*, ob. cit., p. 201.

<sup>67</sup> El economista Gómez de Miguel al analizar la crisis iniciada en 2007 alude a la existencia de este “lema”, según el cual “reconoce que los bancos no pueden (al menos cuando tienen alguna mínima importancia) o no deben quebrar, entendiéndose por quiebra una liquidación desordenada de sus negocios, e incluso, que deben tomarse todas las medidas precisas para que, en la mayor parte de las crisis los bancos puedan pervivir (no sobrevivir) en condiciones de eficiencia similares a las preexistentes”. José Manuel Gómez de Miguel. “La Solvencia de los Bancos”, en *Derecho de la Regulación Económica, Tomo X. Sistema Bancario*. Directores Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano. IUSTEL. Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. 1ª edición, Madrid, 2013, p 569.

<sup>68</sup> Así se ha referido a ello el Gustavo Morles Miralles en “Las Crisis...”, en *La Banca...*, ob. cit., p. 666.

doctrina para los casos del prestamista de última instancia y los sistemas de garantías de depósitos que generan los incentivos incorrectos en las instituciones que están llamadas a regular.

Se evidencia, además la paradoja ya apuntada de que entes que fueron creados con el objetivo de contribuir a la estabilidad del sistema financiero –mediante la prevención de las crisis sistémicas y los pánicos bancarios- se puedan convertir en fuente de riesgo moral.

También nos recuerda la lección de Hazlitt que exponíamos al inicio de este aparte, según la cual la economía no es sólo la ciencia que calcula los resultados de las políticas económicas en el corto plazo y relacionada con los intereses propios de algún grupo, sino que debe mirar al largo plazo y al interés general. Con este objetivo, creemos conveniente examinar con algo más de detalle los componentes de ese riesgo moral que termina siendo un potenciador de las crisis y pánicos bancarios, como un punto final de relevancia para definir nuestra postura.

### ***3.3. El Riesgo Moral. Un Asunto de Incentivos***

La existencia de una auténtica avalancha de regulaciones según lo constatado, tales como las exigencias de endurecimientos de niveles de capital exigidos a los bancos, bajo la forma de coeficientes de solvencia, y el conjunto de normas prudenciales auxiliares, incluyendo las limitaciones a la concentración de riesgos, no han logrado impedir ni la última crisis global iniciada en 2007, ni lo que ha dado en llamarse el riesgo financiero sistémico. Es lícito así, anunciar su *fracaso absoluto* en cuanto a procurar la solvencia y estabilidad del sistema, como lo hace el economista de la División de Regulación del mismísimo Banco de España, Gómez de Miguel<sup>69</sup>.

Ha quedado evidenciado con la profundidad de aquella crisis cuyos efectos se han dejado sentir por largo tiempo, que la misma conformación del sistema bancario, así como de lo que ha dado en llamarse la *red de seguridad financiera*, no parecen haber generado los incentivos adecuados para que el sistema en su conjunto desestime los comportamientos altamente riesgosos.

Respecto de esta red de seguridad financiera se suele citar que los mecanismos más difundidos son los sistemas de seguro de depósitos y el prestamista de última instancia. Sin embargo, un sistema de seguridad con diseño adecuado podría incluir varias funciones además de los dos remedios mencionados, entre ellas: formas alternas de auxilio financiero, la supervisión y regulación y la intervención y liquidación en condiciones especiales de los bancos.

Como ya hemos afirmado, y de acuerdo con el diseño seleccionado, las funciones de supervisión del sistema se pueden distribuir entre diferentes órganos cuyo ejercicio sea autónomo,

---

<sup>69</sup> En este sentido, Gómez de Miguel afirma contundentemente que “La construcción de Basilea 3, surge al hilo del **fracaso absoluto** de la regulación consolidada en Basilea 2 para asegurar la solvencia del sistema. Como ya hemos indicado, muchas grandes entidades de muchos países que se enfrentan a la crisis 2007/2008 con niveles de capital ordinario que cumplen holgadamente con el coeficiente de solvencia (el mínimo de ese capital, recuérdese, estaba en el 2,01%) y con gran cantidad de híbridos hábiles teóricamente para permitir la absorción de pérdidas (que permiten superar el 6%) se hundieron estrepitosamente y necesitaron inyecciones ingentes de dinero público para sobrevivir, y ello sin que, en muchos casos, los inversores en híbridos y algunos accionistas asumieran su cuota de responsabilidad en el desastre”. José Manuel Gómez de Miguel. “La Solvencia de ...”, en *Derecho de...*, ob. cit. p. 567.

o bien concentrarlas en uno solo, generalmente, un banco central. La salvaguarda del sistema se sustenta de manera muy importante en la confianza de los clientes. Así lo ha expresado el profesor García Montoya:

Tan delicada función [la de intermediación] está basada en la confianza que los ahorristas tengan en el manejo que tales intermediarios darán a los recursos por ellos entregados y en la seguridad de poder contar con la disponibilidad de dichos recursos en el momento y condiciones que lo pactaron”<sup>70</sup>.

Mientras el público mantiene esa confianza se sostiene la protección del sistema bancario. Pero ello no se alcanza, como la experiencia demuestra, solamente con base en la protección que se deriva del capital de los bancos (aunque cada vez más se pone el acento en incrementar la garantía que se deriva de una capitalización apropiada y robusta). Si esta confianza, por las razones que sean, se tambalea, el andamiaje entero se debilita. En consecuencia, surgen los sistemas de garantía y de prestamista de última instancia que estamos analizando<sup>71</sup>.

Pero, es el caso que los incentivos para el comportamiento riesgoso están allí y el dilema consiste en que son potenciados por la existencia de estos presuntos remedios. Por supuesto, esto ha generado que esos mecanismos sean severamente cuestionados. No obstante, también se ha afirmado que la configuración misma del sistema genera estos incentivos, existan los mecanismos que forman parte de la red de seguridad financiera o no. La idea generalizada lleva a pensar que, aunque no estén previstos los seguros, en presencia de las crisis, los gobiernos no van a dejarlos quebrar, según vimos. Así lo ha expresado de la Cuadra:

Cuando no existen seguros de depósito establecidos en la Ley, no se subsana el problema de los incentivos para aumentar el riesgo. Tanto los depositantes como los banqueros saben que el apoyo del Estado a un banco con problemas es la solución políticamente dominante. El seguro de depósito opera de facto. Un gobierno puede anunciar que no dará seguro, pero una vez que se produce el problema lo otorga (fenómeno conocido en la literatura como “inconsistencia en el tiempo”)<sup>72</sup>.

Estos riesgos son además especialmente sensibles pues lo que podríamos denominar las “vías de propagación”<sup>73</sup> son muy expeditas. Como mencionamos la más directa es eso que se

---

<sup>70</sup> Luís García Montoya. “Derecho Bancario privado” en *Revista de Derecho Mercantil*, año II, N° 3, enero-julio, 1987, pp. 13-14.

<sup>71</sup> Aludiendo en concreto a los sistemas de garantías de depósitos, se han planteado como una fórmula para enfrentar los riesgos sistémicos. Así, “la gran mayoría de los sistemas financieros cuentan, desde hace muchos años, con los sistemas de garantías de depósitos. Estos mecanismos tratan de paliar los pánicos bancarios, es decir, la propagación de las crisis, asegurando a una parte significativa de los tenedores de pasivos bancarios, que no perderán sus depósitos pase lo que le pase al banco donde los hayan colocado”. José Manuel Gómez de Miguel. “La Solvencia de ...”, en *Derecho de...*, ob. cit. p. 586.

<sup>72</sup> Sergio de la Cuadra, *Reforma de los Sistemas Financieros Latinoamericanos*, Chile (Memorias FELABAN, septiembre, 1991). Editorial Kelly, Bogotá Colombia, N° 7, pp. 273-283.

<sup>73</sup> Así se refiere a ellas Gómez de Miguel en el trabajo citado. José Manuel Gómez de Miguel. “La Solvencia de ...”, en *Derecho de...*, ob. cit. p. 585 y sig.

denomina *efecto contagio*, también conocido como *efecto dominó* y que se produce, en parte, a causa de la profundidad de las relaciones interbancarias.

No pueden desconocerse los efectos perniciosos de las corridas, por la idea de que estas consecuencias negativas pueden generalizarse y propagarse a todo el sector, incluso al conjunto de la economía. La tercera vía de propagación era la necesidad de vender a precios de “liquidación” según exponía el profesor White. Recordemos aquí su cáustica observación según la cual: “Un pánico es lamentable no sólo porque multiplica los efectos negativos de las corridas, sino porque puede conducir a una contracción macroeconómica”<sup>74</sup>.

En definitiva, esta interconexión entre los bancos parece extender la amenaza hasta el punto de que se convierta en un riesgo financiero sistémico, el cual implica que se producirían “graves perturbaciones en el funcionamiento del sistema financiero a consecuencia del impacto y propagación de los riesgos a los que se enfrenta el propio sistema”<sup>75</sup>. Ello llevaría, como advertía White, a diseminar tales perturbaciones al conjunto de la economía.

La constatación de estos elementos presentes en el sistema, ha generado cuestionamientos indiscutibles. El asunto reviste enorme complejidad, hasta el punto de que, incluso en la literatura, encontraremos detractores de la regulación en general, que han llegado a postular que en el *único caso* en el que estaría justificada la intervención en el ámbito financiero es justamente el del riesgo moral que generan tanto el banco central en su rol de prestamista de última instancia, como el sistema de garantía de depósitos, tales como el profesor de finanzas, George J. Benston. Ello es, precisamente porque forman parte del pensamiento dominante y constituyen opciones de las cuales los Estados no querrían prescindir.

En todo caso, podemos cerrar estas breves reflexiones, recordando que la banca se ha estimado como un sector tan relevante para la economía en su conjunto, que se ha optado por asumir aquellos riesgos que algunos entienden como consustanciales con la función intermediadora y también con la estructura misma del sistema financiero en su conjunto.

Ello se explica si consideramos que, en ausencia de la intermediación bancaria, tampoco desaparecerían los riesgos, por el contrario, los problemas de coordinación pondrían en peligro los intercambios y la celebración de las operaciones. Entre las dos soluciones disponibles, una contraria y otra favorable a la preservación de los intercambios o los contratos que los plasman, el principio del *favor negotii*, nos hace decantarnos de manera clara por esta última opción.

---

<sup>74</sup> “A panic is regrettable not only because it multiplies the negative effects of runs, but because it can lead to a macroeconomic contraction “. (Traducción propia en el texto del estudio). Lawrence H. White, *The Theory of Monetary Institutions*, Blackwell Publishers Inc. Oxford, 1999, p. 123.

<sup>75</sup> José Manuel Gómez de Miguel. “La Solvencia de ...”, en Derecho de..., ob. cit. p. 585.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Ariño Ortiz, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1993.

Bastos B., Miguel Anxo. “¿Puede la intervención estatal ser justificada científicamente? Una Crítica”. *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. II, n.º 1 (2005) 11 a 51.

Boehm, Frédéric. “Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, N.º 13, Segundo Semestre, 2005.

Buchanan, James y Tollison, Robert. *Theory of Public Choice*, the University of Michigan, Eds.1972.

Cabrillo, Francisco. “James Buchanan y la economía constitucional”. *Revista de Occidente*, N.º 83 (1988): 120-135.

Carbajales, Mariano. *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*. Barcelona: Biblioteca de la Fundación de Estudios Financieros. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2006.

De la Cuadra, Sergio. *Reforma de los Sistemas Financieros Latinoamericanos*, Chile (Memorias FELABAN, septiembre, 1991). Editorial Kelly, Bogotá Colombia, N.º 7.

De León, Ignacio. “El Espejismo de la Eficiencia Económica” *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política Vol. III, n.º 1*, primavera, 2006.

Espert, José Luis. *La Argentina Devorada. Como sindicatos, empresarios prebendarios y políticos sabotean el desarrollo del país y cómo vencerlos para despegar*. Prólogo de Ricardo López Murphy, Galerna, Buenos Aires, 2017.

García Larralde, Humberto. *A los doscientos años del nacimiento de Carlos Marx: El pasado de una desilusión*. Abediciones. Colección Ediciones Especiales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, primera edición, 2018.

García Montoya, Luis. “Derecho Bancario privado” en *Revista de Derecho Mercantil*, año II, N° 3, enero-julio, 1987.

Gherzi, Enrique. “Economía de la Corrupción”, en: *Advocatus*, 2000, No. 002.

Gómez de Miguel, José Manuel. “La Solvencia de los Bancos”, en *Derecho de la Regulación Económica, Tomo X. Sistema Bancario*. Directores Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano. IUSTEL. Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. 1ª edición, Madrid, 2013

- Hazlitt, Henry. *La Economía en una lección*. Prólogos de Javier Milei y Juan Ramón Rallo. Unión Editorial, 8ª edición, 2018.
- Holcombe, Randall. *Advanced Introduction to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Mónaco Gómez, Miguel. *Regulación de los Monopolios y la Posición de Dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Colección Visión Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, UCAB Ediciones, Caracas, 2016
- Montero Pascual, Juan José. “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”. *Revista de Derecho de las telecomunicaciones y las infraestructuras en red*, N° 30 (2007) 41-66.
- Morles Miralles, Gustavo. “Las Crisis Bancarias”, en *La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela*, 2da. Edición. UCAB, UMA Caracas, 2016.
- Muci Facchin, Gustavo y Martín Aponte, Rafael. *Regulación Bancaria*. Fundación Banco Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello Caracas, 2004.
- Rallo, Juan Ramón. *AntiMarx: Crítica a la Economía Política Marxista*, Ediciones Deusto, 2 Tomos, 2022.
- Rallo, Juan Ramón. *Una crítica a la teoría monetaria de Mises*. Edición en PDF (“Kindle”), Madrid, 2019.
- Salvador Armendáriz, María Amparo. “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional” en *Regulación Bancaria: Transformaciones y Estado de Derecho*. Navarra, ICS Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- Saunders, Anthony. *Financial institutions management. A modern perspective*. McGraw-Hill, 1998.
- Ustáriz Forero, Nasly. “Síntesis del surgimiento evolutivo de las instituciones monetarias y bancarias”, *Revista de Derecho Mercantil, RVDm*, Nro. 8, 2022.
- White, Lawrence H. *The Theory of Monetary Institutions*, Blackwell Publishers Inc. Oxford, 1999.
- Zanotti, Gabriel. *Introducción Histórica a la Escuela Austriaca de Economía*, (con la colaboración de Agustina Borella), Unión Editorial, Madrid, 2022.

### **Sitios web consultados**

Ebeling, Richard M. *Capitalismo e Información Asimétrica*. Artículo publicado en el *Mises Institute, Mises Wire*, el 12 de mayo de 2017. <https://mises.org/es/mises-wire/capitalismo-e-informacion-asimetrica>

Hayek von Friedrich A., *Economics and Knowledge. Articles of Interest*. 07/20/2005, Mises Institute. <https://mises.org/articles-interest/economics-and-knowledge>

Hayek von Friedrich A., “El Significado de la Competencia”. Traducido de F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948. <https://www.esade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/El-significado-de-la-competencia.pdf>

Hayek von Friedrich A.. “El Uso del Conocimiento en la Sociedad”, traducido al español desde el *American Economic Review*, XXXV, N° 4 (septiembre, 1945), <https://www.hacer.org/pdf/Hayek03.pdf>

Moreno Tripp, Miguel. *Incentivos Perversos*. El Financiero, Economía, Mercados y Negocios. febrero 06, 2024. <https://www.elfinanciero.com.mx/monterrey/2024/02/06/miguel-moreno-tripp-incentivos-perversos/>

Rallo, Juan Ramón. “Los fallos del mercado y la fatal arrogancia”. *Liberalismo.org*: <https://www.liberalismo.org/articulo/195/12/fallos/mercado/fatal/arrogancia/>

Rallo, Juan Ramón. “¿Qué podemos aprender de las Fallas?”, en *Libertad Digital, Ética y Economía*, 14/03/2006. <https://www.libertaddigital.com/opinion/ideas/que-podemos-aprender-de-las-fallas-1276231476.html>

# *Investigaciones corporativas internas*

**Jesús A. Villegas-Ruiz\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 133-159

**Resumen:** El artículo aborda las investigaciones corporativas internas, analizando su concepto, alcance, y los elementos clave para su correcta implementación en el marco de la gestión empresarial. Estas investigaciones se presentan como una herramienta fundamental para mitigar riesgos legales, reputacionales y éticos, permitiendo a las empresas identificar irregularidades y establecer medidas correctivas antes de que las autoridades intervengan. Se analizan las bases para iniciar estas investigaciones, el papel del secreto profesional del abogado, y las mejores prácticas internacionales, destacando las recomendaciones de la norma ISO 37008. Además, se identifican desafíos relacionados con la privacidad, la confidencialidad y la justicia procedimental, subrayando la importancia de un manejo organizacional adecuado.

**Palabras claves:** Investigaciones internas, cumplimiento normativo, gestión de riesgos, secreto profesional, confidencialidad, clima organizacional, norma ISO 37008, justicia procedimental, privacidad.

## *Internal Corporate Investigations*

**Abstract:** *The article explores internal corporate investigations, examining their concept, scope, and key elements for effective implementation within corporate management. These investigations are presented as an essential tool for mitigating legal, reputational, and ethical risks, enabling companies to identify irregularities and implement corrective measures before authorities intervene. The article discusses the foundations for initiating these investigations, the role of attorney-client privilege, and international best practices, highlighting the recommendations of ISO 37008. It also identifies challenges related to privacy, confidentiality, and procedural fairness, emphasizing the importance of appropriate organizational management.*

**Keywords:** *Internal investigations, regulatory compliance, risk management, attorney-client privilege, confidentiality, organizational climate, ISO 37008 standard, procedural fairness, privacy.*

**Recibido:** 13/11/2024

**Aprobado:** 25/11/2024

---

\* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Maestría en Administración de Empresas del IESA. Profesor en las universidades Monteávila y UCAB así como en el IESA. Actualmente se desempeña como abogado de la firma internacional Baker McKenzie. Un especial agradecimiento a Andrea Flores Bolívar por todo su apoyo en la actualización y redacción de este artículo.

# *Investigaciones corporativas internas*

Jesús A. Villegas-Ruiz\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 133-159

## **SUMARIO:**

**I. Concepto y alcance. II. Presupuestos para el inicio de una investigación interna. III. El privilegio profesional de los abogados de la compañía en el marco de una investigación corporativa interna. IV. Estructura de una investigación corporativa interna. Recomendaciones prácticas. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. Concepto y alcance**

Cuando hablamos de investigaciones internas nos referimos a una situación corporativa muy particular. Surge la necesidad de una investigación interna ante la duda de una actividad sospechosa e irregular, bien sea por sus implicaciones administrativas o penales, que puedan comprometer a la compañía por sus consecuencias sancionatorias o reputacionales, o por la inobservancia de procedimientos, protocolos, y códigos corporativos de carácter interno corporativo.

Una investigación corporativa es el procedimiento de carácter corporativo interno en una organización cuya finalidad es la verificación de hechos irregulares de interés para su gerencia en la toma de decisiones corporativas. El reciente estallido de delitos financieros ha logrado que las empresas incrementen las medidas para asegurar el cumplimiento de lo establecido por la ley, y que su ambiente corporativo sea conforme con los requisitos legales y éticos.<sup>1</sup>

Una de las consideraciones más importantes para iniciar o no una investigación interna corporativa es si los entes reguladores se encuentran ya realizando sus propias investigaciones. Ahora bien, en circunstancias donde el gobierno no se encuentra investigando, la pregunta se torna más compleja: ¿está la corporación en conocimiento de una irregularidad, no hace nada y asume el riesgo de una eventual investigación regulatoria? o ¿busca la corporación la prevención de la irregularidad internamente antes de que se torne público y conlleve a una investigación regulatoria y penal a gran escala? Las complejidades de la realización de una investigación interna son

---

\* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Maestría en Administración de Empresas del IESA. Profesor en las universidades Monteávila y UCAB así como en el IESA. Actualmente se desempeña como abogado de la firma internacional Baker McKenzie. Un especial agradecimiento a Andrea Flores Bolívar por todo su apoyo en la actualización y redacción de este artículo.

<sup>1</sup> Strader, J. Kelly & Jordan, Sandra D., *White Collar Crime, Cases, Materials, and Problems*, New York LexisNexis, 2016, 3° ed., p. 621.

muchas, incluyendo la pregunta si se requiere o no a un abogado externo versus realizar la investigación de forma *in-house*.<sup>2</sup>

La reacción pública a las investigaciones internas, incluyendo la inquietud de los accionistas, puede ser una espada de doble filo. Por una parte, las investigaciones internas demuestran la seriedad de la empresa en contra de las conductas irregulares y el acatamiento de la ley ayudando a su reputación comercial. Pero, por otra parte, el mero hecho de hacer públicas estas investigaciones puede tener un impacto –por ejemplo– en la cotización de las acciones en bolsa.<sup>3</sup> Así, dependiendo de la naturaleza de la irregularidad a investigar, el alcance de una investigación y la recopilación de los hechos puede variar mucho en el caso en concreto.

No en vano se ha señalado que las investigaciones internas pueden ser costosas, probablemente impidan la continuidad de las operaciones, y de hacerse públicas, generar una matriz de opinión negativa para la empresa.<sup>4</sup> Por ello, antes de empezar una investigación interna, la compañía debe considerar y ponderar si la fuente de información y las alegaciones realizadas son creíbles en primer lugar.<sup>5</sup> Una precisión importante en toda investigación interna es el carácter protector que busca la gerencia legal de la empresa. Por ello, una investigación corporativa interna puede ser necesaria para la gerencia de cualquier compañía por asuntos que llegan a su conocimiento y que requieren una respuesta inmediata.

Se ha clasificado entre investigaciones internas de pequeña y gran escala: las pequeñas sobre irregularidades menores y las grandes en graves irregularidades que involucran a personal clave de la compañía.<sup>6</sup> Típicamente, la primera clase de investigaciones es realizada por el departamento de recursos humanos de la compañía, lo cual puede ser una buena idea; no obstante, dependiendo de la magnitud de la irregularidad también pudiera resultar útil la instrucción del consultor legal de la compañía para crear y someter al privilegio del secreto profesional a toda la investigación realizada y los documentos de trabajo.<sup>7</sup>

## II. Presupuestos para el inicio de una investigación interna

Las investigaciones internas pueden realizarse de forma *in-house* por múltiples razones, todas importantes en el quehacer corporativo. Algunas veces se fundamentan en razones estrictamente legales, como el incumplimiento de determinada regulación u oportunidades de mejora en procesos relativos al relacionamiento con funcionarios públicos del Estado; en otras ocasiones se justifica en motivos éticos y morales que pueden perjudicar la reputación comercial de la compañía. Así, tanto los delitos contables o tributarios, situaciones irregulares relativas a legitimación de capitales, acoso sexual en el trabajo, pueden ser algunas de las múltiples causas por las cuales la compañía

---

<sup>2</sup> Id., p. 622.

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> Boghraty, Babak, *Organizational Compliance and Ethics*, New York, Aspen Publishers, p. 419.

<sup>5</sup> Véase Low, Lucinda, *Effective FCPA Corporate Investigations: Discovering the Whole Truth*, Chicago, American Bar Association, 2015.

<sup>6</sup> Miller, Geoffrey P., *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance*, New York, Aspen Casebook series., p. 186.

<sup>7</sup> Id.

quisiera investigar lo que ocurre dentro de su corporación. Pero ¿por qué hacer esto si las autoridades pueden hacerlo por mí? ¡grave error!

Dada la naturaleza sensible y los importantes riesgos comerciales y de reputación asociados con los cargos penales derivados de cualquier tipo de conducta irregular, grandes empresas transnacionales comenzaron a darse cuenta del valor de realizar investigaciones internas antes de que el gobierno se involucrara en el asunto, en lugar de simplemente utilizar esta herramienta para negociar con fiscales en procesos penales existentes.<sup>8</sup> La finalidad de una investigación interna es reducir los riesgos de recibir multas por parte de las autoridades, evitar posibles sanciones y sus consecuencias para la empresa y su reputación, así como proteger la integridad de sus empleados.

### ***1. El incumplimiento de los códigos de ética y las políticas corporativas***

Un código de ética es un conjunto de normas de conducta de carácter moral que establecen imperativos para convivir y respetar ciertos parámetros en el establecimiento comercial donde trabajamos. Si bien no son imperativos legales, son imperativos morales que deben ser respetados con la más estricta aplicación. El código de ética se fundamenta en dos clases de normas: principios y reglas de conducta<sup>9</sup>, que son normas amplias que proveen un marco general para las reglas de conducta, más específicas y detalladas;<sup>10</sup> y las reglas de conducta contienen los estándares específicos que recomiendan el nivel de conducta profesional que se espera de nuestros empleados y profesionales.

El cumplimiento de dichas normas de conducta depende, en primer lugar, del propio entendimiento y las acciones voluntarias de nuestros profesionales y, en segundo lugar, de la reafirmación del cumplimiento de dichas normas con sus compañeros de trabajo y hacia el público.<sup>11</sup> Por ello, es común el lema de un ambiente integro de trabajo para todos los empleados de la compañía, donde la integridad es el horizonte de toda conducta o actividad de la empresa.<sup>12</sup>

Los códigos de conducta empresarial demuestran el compromiso de la empresa con mantener estándares éticos en su negocio y con que sus empleados los sigan. Además, establecen claramente lo que no se considera adecuado para la empresa. El incumplimiento del código de ética de la empresa puede ser causal suficiente para amonestar a un empleado, así como las actitudes contrarias a las buenas costumbres que en él se establecen.

Cuando el incumplimiento de la ética necesaria para realizar negocios es grave (v.g. por uso inadecuado de los bienes de la compañía), existen suficientes indicios de hecho para la realización

---

<sup>8</sup> Lucian E. Dervan, *International White-Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations*, 39 Fordham Urb. L.J. 361 (2011) 365.

<sup>9</sup> Legal Compliance S.L, *Notas sobre Código de Ética y Conducta*.

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Pero ¿qué significa ser íntegro? “Integridad es hacer lo correcto, incluso cuando no tienes que hacerlo – cuando nadie te está viendo y nunca lo sabrá, cuando no vayas a ser reconocido por haber hecho las cosas de esa manera.” (Marshall, Charles, *Shattering the Glass Slipper*, United Kingdom, Provision Group, 2003).

de una investigación interna y establecer responsabilidades del empleado en el caso en concreto, de acuerdo con los procedimientos que la misma compañía tenga establecidos para tales fines.

## **2. Los denunciantes internos**

Una investigación interna puede iniciar precisamente por una denuncia privada en el seno de la organización. En la materia que nos ocupa, es sumamente importante el diseño de canales institucionales para el manejo de información sensible y la posterior toma de decisiones para los correctivos necesarios. Los denunciantes son personas que advierten, dentro de los canales adecuados, irregularidades corporativas del negocio en el marco de un programa de cumplimiento. El denunciante interno es un voluntario que tiene conocimiento personal de una irregularidad en la organización y que lo manifiesta por su propia voluntad.<sup>13</sup>

El denunciante interno no es un fiscal, un policía, ni un agente encubierto; es sólo un empleado que se percató personalmente de una irregularidad. Es importante advertir que en Venezuela no existe una obligación legal de denunciar internamente más allá de lo establecido en la legislación penal como forma de iniciación de un procedimiento penal. No nos referimos en esta discusión a la denuncia formal ante la comisión de un delito de acuerdo con el COPP, y que es una obligación legal propiamente dicha. En este sentido, en materia penal la denuncia es una declaración de conocimiento oral o escrita acerca de la existencia de un hecho punible que se transmite directamente a un órgano del sistema de justicia.<sup>14</sup> Por ello se distingue en el caso de los delitos públicos, los cuales son perseguibles de oficio, donde cualquier persona puede ser denunciante (art. 267 COPP) y los delitos de instancia privada donde el denunciante debe tener legitimación y capacidad salvo excepciones especiales de acuerdo con el artículo 25 del COPP.<sup>15</sup>

No obstante, la distinción, la denuncia siempre será obligatoria para funcionarios públicos en su función y los testigos presenciales del delito cuando la omisión de ella sea sancionable (art. 269 COPP). Si se ejerce o no una denuncia penal por parte de la empresa ante la comisión de un hecho punible responderá a la estrategia legal que quiera emplear la compañía luego de constatar los hechos irregulares denunciados privadamente y el análisis de riesgo respectivo que presenta el caso penal corporativo.

## **3. La corrupción y el soborno a funcionarios públicos para el logro de fines corporativos**

La corrupción y el soborno se encuentra altamente penalizado de forma administrativa y penal de acuerdo con el derecho venezolano, norteamericano, y por buena parte de los países del mundo. La corrupción como forma de hacer negocios es inaceptable en la contemporaneidad, por incrementar la burocracia y obstaculizar los fines de la Administración Pública. Precisamente por su carácter penal, ningún empleado de la compañía puede entrar en esta clase de actividades

---

<sup>13</sup> Miller, *The law of...*, ob. cit., p. 271.

<sup>14</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Barquisimeto, Ediciones Librería J. Rincón, 2013, p. 420.

<sup>15</sup> *Id.*

ilegales que ponen en riesgo no solo la reputación de la compañía como un todo, sino al propio empleado que acepta participar en estos actos delictuales.

La tolerancia cero a la corrupción, más que una tendencia global, es una necesidad para todos como ciudadanos, empleados, asesores, directores, proveedores, entre muchos otros. La sospecha de actividades irregulares de corrupción y soborno deben ser investigadas inmediatamente por la compañía, debido a sus nocivos efectos a la integridad y reputación corporativa y que trascienden a un tema meramente penal. Por ello, las investigaciones internas son una herramienta para estos casos en concreto y ayudan a establecer correctivos a aquellos empleados o directores, que, en contra de lo establecido en las leyes, regulaciones y códigos de ética corporativos, atentan la integridad del negocio con sus actuaciones legalmente reprochables.

#### ***4. El acoso sexual y los escándalos corporativos***

En Venezuela, tanto el acoso sexual como el acoso laboral son considerados como hechos ilícitos (arts. 164 y 165 Ley Orgánica del Trabajo (“LOTT”). Ambos suponen el hostigamiento o conducta abusiva ejercida en forma recurrente o continuada por el empleador, sus representantes o trabajadores que atente contra la dignidad o la integridad de un empleado perturbando el ejercicio de sus labores y poniendo en peligro su trabajo o degradando las condiciones de ambiente laboral (art. 164 LOTT). La compañía puede y debe investigar situaciones irregulares que atenten contra la dignidad de sus trabajadores, y reportarlo inmediatamente a las autoridades competentes independientemente del grado o *seniority* del involucrado en estas actividades ilícitas.

Aun cuando la ley es difusa en el establecimiento de sanciones,<sup>16</sup> el acoso es un delito autónomo en Venezuela con consecuencias penales. En los tiempos modernos, es una necesidad un ambiente de trabajo que respete la dignidad humana de las personas independientemente de su condición política, social y económica. Esto es una consideración inclusive constitucional y que trasciende el ordenamiento jurídico.<sup>17</sup> No puede ser permisible un ambiente de trabajo donde se tolere el irrespeto a los trabajadores por causas de tipo sexual o de cualquier índole.

#### ***5. La discriminación por raza, sexo, religión***

En la actualidad, es muy debatible y controversial la discriminación por raza, sexo y religión en el lugar de trabajo, precisamente por las tendencias de inclusión y diversidad en las empresas. La CRBV establece claramente que no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona (art. 21 CRBV). Sin lugar a duda es reprochable la discriminación de forma negativa en el lugar de trabajo cuando menoscaba la dignidad del trabajador. Aunque

---

<sup>16</sup> Artículo 166 de la LOTT. “El Estado, los trabajadores y trabajadoras, sus organizaciones sociales, los patronos y patronas, quedan obligados a promover acciones que garanticen la prevención, la investigación, la sanción, así como la difusión, el tratamiento, el seguimiento y el apoyo a las denuncias o reclamos que formule el trabajador o la trabajadora que haya sido objeto de acoso laboral o sexual.”

<sup>17</sup> No en vano establece la CRBV en su artículo 3 que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad.

Venezuela no tiene problemas raciales de la misma magnitud que otros países, esta no es una conducta legalmente aceptable y es ilícita tanto por la Constitución como la legislación positiva.<sup>18</sup>

## 6. *Los conflictos de intereses*

El área de los conflictos de intereses es un tema complejo en el ámbito del cumplimiento normativo. Nos referimos a esta práctica como etérea, precisamente, por la falta de bases legales sólidas para explicar su naturaleza legal<sup>19</sup> aunque pueda ser regulado en específico de acuerdo con el sector de regulación que estudiemos.<sup>20</sup> Debido a su escasa regulación en Venezuela, acertadamente se ha señalado que, en materia de contratación pública, la regulación del conflicto de interés es sumamente débil.<sup>21</sup>

Ahora bien, es muy importante advertir que un conflicto de intereses es una situación fáctica que no depende estrictamente de la ley para ocurrir, ni debe ser tratado como un problema exclusivo de derecho público. Más bien, la gama de posibilidades que representan los conflictos de intereses son, en nuestra opinión, juicios éticos sobre situaciones potencialmente –pero no necesariamente– legales. Por ello, en el caso corporativo, los conflictos de intereses representan tradicionalmente ejercicios éticos dentro de las organizaciones contemporáneas por contraponer los intereses personales frente a los intereses empresariales.

El conflicto de intereses se puede definir como la situación en la cual los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes.<sup>22</sup> En este sentido, al analizar los conflictos de intereses, podemos percatarnos que no se trata de una conducta sino de una situación o estado de cosas que

---

<sup>18</sup> En Venezuela, la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial (“LOCDR”) establece como objeto prevenir, atender, erradicar y sancionar la discriminación racial en cualquiera de sus manifestaciones (art. 1), quedando sujetos a la ley toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que se encuentre en el territorio nacional (art. 2). Por ello, la discriminación racial en Venezuela constituye un hecho ilícito, con lo cual se prohíbe todo acto de racismo, endorracismo y de xenofobia, que tenga por objeto limitar o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades de la persona o grupos de personas (art. 8). No obstante, sí es posible discriminar en el ámbito corporativo cuando existan motivos de negocios justificados para hacerlo, o como establece la LOCDR, cuando existan distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados, para desempeñar un cargo, oficio o actividad determinada (art. 9.4 LOCDR). Por ello, no es ni ilegal ni inconstitucional la discriminación en el trabajo por motivos de mérito o necesidades de negocio. Siempre y cuando no se atente contra la norma constitucional y el objetivo de la discriminación sea justificado, la compañía puede legalmente discriminar entre empleados de acuerdo con sus necesidades.

<sup>19</sup> En materia de estricto derecho privado, pudiera asociarse al conflicto existente entre mandantes y mandatarios respecto a las responsabilidades encomendadas y cómo un interés personal puede afectar al mandante, pero no es nuestra intención ahondar una discusión netamente jurídica sobre esta problemática dado su amplísimo carácter.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en materia anticorrupción, en materia bancaria, de seguros, y otras afines donde la regulación es extensiva y detallada.

<sup>21</sup> Gil Martínez, Alberto y Rosas, Daniel, “El Conflicto de Interés en la Contratación Pública, Análisis de la Regulación de Argentina y Venezuela”, en: *Revista de Contrataciones Públicas*, 2020, N° 4, p. 11.

<sup>22</sup> Cuif, Pierre-François, “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, 2007, N° 12-13, pp. 55-93, especialmente p. 55.

implica el riesgo objetivo de que las personas involucradas lleguen a incurrir en conductas que afectan negativamente determinados intereses públicos, privados o colectivos.<sup>23</sup>

Los conflictos de intereses, como situación esencialmente ética, tiene un espectro más amplio y puede ocurrir en organizaciones públicas y privadas sin distinciones, pues los intereses personales siempre serán una situación compleja en el ejercicio de las funciones de un empleado de una empresa. Así, los conflictos de intereses pueden ser tanto públicos como privados. De hecho, las empresas pueden adoptar en sus prácticas de gobierno corporativo, normativa empresarial interna con normas más exhaustivas a las recomendadas para las autoridades públicas.

Una investigación interna puede versar sobre un conflicto de interés no declarado que ponga en peligro o represente un riesgo para la organización. Efectivamente, si la gerencia de la empresa requiere tomar decisiones en beneficio del negocio, una persona en conflicto no puede velar por los mejores intereses empresariales. Así las cosas, hay conflictos que pueden ser intolerables al momento de tomar decisiones financieras. Las investigaciones internas ayudan a tomar decisiones respecto a irregularidades sobre intereses que debieron ser reportados y fueron omitidos

### ***III. El privilegio profesional de los abogados de la compañía en el marco de una investigación corporativa interna***

En la jurisprudencia norteamericana ha habido varios casos que discuten el hecho del secreto profesional y la relación de los abogados de la compañía con los empleados de la empresa.<sup>24</sup> Esta consideración es vital en el marco de una investigación interna debido a que es recomendable que un abogado instruya la investigación en aras de formalizar el procedimiento. Ciertamente, el reporte de la investigación conlleva varias implicaciones que trasciende el ámbito legal, pero las recomendaciones legales siempre estarán presentes. El abogado de la empresa es la persona ideal para constatar los hechos objeto de investigación, y asesorar a la empresa respecto al curso de acción como abogado de la empresa.

Ser abogado, en un contexto investigativo, es ostentar los privilegios de la profesión y que otros profesionales no tienen. Nos referimos a los privilegios de confidencialidad de las comunicaciones en el marco de la asesoría legal entre el abogado que investiga y su cliente (la empresa)<sup>25</sup>. El abogado de empresa se encuentra así en un dilema ético poco explorado en el derecho venezolano, ¿a quién le debo mis servicios profesionales como practicante del derecho? Exploremos esta pregunta en un análisis comparado, usando las mejores prácticas en la materia.

#### ***1. El secreto profesional del abogado en Venezuela y su alcance***

---

<sup>23</sup> Zalaquett, José, "Conflictos de intereses: normas y conceptos", en: *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, N° 10, pp. 179-189, especialmente p. 181.

<sup>24</sup> *Golden Trade v. Lee Apparel Co.* (S.D.N.Y. 1992), *Upjohn Co. v. United States* (1981), *Clutchett v. Rushen* (9th Cir. 1985), y *Clark v. United States* (1933).

<sup>25</sup> En el derecho anglosajón, es muy común referirse a la noción de "privilegio" o "privilege", que se refiere a la condición de la información respecto de la cual se tiene derecho a mantener reserva o secreto. *Diccionario Jurídico Venelex*, Tomo II, DMA Grupo Editorial C.A., 2003. p 247.

En Venezuela, los instrumentos legales rectores en la materia son la LDA, el CPC, el CP y el CDEA. La doctrina ha distinguido entre los deberes del abogado, sus obligaciones frente a las autoridades y las excepciones aplicables por habilitación del ordenamiento jurídico.<sup>26</sup> En todo caso, el ejercicio del derecho es el desempeño de una función propia de la abogacía o de una labor atribuida en razón de una Ley especial a un egresado universitario en Derecho, o aquellas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos (art. 11 LDA). Por ello, el abogado se encuentra obligado tanto por la ley como por la ética a la cabal representación de su cliente, y en caso de incumplimiento, puede ser objeto de sanciones disciplinarias y civiles. No en vano se ha afirmado que la violación al secreto profesional puede generar responsabilidad civil contractual en el caso de mandatos judiciales, pues la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.<sup>27</sup>

En nuestra opinión, nos referimos a un privilegio propiamente dicho, pues se trata de una ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de la ley y determinada por la circunstancia propia del ejercicio de la profesión. De esta manera, sólo aquellos habilitados para el ejercicio del derecho tienen el deber de ofrecer a su cliente el concurso de la cultura y de la técnica que se ostenta y el deber de la aplicación de tal técnica con rectitud de conciencia y esmero en la defensa; prudencia en el consejo legal y la actuación con lealtad para el triunfo de la justicia (art. 2 LDA). Los abogados en ejercicio están obligados a aceptar las defensas que se les confíen de oficio, salvo negativa razonada, y podrán exigir a sus defendidos el pago de honorarios (art. 16 LDA). Precisamente en el nacimiento de la relación abogado-cliente surge la obligación del secreto profesional, no por mandato expreso de la ley sino por la ética de la profesión.

De esta manera, de acuerdo con el artículo 25 del CDEA:

*El abogado guardará el más riguroso secreto profesional. Este secreto amparará sus archivos y papeles aún después que el abogado haya dejado de presentarles sus servicios al patrocinado o al defendido. El abogado podrá negarse a testificar en contra de éste y abstenerse de contestar cualquier pregunta que envuelva la revelación del secreto o la violación de las confidencias que hubieren hecho.*

*Tampoco podrá el abogado comunicar a terceras personas lo que llegare a su conocimiento por causa de su profesión. Queda comprendido del secreto profesional, todo cuanto un abogado trate con el representante de la parte contraria.*

En el foro se ha sostenido que el secreto profesional impone un deber de guardo de esa información confidencial, y sea de la naturaleza que sea, puede ser clasificado como absoluto o relativo, implicando consecuencias jurídicas diferenciadas por su naturaleza.<sup>28</sup> Así, lo absoluto no puede tener ningún tipo de efecto probatorio mientras que su relatividad implica la posibilidad de excepciones establecidas en la ley.<sup>29</sup> Por ende, el deber de confidencialidad del abogado es

---

<sup>26</sup> Véase Galloti, Alejandro, “Límites y excepciones del secreto profesional del abogado”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, N° 2, pp. 252-276.

<sup>27</sup> Espinoza Melet, Manuel, “El Secreto Profesional”, en: *Anuario de Derecho de la Universidad de Carabobo*, 2013, Vol. 36, p. 16.

<sup>28</sup> Cabrera Romero, Jesús, *La Prueba Ilegítima por Inconstitucional*, Caracas, Ediciones Homero, 2012, p. 627.

<sup>29</sup> Id.

parcialmente absoluto, pues su comunicación no surte ningún efecto probatorio sino ante un tribunal determinado o ante especiales condiciones.<sup>30</sup>

En nuestra opinión, estas obligaciones nacen naturalmente al momento que se perfecciona la relación entre el abogado y su cliente. En consecuencia, la relación abogado-cliente nace cuando el abogado acepta el caso ante él presentado, sin mayores formalidades que las derivadas del derecho de los contratos.

En materia civil, los artículos 17, 170 y 171 del CPC determinan las directrices y los patrones de conducta que abogados y jueces deben observar en el proceso civil venezolano a los fines de prevenir y sancionar la colusión, el fraude procesal y cualquier otra conducta contraria a la ética profesional,<sup>31</sup> siendo esto igualmente aplicable al proceso penal analógicamente. En nuestro caso particular, en efecto, la ley reconoce que el abogado ostente un deber frente a su cliente y las autoridades en el marco de la profesión. En virtud de ello, el abogado tiene el derecho de negarse a testificar al ser convocado como testigo en la causa de su cliente, así como tiene la obligación de colaborar con las autoridades cuando la ley expresamente lo requiere (como es el caso de mandato expreso en materia de legislación bancaria, LOCFT, y legislación antidrogas).

Como regla general, el abogado tiene un deber de confidencialidad y secreto profesional siempre y cuando la ley no disponga lo contrario. En materia penal, se encuentra tipificado el delito de violación de secreto profesional, y se considera delito “que teniendo por razón de su estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio [su revelación sin justo motivo], será castigado con prisión de cinco a treinta días” (art. 189 CP).

Es decir, la ley busca precisamente el resguardo del secreto profesional para el ejercicio de las profesiones liberales. Ahora bien, en materia probatoria el deber de confidencialidad tiene dos contrapartidas: (i) el privilegio de no testificar y (ii) la protección de las comunicaciones abogado-cliente. Como acertadamente señala CABRERA ROMERO, el deber legal de guardar secreto profesional tiene un doble propósito: primero, proteger lo que la persona confía al profesional cuya atención contrata o busca, y que muchas veces se refiere a cuestiones atinentes al honor, a su reputación, a la intimidad y a la vida privada, las cuales debe necesariamente comunicar; y segundo, prestigiar las profesiones y crear confianza en quienes la ejercen.<sup>32</sup>

Consecuencia de ello es que quien guarde secreto profesional pueda excusarse del deber de testificar o negarse a exhibir instrumentos (arts. 436 y 437 CPC) o rendir informes si es una persona jurídica (art. 433 CPC).<sup>33</sup> La ley confiere el privilegio en disposiciones aisladas en varios instrumentos legales. En materia de testigos, no puede tampoco testificar el abogado o apoderado por la parte a quien represente, y esto se encuentra expresamente establecido en las normas procesales en materia civil y penal (arts. 478 CPC y 210 COPP).

---

<sup>30</sup> Véase Cabrera Romero, *La Prueba...*, ob. cit.

<sup>31</sup> Ruan, Javier, *La Ética del Abogado y los deberes que rigen su conducta en el Proceso Civil Venezolano: Análisis Legal, Doctrinal y Jurisprudencial sobre su contenido y alcance*, (Tesis de Postgrado), 2005, p. 42.

<sup>32</sup> Cabrera Romero, *La Prueba...*, ob. cit., p. 639.

<sup>33</sup> *Id.*

Los despachos y oficinas de los abogados defensores no podrán ser objeto de allanamiento sino únicamente en los casos de investigación de los delitos que se les atribuyen (art. 143 COPP), ni están obligados a declarar los abogados respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes (art. 210.3 COPP). De allí que las entrevistas entre detenidos y abogados no pueden ser interferidas por orden judicial ni en lo referente a las conversaciones de persona a persona, ni la correspondencia escrita u oral (telefónica o similar) mantenida entre el preso y su defensor, a menos que éste último sea investigado de un delito en coautoría con el preso.<sup>34</sup> Esto puede sustentarse y aplicarse en materia civil, al sostenerse que las comunicaciones son parte de la confidencialidad que garantiza la CRBV como derecho autónomo.<sup>35</sup>

Estas precisiones son importantes porque las comunicaciones entre el abogado *in-house* y su cliente –la empresa– pueden ser consideradas confidenciales y parte del secreto profesional. Los abogados de la empresa son repositorios de información confidencial que puede, evidentemente, comprometer a la compañía y su reputación. El abogado de la empresa, en el ejercicio de su representación, no puede testificar contra su representada y sus comunicaciones se deben presumir confidenciales con su cliente.

## ***2. El privilegio en los Estados Unidos de América y las Upjohn warnings***

En *Upjohn v. United States*,<sup>36</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó las bases de orientación a todos los abogados que se encuentran entrevistando a empleados corporativos en el marco de una investigación interna. Después de que el consultor jurídico de *Upjohn Co.*, una farmacéutica trasnacional, fuera informado de ciertos pagos cuestionables realizados por una de las subsidiarias extranjeras de la empresa a funcionarios de gobiernos extranjeros, comenzó una investigación interna que incluyó el envío de cuestionarios a gerentes extranjeros en busca de información detallada sobre los pagos realizados.

En el curso de la investigación interna se realizaron entrevistas a los gerentes y otros empleados corporativos. El Servicio de Impuestos Internos estadounidense (“IRS”), durante el curso de una investigación propia para determinar las consecuencias fiscales de los pagos, emitió una citación administrativa válidamente autorizada para ello, exigiendo la producción de los cuestionarios y las notas del consultor jurídico en las entrevistas.

La empresa se negó a entregar la documentación realizada en el curso de la investigación alegando que todos los instrumentos escritos estaban protegidos de la divulgación por el privilegio abogado-cliente y constituía el producto de trabajo (*work product*)<sup>37</sup> de un abogado preparado en

---

<sup>34</sup> *Id.*, p. 629.

<sup>35</sup> Artículo 60 de la CRBV. “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.”

<sup>36</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

<sup>37</sup> *Work product doctrine* sostiene la protección de documentos y cosas tangibles que se preparan en anticipación de litigios. La protección del producto del trabajo del abogado puede no aplicarse en ciertos casos donde la parte contraria, que busca tales documentos en *Discovery*, demuestra que tiene una necesidad sustancial de que los materiales preparados sean producidos en juicio. Véase *Practical Law, Work Product Doctrine*, en <https://tmsnrt.rs/3dqamss>.

anticipación de un litigio. Luego de varios meses de litigio, en la apelación, el Tribunal Federal de apelaciones del Sexto Circuito sostuvo que el privilegio abogado-cliente no se aplicaba pues las comunicaciones fueron hechas por oficiales y agentes no responsables de dirigir las acciones de la empresa en respuesta al asesoramiento legal y, por ende, porque las comunicaciones no eran las del “cliente”. Así, la doctrina del *work product* no se aplicaba a las citaciones del IRS.

En *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la sentencia de apelaciones, sosteniendo que las comunicaciones entre los empleados de la empresa y su *general counsel*, que se evidenciaron tanto por las respuestas a los cuestionarios como por las notas tomadas por el consultor jurídico, y que reflejaban las respuestas de los empleados durante las entrevistas, estaban protegidas por el privilegio abogado-cliente y, en consecuencia, la divulgación de tales al IRS no podía obligar a producir las comunicaciones de conformidad con una citación administrativa, ya que los empleados hicieron la comunicación en cuestión al *general counsel*, actuando como tal, bajo la dirección de sus superiores corporativos, para obtener asesoramiento legal sobre asuntos relacionados con los deberes corporativos de los empleados.<sup>38</sup>

El propósito de las *upjohn warnings* –o *corporate miranda warnings*– es asegurarse de que el empleado individualmente considerado que se entrevista sea plenamente consciente de que el privilegio abogado-cliente no se aplica a su entrevista con un abogado de la empresa, puesto que el abogado *in-house* representa a la compañía y no al empleado. Asegurarse de que el empleado entrevistado esté al tanto de esta situación resulta éticamente necesario, ya que el deber del abogado es frente a su cliente.

En el derecho norteamericano, en cualquier entrevista con un empleado, el abogado *in-house* tiene el poder y posibilidad de preservar para la empresa las declaraciones del empleado de la manera más adecuada para los intereses de la compañía. Proporcionar a un empleado un *Upjohn warnings* debería dejar en claro que: (i) el privilegio abogado-cliente sobre las comunicaciones entre el abogado y el empleado pertenece exclusivamente a la empresa y está controlada por ésta y (ii) que la compañía puede optar por renunciar al privilegio y divulgar lo que el empleado informa al abogado a una agencia gubernamental o cualquier otro tercero.<sup>39</sup>

En la mayoría de las situaciones, el abogado no puede servir intereses profesionales de la compañía y sus empleados debido al conflicto de intereses inherente a esta situación.<sup>40</sup> Esto es

---

<sup>38</sup> No en vano sostuvo la Corte: "En el contexto corporativo, con frecuencia serán los empleados más allá del grupo de control (directores y agentes responsables de dirigir las acciones de la compañía en respuesta al asesoramiento legal) quienes poseerán la información que necesitan los abogados de la empresa. Los empleados de nivel medio y de nivel inferior pueden, mediante acciones dentro del alcance de su empleo, involucrar a la empresa en serias dificultades legales, y es natural que estos empleados tengan la información relevante que necesita el *in-house counsel* si él es el adecuado para asesorar al cliente con respecto a tales dificultades reales o potenciales. En una empresa, puede ser necesario obtener información relevante para un problema legal del personal de gerencia media o no gerencial, así como de los altos ejecutivos. [...] El alcance limitado dado al privilegio abogado-cliente por el tribunal a continuación no sólo dificulta que los abogados corporativos formulen asesoría sólida cuando su cliente se enfrenta a un problema legal específico, sino que también amenaza con limitar los valiosos esfuerzos del abogado corporativo para garantizar cumplimiento de la ley." *Upjohn Co. v. United States*, nota 391.

<sup>39</sup> Thomson Reuters Practical Law, Glossary Upjohn Warning, en <https://bit.ly/3vY7fhX>.

<sup>40</sup> Strader & Jordan, *White Collar...*, ob. cit., p. 629.

particularmente retador en situaciones complejas, pues el beneficio es exclusivo para el cliente.<sup>41</sup> Un empleado, al ser investigado, puede aseverar muchas cosas de interés corporativo y que pueden ser usadas en su contra válidamente si son voluntarias. En efecto, en las investigaciones de delitos corporativos, las confesiones surgen en un ambiente mucho más gentil.<sup>42</sup> Los empleados pueden ser entrevistados en su lugar de trabajo por un abogado corporativo, o también por auditores independientes, reguladores o agentes de la ley.<sup>43</sup> El juez norteamericano FREDERICK LACEY ha acuñado el término “*Adnarim*” (Miranda deletreado al revés) para advertencias que todo abogado corporativo debe realizar a los empleados de la empresa y ha sugerido el uso del siguiente discurso en esta clase de situaciones:

*Yo no soy su abogado, yo represento a la empresa. He sido contratado por interés de la empresa. Usted tiene derecho a tener su propio abogado. Si usted no puede costearse un abogado, la empresa puede o no pagar sus honorarios. Usted puede consultar con su abogado antes de entrevistarse conmigo. Entre otras cosas, usted puede invocar el privilegio contra la autoincriminación. Usted puede no hablarme en lo absoluto si así quisiera.*

*Cualquier cosa que me diga, si tiene que ver con la función que desempeña, y es confidencial, será considerado privilegiado. El privilegio, sin embargo, requiere explicación. No es su privilegio ni lo ostenta. El privilegio es de la empresa. Así, yo debo decir a otros en la empresa aquello que usted me dirá si es necesario para que pueda asesorar legalmente a la empresa que me ha contratado para ello.*

*Inclusive, la empresa puede renunciar a su privilegio y así, el presidente o yo, u otra persona, puede divulgar voluntariamente a las autoridades aquello que usted me diga si la empresa decide renunciar a su privilegio.*

*Adicionalmente, si yo encuentro o descubro una irregularidad, yo me encuentro en la obligación de reportar a la Junta Directiva y quizás a los accionistas.*

*Finalmente, el hecho que una conversación es privilegiada no significa que lo que usted hizo, o dijo, es protegido de divulgación sólo porque usted ha hablado conmigo. Por ejemplo, usted puede ser citado judicialmente, y ser requerido de usted a declarar lo que hizo, dijo u observó, inclusive si usted habló conmigo.*

*¿Usted entiende lo que se la ha dicho?<sup>44</sup>*

Acertadamente algunos comentaristas han señalado que no existe una solución perfecta y que proporcionar tales advertencias tiene un costo.<sup>45</sup> En realidad, cada investigación interna tendrá sus particularidades de acuerdo con el asunto investigado, los intereses involucrados, y las personas participantes. En particular, proveer de advertencias detalladas puede disuadir a los empleados de

---

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Garrett, Brandon L., “Corporate Confessions”, en: *Cardozo Law Review*, 2008, Vol. 30, N° 3, pp. 917-947, especialmente p. 918.

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> Comentarios de Frederick Lacey en McNeil, Barry F. / Brian, Brad d. & Demsky, Lisa, *Internal Corporate Investigations*, Chicago, American Bar Association Section of Litigation, 2007, p. 37.

<sup>45</sup> Abramowitz, Elkan & Bohrer, Barry A., “‘Adnrim’ Warnings in Corporate Internal Investigations”, en: *New York Law Journal*, 2005, Vol. 284, N° 85.

cooperar en una investigación interna.<sup>46</sup> Por otra parte, incluso después de una confesión o revelación completa recibida y escuchada por los abogados corporativos, los empleados pueden sentirse obligados a cooperar por su propia cuenta por temor a represalias de su empleador si no cooperan.<sup>47</sup> “Las advertencias no les dan a los empleados un sentido más informado de los riesgos particulares que enfrentan”.<sup>48</sup>

Los sospechosos renuncian rutinariamente a los *Miranda rights* durante los interrogatorios de custodia; quizás los empleados ignorarían de manera similar las diversas *Adnarim warnings* proporcionadas.<sup>49</sup> Este nivel de detalle no se contempla en el derecho positivo venezolano, pero es igualmente aplicable como una buena práctica corporativa *in-house*. El principio es el mismo, el abogado debe su obligación ética con la compañía y no con sus empleados individualmente considerados.

#### ***IV. Estructura de una investigación corporativa interna***

Cuando pensamos en la noción de procedimiento, lo primero que nos viene a la mente es la existencia de un proceso detallado, fases, tiempos y lapsos, la sustanciación de un expediente por una unidad administrativa, entre otras tantas cosas. No obstante, el tipo de investigación al que aquí nos referimos es distinta en sus formas, aunque es recomendable el seguimiento de ciertas formalidades a efectos de dejar constancia de lo investigado y las results pues siempre será recomendable el registro documental o *recordkeeping* de todo lo acontecido e investigado.

La investigación interna, aunque de naturaleza altamente inquisitiva, no es un procedimiento penal ni es una herramienta que deba encuadrarse en esta categoría. Ciertamente, el procedimiento debe tener garantías básicas en respeto a la dignidad y los derechos constitucionales de los empleados involucrados, pero en ningún momento debe tratarse como una investigación penal. No es el interés de la empresa ser juzgador o sentenciador; su verdadero interés es salvaguardar la organización por medio del reforzamiento de una cultura de integridad en el marco de sus propios lineamientos corporativos y respeto a la legalidad. En este sentido, la investigación debe ser lo suficientemente dinámica para ser, al mismo tiempo, flexible dentro de la organización, pero estableciendo claramente lineamientos básicos que garanticen la consecución del fin investigativo: esclarecer hechos, irregularidades y coyunturas corporativas complejas.

Al ser una investigación sin formalidades de un procedimiento establecido por la ley, la compañía puede escoger de forma muy amplia cómo realizar investigaciones internas a sus empleados. No obstante, es recomendable la existencia de un protocolo corporativo del cómo, cuándo, quién y dónde realizar este tipo de investigaciones internas, y determinar, dependiendo de los grados gerenciales involucrados, la conveniencia de contar con el propio equipo de abogados de la empresa o la contratación de los servicios profesionales de una firma externa de abogados solo para instruir la investigación.

---

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Garrett, *Corporate Confessions...*, ob. cit., p. 944.

<sup>49</sup> *Id.*

## ***1. Fase preparatoria y selección de información relevante***

Para una empresa, cualquier investigación corporativa interna empieza inclusive antes de la ocurrencia de cualquier irregularidad sujeta a investigación. Es necesario que la empresa posea los recursos humanos necesarios para la conformación de un equipo interdisciplinario para la conducción de una investigación. Por ello, una parte fundamental de la fase preparatoria de cualquier investigación interna es la escogencia del equipo correcto, pues, dependiendo de la naturaleza de lo investigado, puede tener sentido o no la participación de profesionales o perfiles especializados.

Cabe preguntarse ante de iniciar cualquier investigación, ¿está conformado el equipo investigativo por las personas adecuadas de la empresa? Por ejemplo, una irregularidad financiera requerirá la participación del equipo de finanzas de la compañía, mientras que una regularidad en materia de clima organizacional requerirá la participación del equipo de recursos humanos. En todo caso, la participación del equipo legal es clave al proveer el privilegio abogado-cliente a todo lo investigado y en aras de preservar la debida confidencialidad de la investigación para su posterior consideración por los gerentes tomadores de decisiones corporativas. Adicionalmente, el equipo de seguridad corporativa de la compañía, también deberá estar involucrado en investigaciones que versen sobre los activos de la empresa, sin mencionar otros equipos que puedan ser relevante en el mejor interés y protección de la compañía.

Como cada investigación tiene sus retos particulares, también cabe considerar al principio de la investigación ¿necesitaré ayuda externa, como, por ejemplo, contables forenses, agencias de investigación especializada, u otros profesionales para llevar a cabo la investigación? ¿cuándo y cómo involucrar a tales profesionales? Igualmente, dependiendo de la jurisdicción donde opere la empresa que iniciará una investigación interna, puede ser conveniente la contratación de abogados externos para preservar la confidencialidad de la investigación y controlar el flujo de la información, así como su impacto organizacional a nivel interno.

La evaluación preliminar de la denuncia versa sobre la identificación de problemas para la empresa y el análisis de la credibilidad de lo denunciado. Algunas preguntas relevantes para esclarecer estas interrogantes, pueden ser: (i) ¿Cuáles son los posibles problemas (jurídicos, normativos o de reputación empresarial) ?; (ii) ¿qué nivel de riesgo representa la denuncia formulada?; (iii) ¿qué problemas inmediatos hay que resolver?; y (iv) ¿es realmente necesaria una investigación corporativa interna?

Para responder a las preguntas anteriores se debe planificar y estandarizar procesos de investigaciones internas; es decir, la adopción y entrenamiento a equipos especializados internos en la realización de dichas investigaciones. La planificación de la investigación resulta muy beneficiosa en cuanto al manejo de los recursos corporativos pues genera un equipo ideado específicamente a la tarea designada. En todo caso, también es importante tener presente que no toda denuncia es relevante, pues pueden existir denuncias infundadas por parte de empleados inescrupulosos.

Al momento de planificar una investigación, tengamos siempre como objetivo: (i) la determinación de la naturaleza y la gravedad de la investigación; (ii) análisis de la denuncia formulada para verificar sus méritos preliminarmente; (iii) establecer pasos o hitos del proceso investigativo para la elaboración del informe final y sus hallazgos. En resumen, una adecuada planificación de la investigación en sí mismo garantiza transparencia y procesos que pueden ser fácilmente auditados por terceros.

## ***2. El inicio de la investigación y mejores prácticas***

El inicio de la investigación empieza con cualquiera de los presupuestos estudiados supra, y muy generalmente, por medio una denuncia interna. De esta forma, se instaura todo el proceso investigativo. Ahora bien, cuando hablamos de procedimiento una de las frases claves que nos viene a la mente inmediatamente es la noción de debido proceso. Pero ¿a quién se le debe debido proceso? ¿debe la compañía respetar el debido proceso en la investigación interna? Estas preguntas pueden tener respuestas opuestas dependiendo del sistema legal al que nos enfrentemos. En Venezuela, la noción de debido proceso es amplísima a diferencia de otros sistemas legales. No obstante, de una lectura estricta del artículo 49 de la CRBV, podemos notar que el debido proceso es debido a los poderes públicos y no a los particulares.

La jurisprudencia venezolana, en cambio, ha extendido la garantía del debido proceso a instancias más allá de las jurisdiccionales y administrativas tradicionales para ser aplicada a asociaciones privadas, a juntas de condominio, elecciones internas de clubes vacacionales, e inclusive para la celebración de elecciones de entidades cien por ciento privadas.<sup>50</sup> En contraste, en Estados Unidos, el *due process of law* es solo requerido en las relaciones con el gobierno y su administración<sup>51</sup> o cuando privados sean equiparables en funciones al Estado mediante la doctrina del *state action*,<sup>52</sup> no estando la compañía legalmente obligada a ningún tipo de procedimiento formal ni garantizar etapas probatorias o de defensa. En ambos supuestos, una investigación interna debe permitir al investigado la asistencia de un abogado, y el establecimiento de reglas claras en todo el procedimiento interno en su contra, al margen de que implique una sanción disciplinaria.

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, la Sala Constitucional ha sostenido que "el artículo 49 del Texto Fundamental desarrolla en forma amplia la garantía del derecho a la defensa, con la finalidad de que toda persona ejerza el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de los lapsos razonables determinados legalmente." Y, por ende, se ordenó a todas las asociaciones civiles sin fines de lucro o clubes constituidas en todo el territorio nacional que en lo sucesivo garanticen dentro de sus estatutos de funcionamiento en el desarrollo de cualquier procedimiento disciplinario aplicado a sus asociados, todos los derechos y garantías indispensables que deben existir en todo proceso vinculado con el debido proceso y derecho a la defensa. Caso Asociación Civil Club Campestre Paracotos, sentencia N° 53 del 27-02-2019, en <https://bit.ly/3zS9iF8>.

<sup>51</sup> De acuerdo con el derecho norteamericano, el debido proceso puede dividirse entre *procedural due process* y *substantive due process*. El primero, como la frase implica, refiere al procedimiento que el gobierno debe seguir antes de privar a una persona de su vida, libertad o propiedad. El segundo, se pregunta si el gobierno tiene una razón adecuada para privar a una persona de esa vida, libertad o propiedad, y justificar la acción gubernamental en este sentido. Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Philadelphia, Wolters Kluwer, 2015, 5° ed., pp. 569 y ss.

<sup>52</sup> *Id.*

Al iniciarse una investigación privada contra un trabajador de la empresa en Venezuela, es importante considerar las protecciones que ofrece la legislación laboral venezolana en este sentido. Por ello, si bien el patrono tiene un poder de dirección sobre los trabajadores y con ello un poder de investigación en el marco de la relación laboral, no es menos cierto que existen límites a este poder, como la dignidad de los trabajadores y su privacidad como derecho constitucional.<sup>53</sup>

Pudiera existir el argumento que toda investigación administrativa interna requiere, al menos, garantizar el derecho a la defensa del trabajador en el caso en concreto como reminiscencia de ese debido proceso amplísimo aplicado en Venezuela. Por ello, es recomendable que quede por escrito todas las oportunidades dadas a la persona investigada en el curso de la investigación, cuestión de que no quede duda en el reporte realizado de esto, en caso de que se cuestione la legalidad de toda la investigación realizada en materia laboral. En todo caso, en la realización de la investigación, debe quedar muy claro al empleado que: (i) los abogados de la empresa o externos no son sus abogados, y (ii) las resultas de la investigación pueden conllevar una sanción disciplinaria en caso de constatarse irregularidades en sus funciones.

### ***3. El informe de la investigación***

Una investigación interna debe concluir necesariamente con un informe a la gerencia involucrada con los hallazgos y recomendaciones a ser tomadas en cuenta por los incumplimientos de estándares éticos, políticas internas, procedimientos y protocolos, así como cualquier situación irregular, ilegalidad o delito cometido por el sujeto investigado. El reporte simplemente da recomendaciones y constata los hallazgos que se hagan, pues los investigadores no son idóneos para tomar decisiones que conciernen al negocio.

El abogado tiene una función de asesorar a su cliente, no de tomar decisiones por él. Por ello, el reporte es una compilación de recomendaciones legales y afirmación de los hechos investigados.<sup>54</sup> No obstante el cierto matiz legal que tiene el informe, es oportuno aclarar que este reporte va dirigido a múltiples audiencias y no tiene como objetivo primordial ser solo de utilidad

---

<sup>53</sup> ¿Cuál es el límite de la privacidad de un trabajador que comete un delito o irregularidad administrativa en el curso de su trabajo? Señala ROSEBAUM que “en la actualidad es una constante cada vez más creciente encontrar en el desarrollo de las relaciones laborales, conflictos generados por la confrontación entre los poderes empresariales –en concreto, los poderes de dirección, control y disciplinario–, y derechos fundamentales del trabajador –en particular, los inespecíficamente laborales–. Muchos de esos conflictos se inscriben en el ámbito del uso de las nuevas tecnologías y, en definitiva, se producen por la pugna, por un lado, entre la introducción de novedosos mecanismos de organización empresarial con la finalidad de agilizar los procesos productivos, el control del trabajo y de los dependientes y, por otro lado, los derechos de los trabajadores, en gran medida, al respeto a la vida privada, los datos personales, la inviolabilidad de la correspondencia, entre otros. Muchos de esos conflictos se inscriben en el ámbito del uso de las nuevas tecnologías y, en definitiva, se producen por la pugna, por un lado, entre la introducción de novedosos mecanismos de organización empresarial con la finalidad de agilizar los procesos productivos, el control del trabajo y de los dependientes y, por otro lado, los derechos de los trabajadores, en gran medida, al respeto a la vida privada, los datos personales, la inviolabilidad de la correspondencia, entre otros.” (Rosenbaum Carli, Federico, “El Derecho a la vida privada del Trabajador y los Poderes del Empleador: Jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: *Revista IUSLabor*, 2020, pp. 50 y ss.).

<sup>54</sup> Un ejemplo de ello es el *Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp.* presentado y preparado por Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP., en <https://bit.ly/3AgmCvm>.

para abogados: el informe busca constatar los hechos investigados y hacer recomendaciones a la *gerencia senior* sobre todo lo relevante descubierto.

Ahora bien, las situaciones descubiertas en el marco de la investigación tienen muchos matices y grados, y será un análisis concreto caso por caso y a lo que debemos preguntarnos: ¿lo descubierto expone a la compañía? ¿expone la reputación comercial? ¿es ilegal? ¿puede constituir un delito? De constatarse una situación ilegal, la recomendación es colaborar inmediatamente con las autoridades pertinentes. No obstante, la decisión sobre el qué hacer, como decisión de negocio, no corresponde a los investigadores sino a la gerencia de la compañía encargada. Al ser un reporte emitido por un abogado interno o externo, la comunicación escrita se encuentra protegida por la confidencialidad derivada entre abogado y cliente de acuerdo con las reglas establecidas en la jurisdicción donde se ejerza el derecho.

Como vemos, de acuerdo con *Upjohn*, este informe se encontraría protegido bajo el *work product doctrine*. En Venezuela, el deber de confidencialidad debe imperar y tales documentos no pueden ser considerados pertinentes de acuerdo con nuestro derecho probatorio, al ser una comunicación entre el abogado y su cliente. Evidentemente, el manejo de la información confidencial es clave y estratégico, ya que nada puede hacerse con una divulgación voluntaria, ya sea por error o intencional.

#### ***4. Los problemas respecto a la privacidad de la información y los empleados***

La protección de los datos e información personal es una necesidad no solamente a título personal, sino adicionalmente, por manejo logístico y estratégico de información confidencial de negocio. Aunque hemos adelantado que en Venezuela no existe un marco legal que regule la protección de datos, ciertamente existen lineamientos generales respecto a la privacidad de los trabajadores que deben ser tomados en consideración al momento de realizar investigaciones internas y recabar las pruebas que sustenten la investigación.

Nuevamente, por mandato constitucional “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad, y reputación y la Ley limitará el uso de información para garantizar el honor, y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos” (art. 60 CRBV) Por ello, toda persona tiene derecho a acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros públicos o privados (art. 28 CRBV).

En el marco de la investigación interna, nos encontramos con trabajadores que tienen derechos y deberes al igual que su empleador (muchas veces contrapuestos). Mucho se ha debatido respecto hasta qué punto el empleador tiene poderes jerárquicos respecto a sus empleados en el curso de sus funciones al usar las plataformas que la empresa pone a disposición de estos. Ciertamente, el trabajador no deja su condición de ciudadano cuando ingresa a su centro de trabajo pero estas condiciones no cambian el hecho que el trabajador está en su puesto de trabajo para prestar un servicio, por lo que las herramientas que se le otorgan (por ejemplo, un correo electrónico con dominio corporativo y el uso de internet desde equipos corporativos) deben utilizarse para la prestación de sus servicios, por lo que no sólo no debería existir información

privada en dichas comunicaciones, sino que dichas comunicaciones no podrían adicionalmente considerarse como “comunicaciones privadas.”<sup>55</sup>

En todo caso, cuando el empresario facilite estas herramientas al trabajador, habría que dejar constancia de la naturaleza o condición otorgada por el empresario a las mismas, de la tipificación de la falta y la sanción correspondiente cuando se produzca un uso irregular, así como de la posibilidad, en su caso, de realizar controles y de su alcance.<sup>56</sup>

Por una parte, la investigación interna se caracteriza por su carácter inquisitivo: se busca internamente las pruebas de una irregularidad corporativa, y para ello, se faculta a unidades internas de una empresa para realizar esta investigación por todos los medios y plataformas que la empresa posee. Por otra parte, el trabajador tiene derechos irrenunciables a su privacidad y la debida conservación de sus datos personales e información privada. Los sujetos investigados al final del día son trabajadores que ostentan derechos subjetivos como cualquier persona.

En efecto, la relación de trabajo presupone e impone una serie de deberes y obligaciones al patrono y al trabajador, por lo que pareciera estar ajustado a derecho el despido justificado de un trabajador con base en su deslealtad frente a la confianza que se le ha depositado y que reiteradamente utiliza las herramientas de trabajo propiedad de su patrono para realizar actividades distintas para las cuales fue contratado, teniendo presente siempre los principios de proporcionalidad y ponderación aplicados al caso concreto.<sup>57</sup> En todo caso, la protección de la confidencialidad con respecto a las personas o el contenido también demuestra respeto por los requisitos legales de privacidad de los datos del trabajador,<sup>58</sup> y la preservación de la integridad de una investigación a través del principio de “quién tiene necesidad de saber.”<sup>59</sup>

El poder de dirección del patrono y de propiedad sobre sus equipos, en particular aquellos que asigna a sus trabajadores para la prestación de los servicios, permiten resguardar los datos

---

<sup>55</sup> Aguiar, Yanet, *Límites de las Potestades Jerárquicas del Patrono en el uso de las Nuevas Tecnologías asignadas al Trabajador*, (Tesis de Especialización en Derecho Laboral), 2010, p. 88.

<sup>56</sup> Thibault Aranda, Javier (2001, 30-03), *El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador*, Seminario “Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial”.

<sup>57</sup> *Id.*, p. 46.

<sup>58</sup> United Nations, *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, New York, United Nations, 2013, p. 90.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 89. Tal como señala el *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide* “un principio fundamental de las investigaciones profesionales es que la integridad de la investigación debe ser protegida en cada caso; la protección en cuestión no está relacionada solo con la información recibida durante la investigación, sino también con la gente que está o pudiera estar involucrada. Por ende, en adhesión a ese estricto principio de confidencialidad, la información relacionada con cualquier investigación solo se comparte vagamente y en riguroso cumplimiento del principio de ‘quién tiene necesidad de saber,’ es decir, únicamente con aquellos empleados que en el curso ordinario de sus asuntos necesitan esa información para evitar una alteración innecesaria de las actividades de la empresa. En aplicación de ese principio, normalmente solo se informa al personal directivo al comienzo de una investigación en su área comercial. Sin embargo, durante la investigación, si se descubre algún riesgo para la empresa, los empleados o la reputación de la empresa, se notificará inmediatamente al personal directivo en cada caso. En los casos en los que no se identifique ningún riesgo inminente, no existe ‘necesidad’ de notificar al personal directivo hasta que el informe final esté disponible y se tengan que tomar las medidas adecuadas. La adhesión a este principio contribuye a ofrecer altos niveles de garantía para los empleados de todos los niveles sobre el profesionalismo de la oficina investigadora.”

relativos a la actividad productiva empresarial, controlar la disminución en el rendimiento de los trabajadores, la recepción y difusión de virus en los sistemas de la empresa, la filtración de información confidencial, la pérdida de calidad en la red de comunicaciones, prácticas de acoso a otros compañeros o subordinados, entre otros, pues adicionalmente, el patrono responde por los perjuicios ocasionados a terceros por sus dependientes en la prestación de sus servicios.<sup>60</sup>

Así, la primera conclusión para tener en cuenta es que la prestación de servicios subordinados del trabajador equivale a la enajenación de su tiempo durante la jornada laboral a favor de su patrono, razón por la cual, el trabajador no puede dedicarse a asuntos personales durante la jornada ordinaria de trabajo, salvo que excepcional y razonadamente se amerite. Bajo esta premisa, el trabajador no podría realizar un uso personal sobre las herramientas de trabajo que le asigna su patrono, en este caso, el correo electrónico y la internet.<sup>61</sup>

Evidentemente, la práctica habitual corporativa es que existan políticas del manejo de la información y utilización de los activos corporativos de los empleados en el curso de sus funciones. En todo caso, la mejor práctica es que el monitoreo de las plataformas utilizadas por el trabajador debe ser realizado de manera transparente e informada. Señala acertadamente AGUIAR que (i) el trabajador debe ser informado; (ii) no debe existir discriminación en el empleo del monitoreo (por ejemplo, los trabajadores afiliados a un determinado sindicato); (iii) que el control a realizarse sea imprescindible para la protección del patrimonio empresarial, y; (iv) que su empleo sea previamente consultado con los propios trabajadores, en aras de evitar manejos arbitrarios de tales monitoreos.<sup>62</sup>

### ***V. Recomendaciones prácticas***

Cuando una investigación interna descubre evidencia de una violación legal o regulatoria, la compañía debe decidir cuándo y cómo revelar de forma voluntaria a las autoridades competentes.<sup>63</sup> La colaboración voluntaria temprana con las autoridades puede ayudar a evitar un crecimiento acelerado del problema que tenemos entre manos, y tiene particular relevancia en ciertas áreas como en la práctica del FCPA en Estados Unidos.

Evidentemente, aunque los quiebres de políticas internas por razones meramente éticas pueden tratarse completamente *in-house*, las violaciones de normas legales cambian completamente el panorama. La recomendación legal clave en esto asuntos puede resumirse en las palabras *discreción* y *recordkeeping*. Se puede acertadamente afirmar que los programas de cumplimiento y las investigaciones internas van de la mano en la práctica corporativa, pues los primeros ayudan a determinar las irregularidades cometidas por los empleados que se desean investigar. En este sentido, es fundamental para los gerentes-investigadores procurar el manejo comunicacional de la investigación, su impacto organizacional, y en la actualidad los mejores estándares establecidos por la norma ISO 37008 aplicable a esta materia.

---

<sup>60</sup> Aguiar, *Límites de...*, ob. cit., p. 107.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*, p. 100.

<sup>63</sup> Boghraty, *Organizational Compliance...*, ob. cit., p. 498.

## ***Manejo de la comunicacional de la investigación***

Un primer acercamiento a estas interrogantes nos hace pensar en la importancia del manejo de la información, sus accesos, y cuáles son los límites empresariales al momento de investigar una conducta irregular. Por una parte, la privacidad es una limitante constitucional o legal en la mayoría de los supuestos. La información íntima de los trabajadores no debe ser objeto de investigación empresarial, ya que la empresa no debe tener interés en la vida privada de sus trabajadores. Esto, evidentemente, tiene excepciones cuando el sujeto investigado usa los medios que la compañía le proporciona para cometer tales actos irregulares.

Por otra parte, las investigaciones internas deben respetar nociones básicas de debido proceso que, aunque no son expresamente aplicables ni por ley o regulación, constituyen una buena práctica corporativa y respeta la dignidad de los empleados ante falsas acusaciones. Las investigaciones internas suelen ser percibidas como invasivas, tanto en la esfera empresarial como en la esfera privada de los empleados. Para contrarrestar esa percepción y otras, es una buena práctica garantizar tanta transparencia como sea posible en torno al tema de las investigaciones. Ello se logra haciendo un mapeo gráfico del proceso que represente claramente los pasos de la investigación y describa quién es responsable de cada paso, y que además demarque las interacciones con otros departamentos.<sup>64</sup>

Esa transparencia sirve para calmar cualquier inquietud de los empleados, y también puede usarse para explicar a las otras partes interesadas, el personal directivo, los sindicatos, etc., qué pueden esperar cuando se realiza una investigación interna. El mapeo también ayuda a tener claridad y facilita la orientación en el trabajo diario del investigador.<sup>65</sup> Así las cosas, el derecho a la defensa, la posibilidad de contestar acusaciones, y promover pruebas bajo la asistencia de un abogado, refuerzan la investigación interna realizada por la empresa por su seriedad en el asunto.

En el estudio de estas situaciones en el derecho americano, TARUN ha señalado que, desde la perspectiva de la defensa penal de un cliente corporativo, las empresas deben observar diez factores cuando tengan que manejar investigaciones corporativas muy sensibles:

1. *Considerar si una firma de abogados externa con poca o ninguna relación con la compañía será la adecuada para cumplir con los objetivos de una investigación objetiva.*
2. *Definir cuidadosamente el alcance de la investigación al comienzo de todo.*
3. *Tomar medidas prontas para asegurar de cualquier documento físico o electrónico relevante para la investigación.*
4. *Enfatizar a los empleados que el abogado investigador no los representa legalmente.*
5. *Hay que asegurar que el abogado investigador evada o al menos minimice declaraciones públicas sobre la investigación que realiza.*
6. *Mantenga presente que el reporte escrito de la investigación será en muchos casos apropiado.*
7. *Asuma que el reporte escrito de la investigación puede ser liberado al público.*

---

<sup>64</sup> United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, ob. cit., p. 89.

<sup>65</sup> *Id.*

8. *Entienda que el reporte debe ser escrito para múltiples audiencias.*

9. *El abogado investigador debe tener presente los procesos cuando represente a la junta directiva, el comité de auditoría, o al comité especial que designe la compañía.*

10. *Abogado y cliente deben seguir exhaustivamente todas las recomendaciones sobre cómo remediar los problemas a la mano y prevenir la recurrencia de los problemas que llevaron a la investigación.*<sup>66</sup>

La empresa debe tener procedimientos y protocolos de cómo realizar estas investigaciones de la forma más confidencial e interna posible, para evitar las catastróficas consecuencias de una publicación en prensa o en medios nacionales que puede generar el descontrol del caso en específico. Por ello, un programa efectivo debe asegurar que la organización ejercerá la debida diligencia para detectar actividades sospechosas inescrupulosas y promover un ambiente que fomente conductas éticas para los empleados.<sup>67</sup> Así como el establecimiento de procedimientos internos, es importante el manejo de la información confidencial contenida en el reporte final de la investigación y la toma de decisiones para proveer los correctivos necesarios ante la situación irregular: sanciones disciplinarias, despido de trabajadores, remisión de lo investigado a las autoridades competentes.

El manejo comunicacional de lo investigado, así como su debida discreción es lo que verdaderamente diferencia una investigación exitosa a un fracaso corporativo y reputacional. No olvidemos que el objetivo de la investigación interna es mitigar riesgos y actuar ante irregularidades corporativas, no provocarlos. Es necesario un equipo interno que sea capaz de detectar cuándo proceder y cómo realizarlo de la manera más discreta posible y respetando la dignidad de los involucrados. Nunca será una situación sencilla confrontar trabajadores que han cometido irregularidades o delitos. La clave, siempre, es mantener un expediente corporativo de todo lo investigado y demostrar a las autoridades, en caso de ser necesario, toda la diligencia y proactividad de la compañía, tal y cómo hubiese hecho un buen padre de familia.

### ***1. Manejo organizacional de la investigación y consecuencias dentro de la compañía***

Se ha señalado que el clima organizacional se sustenta en tres problemas: la ética propia y la ética de la empresa, el respeto, y justicia procedimental. El clima organizacional determina qué tipo de conducta es esperada de los empleados y apoyada por la organización. Ahora bien, ese clima organizacional requiere respeto a los empleados, entendido como el trato considerado y digno que se les da.<sup>68</sup> Esto se vincula directamente con la justicia procedimental que debe procurarse estructuralmente, pues, toda la estructura tiene legitimidad en la medida que el clima de justicia procedimental es usado para tomar decisiones en la organización ante problemas de

---

<sup>66</sup> Tarun, Robert W., "Ten Tips for Handling Sensitive Corporate Investigations: Practical Advice in the Sarbanes-Oxley Era", en: *ABA-CLE Publication on White Collar Crime*, 2004, p. D-83.

<sup>67</sup> Strader & Jordan, *White Collar...*, ob. cit., p. 649.

<sup>68</sup> *Id.*

cumplimiento o éticos.<sup>69</sup> En este sentido, las consecuencias internas de una investigación interna pueden ser desastrosas si no se encuentran alineadas a las expectativas de justicia esperadas.

El respeto y la justicia procedimental promueven que los empleados correspondan sus conductas a los lineamientos corporativos y sus reglas.<sup>70</sup> Precisamente, son los valores institucionales y organizaciones de la empresa lo que permite soportar éticamente la investigación interna y proveerla de legitimidad de origen. Una cultura organizacional arraigada puede promover una participación natural a colaborar en las investigaciones iniciadas internamente, así como evitar el curso de irregularidades por los empleados.

No podemos obviar una realidad: las investigaciones, por defecto, generan tensión y preocupación en los empleados, y su empleo indiscriminado o poco razonable (sin bases sólidas) puede generar un efecto contraproducente en las relaciones personales entre los empleados y frente a la empresa. A continuación, vamos a explorar algunos de estos escenarios a profundidad, pues una investigación interna puede sustentarse en bases legales, éticas, de políticas corporativas, entre muchas otras.

## 2. *Novedades de la norma ISO 37008*

En la práctica de *compliance empresarial* actual, mucho se hace referencia a la relevancia de las normas ISO como fuentes de estandarización y certificación. Aunque no son norma estrictamente legales, las normas ISO ayudan a estandarizar mejores prácticas corporativas y proveen herramientas a gerentes y organizaciones en como adecuar sus procesos a estándares globalmente aceptados. En la materia que nos ocupa, la nueva norma ISO 37008 ha sido calificada como disruptiva, por ser la primera norma de esta naturaleza en proponer una estructura para los procesos de investigaciones corporativas internas, así como establecer principios rectores a toda investigación.

El objetivo de la norma ISO 37008 es ayudar como guía y estándar a los usuarios de las organizaciones a establecer un proceso de investigación completo listo para ser desplegado cuando se produzcan infracciones. Por lo tanto, se aconseja a los usuarios de las organizaciones que sigan sus requisitos para que sea eficaz. Así las cosas, el ámbito de aplicación de la norma ISO 37008 sobre investigaciones Internas de las Organizaciones abarca el establecimiento de las políticas y procedimientos de investigación, la ejecución de la investigación, la comunicación de los resultados de la investigación y la aplicación de medidas correctivas ante los hallazgos efectuados.<sup>71</sup>

Esta norma establece cinco principios fundamentales para su aplicación efectiva. Así, de acuerdo con la norma ISO, una investigación interna debe ser (i) independiente, (ii) confidencial, (iii) profesional, (iv) objetiva e imparcial y, (v) legal. Adicionalmente, una investigación interna corporativa, en aras de su transparencia, debe ser auditable, razón por la cual los principios de la

---

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Id.*, p. 295.

<sup>71</sup> Véase en general, Organización Mundial de la Estandarización, <https://committee.iso.org/sites/tc309/home/projects/ongoing/iso-37008-internal-investigation.html>.

norma ISO 37008 no son más que la reafirmación de las mejores prácticas corporativas en beneficio de cualquier tipo de organización. En particular, la norma establece tres premisas estructurales de toda investigación interna:

(i) Etapa previa a la investigación: unos esfuerzos preparatorios sólidos son fundamentales para que la investigación concluya con éxito. Los esfuerzos preparatorios incluyen la elaboración de un plan de investigación que esboce la composición del equipo investigador y el alcance de la investigación. Se hace hincapié en los esfuerzos para preservar las pruebas, proteger a los testigos y evitar interferencias externas.

(ii) La realización efectiva de la investigación: la gestión de documentos y la entrevista con el personal son los dos pilares fundamentales de un proceso de investigación. La gestión de documentos consiste en gran medida en la identificación de los documentos esenciales y el análisis científico de la información. La entrevista con el personal también tiene por objeto producir información útil con fines analíticos. Ambas contribuirán al informe final de la investigación.

(iii) Fase posterior a la investigación: el informe final de investigación sirve de base para los esfuerzos posteriores a la investigación. Dichos esfuerzos se refieren principalmente a posibles medidas correctoras de las infracciones que dieron lugar a la investigación. Las posibles medidas correctoras pueden adoptar la forma de revisión o ajuste de la estructura de cumplimiento existente en la organización. En esta fase, la alta dirección de la organización debe tomar decisiones críticas, como si debe notificar las infracciones a las autoridades competentes, si debe interactuar con las partes interesadas externas y de qué manera, o qué medidas correctoras debe adoptar para hacer frente a la situación.<sup>72</sup>

Como vemos, la norma 37008 es la reafirmación de la práctica corporativa *in-house* ampliamente discutida en este ensayo. No obstante, lo anterior, en un plano más interno organizacionalmente, y aunque tácitamente es indicado en dicha norma ISO, las investigaciones internas también pueden ayudar a esclarecer situaciones donde existe incertidumbre por coyunturas corporativas complejas y no perseguir, necesariamente, un fin legal. Desde un punto de vista organizacional, las investigaciones internas pueden ser verdaderas herramientas corporativas que ayuden a limpiar la imagen y reputación de trabajadores que de otra forma se pudiera encontrar en duda por denuncias infundadas.

En todo caso, la norma ISO 37008 es un parámetro guía para cualquier persona que deba realizar una investigación interna. La vida corporativa está llena de situaciones donde puede ponerse en juicio el obrar o la forma de proceder de los empleados de la empresa y una investigación interna puede ayudar, desde los ojos de la gerencia *senior*, a entender hechos poco claros y prácticas corporativas irregulares (o conductas regulares pero nubladas por denuncias sin fundamentos, malentendidos o interpretaciones erróneas). Esta consecuencia interna de la investigación dentro de la organización tiene un fuerte impacto en el clima organizacional y las relaciones dentro de la empresa. Una investigación interna puede estrechar o destruir relaciones laborales internas en la organización dependiendo de sus hallazgos y su manejo procedimental.

---

<sup>72</sup> *Id.*

### 3. *Notas finales*

Colaborar en el momento adecuado puede ser una estrategia corporativa para mitigar riesgos legales contra la compañía al ponderar la sanción establecida por la ley, las acciones de los funcionarios públicos, y la posible mitigación de riesgo de acciones legales más perjudiciales contra la empresa (v.g. puede ser conveniente colaborar con las autoridades contraloras del derecho a la competencia si se sabe la existencia de una irregularidad contraria a la ley por parte de la compañía, pero existe la intención corporativa de corregirla a sabiendas que la legislación provee atenuantes a las sanciones por el solo hecho de colaborar con las autoridades competentes).

Cabe advertir que no hay respuestas universales a los problemas que aquí nos planteamos, y cada investigación, en sí misma será una estrategia particular aplicada. Las regulaciones, como hemos advertido, son altamente técnicas en algunos sectores o industrias. Así, en materia financiera, los contadores de la empresa poseen exhaustivas regulaciones respecto a la elaboración de balances financieros sobre información clave del negocio,<sup>73</sup> y de igual forma los actores de la actividad de corretaje de valores,<sup>74</sup> pues la ley los prevé como servicios financieros altamente influenciables.

De esta manera, las irregularidades contables, financieras y fiscales son motivos muy justificados para la sustanciación de una investigación interna, al ser sectores críticos de cualquier negocio independientemente de la industria y con graves consecuencias penales por su incumplimiento.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Abramowitz, Elkan & Bohrer, Barry A., “‘Adnrim’ Warnings in Corporate Internal Investigations”, en: *New York Law Journal*, 2005, Vol. 284, N° 85.

Aguiar, Yanet, *Límites de las Potestades Jerárquicas del Patrono en el uso de las Nuevas Tecnologías asignadas al Trabajador*, (Tesis de Especialización en Derecho Laboral), 2010.

Boghraty, Babak, *Organizational Compliance and Ethics*, New York, Aspen Publishers.

Cabrera Romero, Jesús, *La Prueba Ilegítima por Inconstitucional*, Caracas, Ediciones Homero, 2012.

Cuif, Pierre-François, “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, 2007, N° 12-13.

Diccionario Jurídico Venelex, Tomo II, DMA Grupo Editorial C.A., 2003.

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, La Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública y su reglamento que establece expresamente causales de suspensión del ejercicio de la contaduría pública.

<sup>74</sup> Normas Relativas a la Autorización y Registro de los Corredores Públicos de Valores y Asesores de Inversión, GO No. 39.071 del 02-12-2008.

- Galloti, Alejandro, “Límites y excepciones del secreto profesional del abogado”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, N° 2.
- Garrett, Brandon L., “Corporate Confessions”, en: *Cardozo Law Review*, 2008, Vol. 30, N° 3.
- Gil Martínez, Alberto y Rosas, Daniel, “El Conflicto de Interés en la Contratación Pública, Análisis de la Regulación de Argentina y Venezuela”, en: *Revista de Contrataciones Públicas*, 2020, N° 4.
- Golden Trade v. Lee Apparel Co. (S.D.N.Y. 1992), *Upjohn Co. v. United States* (1981), *Clutchett v. Rushen* (9th Cir. 1985), y *Clark v. United States* (1933).
- Low, Lucinda, *Effective FCPA Corporate Investigations: Discovering the Whole Truth*, Chicago, American Bar Association, 2015.
- Lucian E. Dervan, *International White-Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations*, 39 *Fordham Urb. L.J.* 361 (2011).
- Marshall, Charles, *Shattering the Glass Slipper*, United Kingdom, Provision Group, 2003
- McNeil, Barry F. / Brian, Brad d. & Demsky, Lisa, *Internal Corporate Investigations*, Chicago, American Bar Association Section of Litigation, 2007.
- Miller, Geoffrey P., *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance*, New York, Aspen Casebook series.
- Rivera Morales, Rodrigo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Barquisimeto, Ediciones Librería J. Rincón, 2013, p. 420.
- Rosenbaum Carli, Federico, “El Derecho a la vida privada del Trabajador y los Poderes del Empleador: Jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: *Revista IUSLabor*, 2020
- Ruan, Javier, *La Ética del Abogado y los deberes que rigen su conducta en el Proceso Civil Venezolano: Análisis Legal, Doctrinal y Jurisprudencial sobre su contenido y alcance*, (Tesis de Postgrado), 2005.
- Strader, J. Kelly & Jordan, Sandra D., *White Collar Crime, Cases, Materials, and Problems*, New York LexisNexis, 2016, 3° ed.
- Thibault Aranda, Javier (2001, 30-03), *El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador*, Seminario “Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial”.

Thomson Reuters Practical Law, Glossary Upjohn Warning, en <https://bit.ly/3vY7fhX>

United Nations, *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, New York, United Nations, 2013.

Zalaquett, José, “Conflictos de intereses: normas y conceptos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, N° 10, pp. 179-189.

# *Una aproximación a la interacción entre gobernanza corporativa e inteligencia artificial*

**Wilfredo Monsalve García\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 160-177

**Resumen:** La creciente integración de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito empresarial plantea importantes desafíos y oportunidades para la gobernanza corporativa. La democratización de la IA exige que las empresas y organizaciones del tercer sector reconsideren sus estructuras de gobierno y prácticas éticas para proteger su reputación. Este trabajo examina el impacto de la IA en la gobernanza corporativa, abordando cuestiones como el uso estratégico de la IA, sus implicaciones y la especial utilidad que presenta la autorregulación en este ámbito. A través del análisis de diversos instrumentos relevantes en la materia, se busca establecer un enfoque que garantice un uso responsable y transparente de la IA en las organizaciones.

**Palabras clave:** Gobierno corporativo; inteligencia artificial; reputación empresarial; gestión de riesgos.

## *An Approach to the Interaction Between Corporate Governance and Artificial Intelligence*

**Abstract:** *The growing integration of artificial intelligence (AI) in the business sector poses significant challenges and opportunities for corporate governance. The democratization of AI requires companies and third sector organizations to reconsider their governance structures and ethical practices to maintain their reputation. This work examines the impact of AI on corporate governance, addressing issues such as the strategic use of AI, its implications, and the particular usefulness of self-regulation in this area. Through the analysis of various relevant instruments, the aim is to establish an approach that ensures responsible and transparent use of AI in organizations.*

**Keywords:** *Corporate Governance; Artificial Intelligence; Business Reputation; Risk Management.*

**Recibido:** 15/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado, UCV. Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado y Especialización en Derecho Procesal, UCV. Estudios avanzados en Arbitraje Societario (Universidad de Austral, Argentina) y en Arbitraje de Inversión (ARBANZA, Escuela de Arbitraje). Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

# *Una aproximación a la interacción entre gobernanza corporativa e inteligencia artificial*

Wilfredo Monsalve García\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 160-177

## SUMARIO:

**INTRODUCCIÓN. 1. Noción de buen gobierno corporativo. 2. IA frente a la gobernanza corporativa: *friend or foe?* 3. Autorregulación corporativa como punto de partida. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## INTRODUCCIÓN

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 indican que un gobierno corporativo eficaz necesita un sólido marco legal, regulatorio e institucional que genere confianza entre los agentes del mercado al establecer relaciones contractuales privadas<sup>1</sup>. Así, la confianza se perfila como un elemento clave para el buen gobierno corporativo. Sin embargo, la aparición de nuevas soluciones tecnológicas basadas en inteligencia artificial (IA) y su democratización suponen el surgimiento de nuevos desafíos que deben ser atendidos adecuadamente para que las empresas continúen generando confianza y mantengan su reputación en el mercado.

Muchos de los avances en materia de IA se deben a los trabajos de Alan Turing<sup>2</sup>, reconocido científico que logró descifrar los mensajes encriptados de los nazis generados con la máquina Enigma. Gregory<sup>3</sup> apunta que Turing formuló en 1950 su famosa pregunta “*Can machines think?*” que fue el caldo de cultivo para que posteriormente se empleara la informática y los algoritmos para recopilar y analizar datos, identificar patrones, hacer predicciones y resolver problemas.

Actualmente la IA es mejor imitando aspectos de la inteligencia humana, como entender el lenguaje, percibir imágenes o generar nuevo contenido. Por otra parte, la IA también está avanzando considerablemente en su capacidad para mejorar su propio rendimiento, a lo que se denomina técnicamente *machine learning*<sup>4</sup>.

---

\* Abogado, UCV. Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado y Especialización en Derecho Procesal, UCV. Estudios avanzados en Arbitraje Societario (Universidad de Austral, Argentina) y en Arbitraje de Inversión (ARBANZA, Escuela de Arbitraje). Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

<sup>1</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20* (París: OCDE Publishing, 2024), 15, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

<sup>2</sup> Alan Turing, «Computing machinery and intelligence», *Mind*, 236 (1950), <https://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>. En este artículo, uno de los más notables publicados en *Mind*, el autor propuso por primera vez el Test de Turing, cuya función era determinar la capacidad de una máquina para imitar el comportamiento humano.

<sup>3</sup> Holly Gregory, «AI and the Role of the Board of Directors», *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (blog), 7 de octubre de 2023, <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/10/07/ai-and-the-role-of-the-board-of-directors/>.

<sup>4</sup> Ídem.

La democratización de la IA ha producido una serie de discusiones relevantes en diversos ámbitos del Derecho, cuyos enfoques y alcances parecen ser infinitos. En el ámbito del Derecho mercantil la afirmación previa no es menos cierta, en particular cuando nos referimos a la gobernanza corporativa.

Es bien conocido que la incorporación de nuevas tecnologías en el quehacer humano genera oportunidades, pero también desafíos que deben ser atendidos de forma efectiva para evitar que herramientas valiosas sean utilizadas incorrectamente. De allí que, ante esta nueva realidad en la que la IA ocupa un rol protagónico, se hace necesario examinar cuál es el impacto que tendrá en el sector empresarial, específicamente en la gobernanza corporativa.

Es claro que la IA tiene una gran capacidad disruptiva, particularmente en la creación de nuevas oportunidades de negocios. Además, las empresas ocupan un rol fundamental en la investigación y desarrollo de IA, así como su implementación, lo que presenta un impacto social importante<sup>5</sup>. En este contexto, hay quienes han expresado su preocupación sobre la relación entre gobernanza corporativa e IA<sup>6</sup>, especialmente frente al gobierno corporativo tradicional destacando que incluso las empresas que llevan la delantera en el desarrollo de IA, como OpenAI o Anthropic han adoptado estructuras de gobierno algo “peculiares”<sup>7</sup>, aunque ello escapa del objeto de este estudio.

En este contexto, los consejos de administración deben considerar varios aspectos vinculados con IA, por ejemplo: (i) la forma en que la empresa y sus competidores utilizan la IA, (ii) cómo la IA puede afectar los negocios de la empresa y a la industria a la que pertenece, (iii) las implicaciones estratégicas vinculadas con productos y servicios de IA, (iv) el impacto de la utilización de IA para los trabajadores y *stakeholders*, (v) las implicaciones relativas al cumplimiento de obligaciones legales y éticas y (vi) el impacto del uso de IA en la gobernanza corporativa, así como las políticas y controles relacionados<sup>8</sup>.

Particularmente, en el ámbito de la gobernanza corporativa se formularán algunas consideraciones basadas, principal pero no exclusivamente, en los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. Asimismo, se reflexionará acerca del uso de IA en el proceso de *decision-making* y sobre la ética y transparencia como claves para un uso adecuado de la IA en las organizaciones. Finalmente, se hará examinar la autorregulación corporativa como punto de partida para una gestión adecuada de los sistemas de IA, tomando como referencia en la *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, auspiciados por la OCDE.

---

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> Roberto Tallarita, «AI Is Testing the Limits of Corporate Governance», *Harvard Business Review*, 5 de diciembre de 2023, <https://hbr.org/2023/12/ai-is-testing-the-limits-of-corporate-governance>.

<sup>7</sup> Ídem. Esto puede observarse mejor con un ejemplo. OpenAI, Inc., a diferencia de una corporación convencional del sector tecnológico, no permite que los inversionistas contraten o despidan a miembros de la junta directiva, que se caracteriza por su autonomía al no poder ser controlada por inversionistas, ni por el CEO. Los estatutos de la compañía indican que la misión de OpenAI consiste en asegurar que la inteligencia artificial general beneficie a toda la humanidad y que el principal deber fiduciario de la compañía es respecto de la humanidad, dando preminencia a este deber de interés general por encima de cualquier obligación de general ganancias.

<sup>8</sup> Gregory, «AI and the Role of the Board of Directors».

## 1. *Noción de buen gobierno corporativo*

La gobernanza corporativa es un asunto de primer orden en el Derecho societario, cuya definición tradicional se corresponde con la formulada por la Organización de Cooperación Desarrollo Económico (OCDE)<sup>9</sup>, según la cual “el gobierno corporativo se relaciona con los medios internos por los cuales son operadas y controladas las corporaciones”<sup>10</sup>.

Para Tabra Ochoa<sup>11</sup>, la justificación del buen gobierno corporativo se surge de “la necesidad fomentar la seguridad, confianza, eficiencia y, principalmente, la transparencia en la administración de las empresas del sector privado que cotizaban en la bolsa de valores”. Aunque luego estas prácticas se extendieron a las sociedades mercantiles cerradas, a empresas familiares, empresas estatales e incluso a organizaciones del tercer sector.

Un aspecto clave a considerar es la distinción entre gobierno corporativo externo o institucional y gobierno corporativo interno o contractual. A decir de Castagnino<sup>12</sup>, el primero “es aquel impuesto desde fuera por el sistema jurídico y por la red de instituciones de un determinado país”, mientras que el segundo es asumido en forma voluntaria por las empresas.

Bariona<sup>13</sup> indica que “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”. La situación regulatoria venezolana, caracterizada por el hecho de que el 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”, ha encontrado buen puerto en la doctrina autoral que “ha superado notoriamente esta discusión”.

De manera que “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 frecuentes decisiones que permiten la consecución del objeto social”<sup>14</sup>.

La implementación del buen gobierno corporativo puede tener lugar a través de dos modelos distintos, a saber: (i) uno enfocado en los accionistas, que tiene por objeto hallar los medios idóneos para asegurar el retorno de la inversión a quienes han aportado capital y (ii) otro enfocado en los grupos de interés, cuya finalidad es garantizar que la administración actúe correctamente respecto de los accionistas y demás grupos de interés<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Diego Tomás Castagnino, «Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 11 (2023): 229.

<sup>10</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades* (1999), 7.

<sup>11</sup> Edison Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 6 (2019): 65.

<sup>12</sup> Castagnino, «Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance», 229.

<sup>13</sup> Mario Bariona, «El buen gobierno corporativo en las empresas familiares», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 11 (2023): 183.

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Cfr. Castagnino, «Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance», 229. Para una explicación más detallada sobre buen gobierno corporativo, ver: Diego Tomás

Delimitadas las nociones básicas anteriores, vale preguntarse cómo la democratización de la IA ha afectado las estrategias de buen gobierno corporativo. De igual modo, interesa identificar cuáles son los elementos que deben ser tomados en consideración al examinar la interacción entre los principios de buen gobierno corporativo y la IA. Los siguientes apartados de este trabajo estarán dedicados a intentar responder estas interrogantes.

## 2. IA frente a la gobernanza corporativa: friend or foe?

### 2.1. Una mirada a los Principios de la OCDE y al NIST AI Risk Management Framework

El buen gobierno corporativo responde a principios subyacentes que, si bien están influenciados por un espíritu común, presentan carácter dinámico. Es por ello que los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades, aprobados durante la cumbre de Ministros que tuvo lugar el 26 y 27 de mayo de 1999, advierten que:

Los Principios son de naturaleza evolutiva, debiendo de revisarse cada vez que surja un cambio significativo en su contexto. Las sociedades deben innovar y adaptar sus prácticas de gobierno corporativo a fin de cumplir con las nuevas demandas y aprovechar las oportunidades que surjan para poder seguir siendo competitivas en un mundo en constante evolución. De igual manera, recae sobre los gobiernos una importante responsabilidad para elaborar un marco regulador eficiente que proporcione la flexibilidad suficiente que permita a los mercados funcionar de forma eficaz y responder a las expectativas de los accionistas, los inversores y otros grupos de interés<sup>16</sup>.

La democratización de la IA implica una revisión de las prácticas de buen gobierno corporativo. Así lo han reconocido los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2024 (en lo sucesivo “Principios OCDE”), que aluden expresamente a la IA en el capítulo I “Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo” y otra en el capítulo II “Derechos y trato equitativo de los accionistas y facultades principales inherentes a la propiedad”<sup>17</sup>.

El capítulo I de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 se corresponde con el primer principio de gobierno corporativo, cuyo enunciado es el siguiente: “El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces”<sup>18</sup>.

El primer principio se divide en principios de desarrollo y estos, a su vez, en varios subprincipios. Nos interesa particularmente el principio de desarrollo I.F. que señala lo siguiente: “Las tecnologías digitales pueden mejorar la supervisión y la aplicación de los requisitos de gobierno corporativo, pero las autoridades supervisoras y reguladoras deben prestar la debida atención a la gestión de los riesgos asociados”<sup>19</sup>.

---

Castagnino, «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 97-130.

<sup>16</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios...*, 15.

<sup>17</sup> Esta referencia expresa a la IA no estaba incluida en la versión anterior de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 del año 2016. Ver: Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20* (Paris: OCDE Publishing, 2016), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

<sup>18</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios...*, 12.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 16.

Este enunciado adelanta la posibilidad de aplicar tecnologías como herramientas para mejorar la supervisión y aplicación de los requisitos de gobierno corporativo. Este principio de desarrollo (I.F.) indica que las herramientas tecnológicas aplicadas al ámbito del gobierno corporativo puede incrementar la eficacia de los procesos de supervisión y exigencia vinculados con el gobierno corporativo, lo que tiene un impacto positivo en la integridad del mercado<sup>20</sup>.

El enfoque adoptado por los Principios OCDE con respecto al rol de las autoridades supervisoras y reguladoras en la gestión de riesgos vinculados a las tecnologías digitales, parece estar en la línea de la autorregulación condicionada, la cual, a diferencia de la autorregulación pura<sup>21</sup> y la autorregulación sustitutiva o alternativa<sup>22</sup>, se caracteriza por la “actuación conjunta entre los sujetos privados y la autoridad pública”<sup>23</sup>, tanto en la supervisión como en la regulación.

Según los comentarios del principio de desarrollo I.F., la utilización correcta de tecnologías digitales podría traducirse en un alivio de la carga normativa que deben soportar las entidades reguladas, coadyuvando en la reducción de costos relacionados con el cumplimiento y optimizando la capacidad de la organización para gestionar sus riesgos. Así las cosas, “puede recurrirse a las tecnologías digitales para conseguir que el cumplimiento normativo sea menos oneroso para las empresas, con vistas a mantener el rigor y el alcance de la regulación en materia de gobierno corporativo y la divulgación de información empresarial mediante mejoras en el funcionamiento del marco existente”<sup>24</sup>.

A pesar de estos notables beneficios, los Principios OCDE reconocen que “la adopción de soluciones digitales en los procesos de regulación y supervisión también conlleva retos y riesgos”<sup>25</sup>, entre ellos:

- Garantizar la calidad de los datos y la adecuada competencia técnica del personal.
- Sopesar la interoperabilidad entre sistemas al desarrollar formatos de información.
- Gestionar las dependencias de terceros y los riesgos para la seguridad digital<sup>26</sup>.

En este apartado, los Principios OCDE hacen referencia expresa a la IA, específicamente a la toma de decisiones algorítmica en el marco de procesos de supervisión. La recomendación clave en este sentido es mantener “un elemento humano para mitigar los riesgos de incorporar

---

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> La autorregulación pura tiene por objeto que cada organización cree y cumpla sus normas de conducta sin necesidad de intervención estatal. Ver: Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 72.

<sup>22</sup> La autorregulación sustitutiva o alternativa se caracteriza por el hecho de que la fuente de la iniciativa regulatoria es la voluntad del sujeto privado y, simultáneamente, el Estado supervisa para proteger el interés público. Ver: Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 72.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 73.

<sup>24</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, 16.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Ídem.

los sesgos existentes en los modelos algorítmicos y los derivados de una dependencia excesiva de los modelos y las tecnologías digitales<sup>27</sup>.

Gregory<sup>28</sup> indica que los principales riesgos derivados de la IA son, tal como lo reconocen los Principios OCDE, los sesgos y otros errores relacionados con los datos, el algoritmo o incluso ambos. El autor explica que los datos pueden estar sesgados debido a la forma en que se obtiene y utiliza la información, mientras que los algoritmos pueden estar sesgados con base en suposiciones erróneas en el proceso de *machine learning*.

Tampoco debe perderse de vista que la IA también puede contribuir a identificar y mitigar riesgos, siempre con participación y supervisión humana. Al efecto Gregory<sup>29</sup> señala que, en el sector de servicios financieros, la IA ha demostrado ser útil para detectar fraudes con tarjetas de crédito y otras expresiones de fraude financiero, así como en la defensa de los sistemas de ciberseguridad al automatizar la gestión de vulnerabilidades, la detección de intrusiones. También en el ámbito del *compliance* la IA permite identificar violaciones a la política de cumplimiento.

Debe considerarse también el *NIST AI Risk Management Framework*<sup>30</sup>, elaborado por el *National Institute of Standards and Technology* del *U.S. Department of Commerce*, que categoriza varios tipos de riesgos relacionados con IA, agrupados en las siguientes clases: (i) información o capacidades de diseño relacionadas con armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; (ii) confabulación; (iii) contenido peligroso, violento u odioso; (iv) privacidad de datos; (v) impactos ambientales; (vi) sesgo dañino; (vii) configuración de la interacción entre humanos y sistemas de IA; (viii) integridad de la información; (ix) seguridad de la información; (x) propiedad intelectual; (xi) contenido obsceno, degradante y/o abusivo; y (xii) integración de la cadena de valor.

Además, el *NIST AI Risk Management Framework* describe cuatro funciones concretas para ayudar a las organizaciones a abordar los riesgos relacionados con IA, a saber: (i) gobernar, (ii) mapear, (iii) medir y (iv) gestionar. En particular la función de gobernanza hace referencia a la implementación de una cultura de gestión de riesgos y resulta aplicable a todas las etapas del proceso de gestión de riesgos de una organización. Las categorías de resultados en las que se enfoca esta función son las siguientes<sup>31</sup>:

- Existen políticas, procesos, procedimientos y prácticas relacionados con el mapeo, la medición y la gestión de riesgos de IA que son transparentes y se implementan de manera efectiva.
- Las estructuras de responsabilidad aseguran que los equipos e individuos apropiados estén empoderados, sean responsables y estén capacitados para mapear, medir y gestionar los riesgos de IA.

---

<sup>27</sup> Ídem.

<sup>28</sup> Gregory, «AI and the Role...»

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> National Institute of Standards and Technology (US), «Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile» (Gaithersburg, MD: National Institute of Standards and Technology (U.S.), 26 de julio de 2024), <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.600-1>.

<sup>31</sup> Gregory, «AI and the Role...»

- Se priorizan los procesos de diversidad, equidad, inclusión y accesibilidad en el mapeo, la medición y la gestión de los riesgos de IA.
- Los equipos organizacionales están comprometidos con una cultura que considera y comunica el riesgo de IA.
- Existen procesos para un compromiso sólido con los actores relevantes de IA.
- Existen políticas y procedimientos para abordar los riesgos y beneficios de la IA que surgen del software y los datos de terceros, así como otros problemas de la cadena de suministro<sup>32</sup>.

Así las cosas, el enfoque de los Principios OCDE sobre la utilización de la IA es mantener la participación humana, que resulta indispensable en los procesos de supervisión, para atender de forma eficaz los riesgos inherentes a las soluciones basadas en IA.

Los Principios OCDE apuntan que la mayoría de los organismos reguladores de los países “defienden el valor de un enfoque tecnológicamente neutral que propicie la innovación y la adaptación de soluciones tecnológicas alternativas”<sup>33</sup>. De tal suerte que la evolución de la tecnología puede ser útil para el refuerzo de prácticas de buen gobierno corporativo, pero ello implica una labor adicional que consiste en revisar y ajustar el marco regulador para facilitar la adopción de este tipo de soluciones<sup>34</sup>.

Por otra parte, el capítulo VI de los Principios OCDE contiene el sexto principio de gobierno corporativo, que indica: “El marco de gobierno corporativo debe ofrecer incentivos para que las empresas y sus inversores tomen decisiones y gestionen sus riesgos de una forma que contribuya a la sostenibilidad y resiliencia de la empresa”<sup>35</sup>. Aunque este principio no alude expresamente a la utilización de IA, contiene ideas valiosas respecto de la gestión de riesgos en materia de sostenibilidad, siendo éste un ámbito respecto del cual se ha analizado la utilidad de la IA frente al buen gobierno corporativo<sup>36</sup>.

## 2.2. IA en el proceso de decision-making

Algunos aluden al rol, cada vez más importante, de la IA en los procesos de toma de decisiones corporativas<sup>37</sup>. Varios ejemplos, reseñados por Porto y Raunelli, dan cuenta de ello: (i) En 2014, Deep Knowledge Ventures, un fondo de capital de riesgo con sede en Hong Kong, anunció la incorporación de VITAL (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences) a su directorio. Este programa de *machine learning* está diseñado para realizar recomendaciones de inversión; (ii) en 2016, Tieto, una empresa finlandesa de TICs, informó que había integrado IA en su equipo directivo para liderar una nueva unidad de negocios centrada en el uso de la información y (iii) en 2018, Salesforce dio a conocer que una máquina

---

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, 16.

<sup>34</sup> Ídem.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, 53.

<sup>36</sup> Ver: José Miguel Porto y José Rodrigo Raunelli, «Inteligencia artificial y buen gobierno corporativo», *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 8 (2024): 136-146.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, 137.

de IA llamada “Einstein” era invitada a las reuniones de gestión para ofrecer comentarios sobre las propuestas en discusión<sup>38</sup>.

Así las cosas, el acelerado desarrollo de la IA genera importantes interrogantes para las compañías que, a decir de Daidai y Tamnine<sup>39</sup>, deberán determinar los aspectos en que la IA puede ser útil, especialmente de cara a la automatización de ciertas tareas. En este sentido, los autores citados consideran que la toma de decisiones es uno de los aspectos en los que la IA puede ser implementada para mejorar resultados.

La participación de la IA en los procesos de toma de decisiones puede presentar diferentes enfoques prácticos. En efecto, la IA podría ser utilizada en este ámbito (i) como un soporte para el proceso de toma de decisiones; (ii) para tomar decisiones conjuntamente con humanos y (iii) para tomar decisiones autónomas sin participación humana<sup>40</sup>. En todo caso, lo verdaderamente relevante es que el proceso de toma de decisiones conduzca a resultados favorables a los intereses de la sociedad<sup>41</sup>.

Pensemos en la figura del director independiente. Para Gómez Arcaya, “la incorporación en las juntas directivas de administradores que no respondan a los intereses de los accionistas mayoritarios o con poder de control en la sociedad es una vía mayoritariamente aceptada en varias legislaciones para dar mayor transparencia a la administración de las compañías”<sup>42</sup>. De allí que la figura del director independiente suele ser asociada con prácticas de buen gobierno corporativo.

El sentido de la figura del director independiente es que sirvan “como miembros controladores o supervisores de las actuaciones de la Junta Directiva de una determinada compañía, toda vez que su carácter independiente los libera de posibles compromisos con la administración o con accionistas mayoritarios dominantes”<sup>43</sup>. De hecho, el apartado V.E.1. de los Principios OCDE (2023) indica que:

El consejo de administración debe plantearse asignar un número suficiente de consejeros independientes, con capacidad para emitir juicios independientes sobre tareas cuando exista un posible conflicto de intereses. Ejemplos de dichas responsabilidades clave son garantizar la integridad de la información financiera y no financiera, revisar las operaciones con partes vinculadas y proponer a los consejeros y altos directivos y fijar su retribución<sup>44</sup>.

La expectativa es que el director independiente genere valor a la sociedad aportando “un punto de vista desinteresado, externo y libre de sesgos para la toma de decisiones en la sociedad”<sup>45</sup>. No obstante, la figura del director independiente no está exenta de críticas, entre ellas Porto y Raunelli destacan las siguientes:

---

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Fouad Daidai y Larbi Tamnine, «Artificial intelligence and corporate governance», *CEUR Workshop Proceedings* (2023): 1, <https://ceur-ws.org/Vol-3474/paper6.pdf>

<sup>40</sup> Porto y Raunelli, «Inteligencia artificial y buen gobierno corporativo», 137.

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Francisco Gámez Arcaya, «Principios de Gobierno Corporativo», *Revista de Derecho Público*, n.º 102 (2005): 39.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, 49.

<sup>45</sup> Porto y Raunelli, «Inteligencia artificial y buen gobierno corporativo», 141.

- Limitado tiempo disponible para dedicar al monitoreo de la empresa, lo que podría afectar su capacidad para cumplir con sus responsabilidades.
- Dependencia de la información proporcionada por la gerencia, que puede manipular esta información a su favor.
- Intereses personales en juego, dado que su remuneración puede llevarles a priorizar decisiones que maximicen sus beneficios a corto plazo.
- Riesgo de remoción, ya que pueden sentirse presionados a alinearse con los intereses del accionista controlador para evitar ser despedidos del directorio<sup>46</sup>.

En este orden de ideas, la IA podría ser un complemento o alternativa “en cuanto no tendrá que preocuparse por satisfacer al accionista que paga su dieta o en que tiene que lograr un determinado resultado para hacer honor a su prestigio y nombre”<sup>47</sup>. En este sentido, el valor agregado que podría aportar la IA estaría basado en la capacidad que tiene de ofrecer respuestas con base en información previamente suministrada, reforzando la objetividad de sus decisiones y reduciendo los conflictos de interés<sup>48</sup>.

Aunque, como se ha advertido previamente, la implementación de soluciones tecnológicas basadas en IA implica una serie de riesgos, como la posibilidad de que la información que suministrada a la base de datos presente sesgos que afecten su funcionamiento. De allí la importancia de que un equipo especializado participe en la adopción de este tipo de herramientas. En efecto, “el reto para los administradores, accionistas e inversionistas consistiría en determinar qué información debe ser cargada para obtener el resultado más objetivo posible que asegure el bien común de la sociedad, garantizando un resultado a largo plazo”<sup>49</sup>.

Daidai y Tamnine<sup>50</sup> explican que la implementación de la IA en la gobernanza corporativa supone que los órganos de gobernanza deberán enfrentar nuevos riesgos potenciales como: (i) la pérdida de control sobre las decisiones adoptadas por la IA, (ii) el uso indebido de datos o (iii) el surgimiento de nuevos problemas que impactan directamente en el ámbito social, económico y ambiental. Además, el uso no regulado de la IA, bien sea por no existir normas estatales o de autorregulación, también trae aparejados nuevos desafíos como violaciones de privacidad o daños colaterales de las decisiones adoptadas por la IA. De allí que sea vital que el uso de la IA sea ético y transparente, contando con supervisión y verificación de humanos que puedan responsabilizarse en casos críticos.

### **2.3. *Ética y transparencia como claves para un uso adecuado de la IA***

¿Cómo asegurar que el uso de la IA sea ético y transparente? Las empresas deben, en primer lugar, invertir en el desarrollo de habilidades y en la contratación del talento humano<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, 141-142.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, 142.

<sup>48</sup> *Ídem.*

<sup>49</sup> *Ídem.*

<sup>50</sup> Fouad Daidai y Larbi Tamnine, «Artificial intelligence and corporate governance», 1.

<sup>51</sup> Las habilidades clave en IA incluyen análisis de datos, aprendizaje automático, programación y gestión de proyectos. Además, las empresas deberían reclutar especialistas en IA y científicos de datos o, en su lugar,

necesario para implementar la IA e identificar tempranamente sus riesgos asociados que, según adelantábamos, están relacionados con la existencia de sesgos y la pérdida de control. Adicionalmente, las empresas deben examinar sus necesidades y objetivos para determinar como la IA puede contribuir a lograrlos<sup>52</sup>.

Para observarlo con mayor claridad, Daidai y Tamnine brindan algunos ejemplos prácticos: (i) una empresa minorista podría utilizar la IA para mejorar la precisión de las previsiones de demanda, lo que podría ayudar a optimizar los niveles de inventario y reducir costos o (ii) una empresa de servicios financieros podría usar la IA para automatizar procesos de cumplimiento y mejorar la detección de fraudes. Sin embargo, la aplicación de soluciones de IA varía caso por caso, por lo cual es imprescindible efectuar un estudio personalizado que permita identificar aquellas áreas en las que la IA puede aportar valor<sup>53</sup>.

La autorregulación es una herramienta fundamental para las empresas en la implementación de IA y puede ayudar a establecer políticas y procedimientos adecuados que garanticen que el uso de la tecnología sea ético y transparente. De allí que los códigos de conducta ocupen un rol clave para lograr este cometido, sea a través de la creación de códigos autónomos dedicados especialmente al tratamiento de la IA o mediante la modificación de instrumentos previamente elaborados, como manuales de buen gobierno corporativo<sup>54</sup>, con el fin de abordar suficientemente el uso de la IA<sup>55</sup>.

También es clave que los comités ejecutivos y los consejos de administración conozcan suficientemente los riesgos derivados del uso de la IA. Esto constituye, sin duda, un reto para los órganos de gobernanza por lo que se recomienda que, según el caso, la empresa contrate expertos externos que sirvan como guía para las decisiones relativas a la implementación o uso de la IA o establezca comités permanentes de expertos en IA<sup>56</sup>.

En los últimos años, para adaptarse a la constante evolución de la tecnología, un número de empresas cada vez mayor ha optado por crear nuevos roles de liderazgo especializados en tecnología y datos, como el director digital y el director de datos, siendo una de las claves contemporáneas para el éxito en el entorno empresarial. El director digital se encarga de la estrategia digital de la organización, lo que abarca la transformación digital, la gestión de tecnologías de la información y las comunicaciones, así como el desarrollo de nuevas soluciones digitales para los clientes. Por su parte, el director de datos se ocupa de la administración y uso de los datos de la empresa, supervisando su recopilación, almacenamiento, protección y análisis, para un uso eficiente y ético<sup>57</sup>.

---

capacitar a su personal existente para utilizar la tecnología Al respecto ver: Fouad Daidai y Larbi Tamnine, «Artificial intelligence and corporate governance», 2.

<sup>52</sup> Fouad Daidai y Larbi Tamnine, «Artificial intelligence and corporate governance», 2.

<sup>53</sup> Ídem.

<sup>54</sup> Liliana Vaudo, «Normas de buen gobierno corporativo. Prevenir con compliance y autorregulación», *VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review*, 12(4) (2022): 3, <https://doi.org/10.37467/revvisual.v9.3770>. Vaudo señala que, con el objetivo de reforzar la seguridad y confianza en la empresa, el manual de buen gobierno corporativo “deberá contener los valores, principios, modelos de conducta que una organización aspira sean de obligatorio cumplimiento respecto de directores, administradores, trabajadores, contratistas y demás empleados vinculados, de la mano con programas de cumplimiento normativo (...)”.

<sup>55</sup> Ver: Fouad Daidai y Larbi Tamnine, «Artificial intelligence and corporate governance», 2.

<sup>56</sup> Ídem.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, 3.

Los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo (2023) elaborados por la Corporación Andina de Fomento explican en el Lineamiento 12: Comités del Directorio que: “El Directorio, en función de su tamaño y necesidad puede constituir Comités especializados que le permitan un mejor desempeño de sus funciones”<sup>58</sup>. Al efecto se indica que entre los comités permanentes más frecuentes se encuentran los siguientes: (i) Comité de Auditoría, (ii) Comité de Nombramientos y Retribuciones y (iii) Comité de Gobierno Corporativo<sup>59</sup>.

Sin embargo, este instrumento advierte que es posible establecer otros comités en atención a las necesidades específicas de cada empresa. A efectos de este estudio destaca especialmente el Comité de Tecnología e Innovación, el cual “puede asesorar sobre la gestión de los riesgos vinculados con la tecnología y la ciberseguridad, sobre el impacto de la digitalización en la empresa y su modelo de negocio, sobre la promoción de la innovación, así como sobre el diseño e implementación de un modelo de gobierno de gestión del dato”<sup>60</sup>.

### **3. La autorregulación corporativa como punto de partida**

La reputación forma parte de los activos intangibles de las organizaciones empresariales y del tercer sector, por ello, como indica Vaudo<sup>61</sup>, es fundamental que las organizaciones se valgan de “mecanismos de autorregulación normativa capaces de evitar la exposición a perder el prestigio organizacional derivado del escrutinio público negativo”, así como para prevenir sanciones de naturaleza administrativa o penal, que podrían traducirse en importantes pérdidas económicas, cierre de establecimientos o, incluso, penas corporales.

Siguiendo a Villegas Ruíz, la empresa “se autorregula en la medida que sus órganos corporativos establecen reglas, protocolos y modos de proceder en su negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo”<sup>62</sup>. Como se examinará más adelante, la autorregulación puede expresarse de diferentes maneras, pero un ejemplo natural que permite apreciar el rol de la autorregulación en el derecho societario es la función normativa de las sociedades mercantiles al celebrar asambleas determinando sus propias políticas generales y estructura jurídica<sup>63</sup>.

Para la gobernanza corporativa, la autorregulación o *self-policing* siempre ha tenido un rol especialmente importante. En efecto, el gobierno corporativo reclama normas que refuercen su eficacia como instrumento facilitador y preventivo de la actividad objeto de la organización de la que se trate, sea comercial, civil o de cualquier otra índole<sup>64</sup>. Lo verdaderamente relevante

---

<sup>58</sup> Andrés Oneto y Catalina Rojas, *Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo* (CAF, 2023), 48.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 48-49.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, 50.

<sup>61</sup> Liliana Vaudo, «Cumplimiento organizacional y autorregulación normativa empresarial. Especial referencia a las instituciones del sistema financiero venezolano», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 19 (2022): 178.

<sup>62</sup> Jesús Villegas Ruiz, *Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022), 11.

<sup>63</sup> *Ídem.* Villegas apunta que esta función normativa “se ve inclusive en la junta directiva como órgano administrador de la sociedad y la delegación de funciones a comités especializados dentro de la empresa para la participación de toda la gerencia senior y junior para el cascadeo de todas las funciones del negocio”.

<sup>64</sup> Cfr. Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 69. Ver también Edison Tabra Ochoa, *Solidaridad y gobierno*

no es el carácter estatal o voluntario de la norma, sino en su efectividad, esto es, que cumpla la función de “establecer los controles necesarios que se requieren para supervisar y controlar la conducta de los administradores (directorio y gerencia) en beneficio de los titulares de la propiedad de toda la empresa”<sup>65</sup>.

La afinidad entre la autorregulación y el buen gobierno corporativo es de vieja data. Los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades de 1999 indican que no tienen carácter vinculante y su finalidad no es imponer modificaciones legislativas a los ordenamientos jurídicos estatales. En cambio, el objetivo de los principios es servir como punto de referencia, pudiendo ser empleados “por los individuos encargados de planificar las políticas a medida que estudian y desarrollan los marcos legales y normativos del gobierno corporativo, reflejando así la propia coyuntura económica, social, legal y cultural, y de los participantes del mercado en el desarrollo de sus propias prácticas”<sup>66</sup>.

Tabra Ochoa entiende que los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades de 1999 también constituyen un punto de referencia “para las empresas que deseen implementar sus prácticas de buen gobierno”<sup>67</sup>. Vale destacar que los principios indican que “las sociedades deben innovar y adaptar sus prácticas de gobierno corporativo a fin de cumplir con las nuevas demandas y aprovechar las oportunidades que surjan para poder seguir siendo competitivas en un mundo en constante evolución”<sup>68</sup>.

Con lo anterior, se hace evidente la relevancia determinante de la autorregulación en la adaptación de prácticas de gobernanza corporativa. Ciertamente, el gobierno corporativo se vale de la autorregulación para crear “un adecuado sistema de pesos y contrapesos para proteger los intereses de una parte de parte de los miembros de la empresa”<sup>69</sup>. Dicha autorregulación se expresa, principalmente, en manuales o códigos de buen gobierno corporativo<sup>70</sup>.

### ***3.1. Notas sobre la autorregulación en materia de IA***

Cuando se trata de autorregulación en materia de IA, deberán tomarse en consideración los instrumentos normativos pertinentes, de *hard law* o *soft law*, de manera que se garanticen al menos dos elementos generales: (i) la alineación de la regulación adoptada con las prácticas de buen gobierno corporativo aplicables a la organización y (ii) la suficiencia de la regulación adoptada en atención a la implementación, usos y riesgos colaterales de la IA.

---

*corporativo de la empresa: una mirada a los organismos internacionales* (Barcelona: Editorial JM Bosch, 2015), 89.

<sup>65</sup> Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 69.

<sup>66</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades* (1999), 15.

<sup>67</sup> Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 69.

<sup>68</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades* (1999), 15.

<sup>69</sup> Tabra Ochoa, «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano», 71.

<sup>70</sup> Ídem. Como indica Tabra Ochoa, “los códigos de buen gobierno corporativo son los mecanismos de autorregulación que se requieren para implementar las prácticas de prevención de cualquier conducta de parte de la administración que tienda a perjudicar los intereses de los accionistas y los demás grupos de interés”.

Una referencia valiosa en este sentido, además de los instrumentos referidos en los apartados anteriores de este estudio, es la *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* (RCAI). Este instrumento fue adoptado por el Consejo de la OCDE en una reunión a nivel ministerial el 22 de mayo de 2019, siguiendo una propuesta del Comité de Política Digital, a objeto de incentivar la innovación y la confianza en la IA, promoviendo una gestión responsable en respeto de los derechos humanos y valores democráticos. Esta recomendación fue revisada por última vez en la reunión del Consejo de la OCDE a nivel ministerial celebrada el 3 de mayo de 2024<sup>71</sup>.

La RCAI contiene una serie de principios complementarios entre sí, por lo que deben ser considerados conjuntamente. A efectos de este estudio, interesan especialmente los “Principios de administración responsable en aras de una IA fiable”, contenidos en la sección 1 de este instrumento. Dichos principios, que podrían servir de referencia *mutatis mutandi* para el sector empresarial al momento de enfrentar los nuevos desafíos aparejados a la implementación de soluciones tecnológicas basadas en IA, son los siguientes<sup>72</sup>:

El primer principio “Crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar” está enfocado en que las partes interesadas promuevan una gestión responsable de la IA, con miras a la materialización de resultados positivos para las personas y el medio ambiente. La administración responsable de los sistemas de IA deberá resultar en un aumento de capacidad del ser humano, estimulación de la creatividad, protección de entornos naturales, avances en la inclusión de poblaciones menos representadas, reducción de desigualdades económicas, sociales, de género y otras.

El segundo principio “Respetar el Estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos, incluidas la equidad y la privacidad” establece que los actores de la IA deben respetar el Estado de derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y aquellos centrados en el ser humano durante todo el ciclo de funcionamiento del sistema de IA. Los principios hacen referencia a varios ejemplos como la no discriminación, igualdad, libertad, dignidad, autonomía de las personas, privacidad, protección de datos, diversidad, justicia social y derechos laborales reconocidos a nivel internacional.

Para concretar este principio, la RCAI indica que los actores de IA deben implementar ciertos mecanismos y garantías, tales como la capacidad de intervención —y supervisión— humana. En este punto, la RCAI destaca un factor importante desde la perspectiva de la prevención de riesgos al indicar que deben también abordarse los riesgos que derivan de: (i) usos distintos al fin perseguido y (ii) usos indebidos no intencionales.

El tercer principio es “Transparencia y explicabilidad”. La transparencia y divulgación respecto del uso de soluciones tecnológicas basadas en IA es fundamental para *shareholders* y *stakeholders*. La RCAI advierte esta realidad y sugiere a los actores pertinentes que suministren información significativa, en atención al contexto específico y estado actual de la técnica, con cuatro objetivos concretos, a saber:

---

<sup>71</sup> Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. OECD/LEGAL/0449. Adoptada el 21 de mayo de 2019 y revisada por última vez el 2 de mayo de 2024. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#translations>

<sup>72</sup> Ídem.

- i. para fomentar una comprensión general de los sistemas de IA, incluidas sus capacidades y limitaciones,
- ii. para poner en conocimiento de las partes interesadas sus interacciones con los sistemas de IA, también en el lugar de trabajo,
- iii. cuando resulte viable y útil, para suministrar información transparente y comprensible sobre las fuentes de datos/entradas, los factores, los procesos y/o el razonamiento que subyace a las predicciones, contenidos, recomendaciones y decisiones, para permitir a los afectados por un sistema de IA comprender los resultados, y
- iv. para suministrar información que permita a los afectados negativamente por un sistema de IA cuestionar sus resultados.

El cuarto principio “Solidez, seguridad y protección” parte de la premisa según la cual la implementación de sistemas de IA, como se ha indicado previamente, tiene aparejados importantes riesgos que deben ser previstos y mitigados para un uso correcto. Entre ellos, se plantean importantes riesgos en materia de seguridad —o, mejor, ciberseguridad— que la RCAI pretende contribuir a evitar. En este sentido, se indica que los sistemas de IA “deben ser robustos, seguros y estar protegidos de tal modo que, en condiciones de uso normal, uso previsible o uso indebido, u otras condiciones adversas, funcionen adecuadamente y no planteen riesgos excesivos en materia de seguridad y/o protección”.

Así, de conformidad con la RCAI, deben existir mecanismos que permitan hacer frente a situaciones como aquellas en las que los sistemas de IA amenacen con generar daños indebidos o demuestren comportamientos no deseados. Estos mecanismos deberán posibilitar la invalidación, corrección o desmantelamiento de los sistemas de IA de una forma segura. Además, en los casos en que resulte técnicamente viable, se deben constituir mecanismos que refuercen la integridad de la información y garanticen el respeto de la libertad de expresión.

El quinto principio se titula “Responsabilidad” y señala que los actores de la IA deben ser responsables del funcionamiento adecuado de los sistemas de IA, así como del respeto a los principios anteriormente descritos, atendiendo a sus funciones, contexto y estado de la técnica. En esta misma línea, los actores de IA deben ser garantes de la trazabilidad de datos, procesos y decisiones adoptadas en el ciclo de vida del sistema de IA. La idea es posibilitar el análisis de resultados del sistema, así como garantizar que las repuestas se adecuen al contexto concreto de cada caso y que exista coherencia con el estado de la técnica.

Importante destacar que el RCAI reconoce que la responsabilidad de los actores de la IA guarda estrecha conexión con sus funciones, contexto y capacidad de actuación. Bajo esta lógica, se indica en el apartado 1.5.c) que:

(...) Los actores de la IA, de acuerdo con sus funciones, el contexto y su capacidad de actuación, deben aplicar de forma permanente un enfoque sistemático de la gestión de riesgos a cada fase del ciclo de vida del sistema de IA y adoptar una conducta empresarial responsable a la hora de abordar los riesgos relacionados con los sistemas de IA, lo que comprende, cuando proceda, la cooperación entre diferentes actores de la IA, proveedores de conocimientos y recursos de IA, usuarios de sistemas de IA y otras partes interesadas. Los riesgos comprenden los relacionados con un sesgo dañino, con los derechos humanos, como la seguridad, la protección y la privacidad, así como con los derechos laborales y de propiedad intelectual.

Cada organización, empresarial o del tercer sector, deberá tomar en cuenta los instrumentos de *hard law* que resulten aplicables según su particular contexto. En caso de que

la organización no esté sometida a regulaciones en materia de IA la autorregulación va a ocupar un rol protagónico en materia de IA, pues, en términos generales, generará valor y protegerá su reputación en el mercado.

## CONCLUSIONES

La progresiva integración de la IA en el ámbito corporativo origina nuevas oportunidades y desafíos para la gobernanza corporativa. De allí que es imperativo que las empresas repiensen sus estructuras de gobierno para hacer frente a esta nueva realidad. La capacidad disruptiva de la IA no solo transforma las dinámicas de negocio, sino que también plantea interrogantes sobre el cumplimiento de obligaciones legales y éticas, siendo que estas últimas resultan de especial importante ante el vacío regulatorio en la materia.

Ante la democratización de la IA, surge la necesidad de explorar cómo esta tecnología impacta las estrategias de gobernanza corporativa y qué aspectos deben considerarse para asegurar una interacción efectiva entre ambos elementos. A medida que las organizaciones adoptan soluciones basadas en IA, es esencial que revisen y ajusten sus marcos regulatorios para maximizar los beneficios y minimizar los riesgos. En última instancia, el éxito de la integración de la IA en la gobernanza corporativa dependerá de un equilibrio entre innovación tecnológica y supervisión humana.

La IA está desempeñando un papel cada vez más relevante en los procesos de toma de decisiones corporativas, ofreciendo diversas oportunidades para mejorar la efectividad y objetividad de estas decisiones. Sin embargo, la participación de la IA en la toma de decisiones plantea importantes consideraciones éticas y operativas. Por ello, es crucial que las organizaciones adopten la IA con ética y transparencia.

En todo caso, las organizaciones deben invertir, considerando sus necesidades y recursos, en el desarrollo de habilidades y en la contratación de talento humano capacitado, que les permita implementar la IA de manera efectiva y anticipar sus riesgos asociados, como los sesgos y la pérdida de control.

La autorregulación emerge como una herramienta clave en este proceso, permitiendo a las empresas establecer políticas y procedimientos que garanticen un uso ético y transparente de los sistemas de IA. La creación de códigos de conducta específicos para la IA, así como la adaptación de manuales de buen gobierno corporativo, son pasos importantes hacia este objetivo. También es vital que los comités ejecutivos y los consejos de administración comprendan los riesgos derivados del uso de la IA, lo que puede requerir la contratación de expertos externos o la formación de comités permanentes especializados a tal efecto.

La *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* de la OCDE es un instrumento valioso que puede servir como guía en la implementación de soluciones basadas en IA en las organizaciones. La observancia y adaptación de estos principios según el contexto específico, pueden orientar la integración de soluciones basadas en IA que sean compatibles el crecimiento inclusivo y sostenible, el respeto a los derechos humanos y valores democráticos, la transparencia y explicabilidad, la solidez y seguridad de los sistemas y la responsabilidad de los actores correspondientes.

Finalmente, si bien las organizaciones deben cumplir con las regulaciones aplicables, la autorregulación siempre será una herramienta indispensable, especialmente cuando no existan normas de derecho positivo en materia de IA, como ocurre en Venezuela, al menos para la fecha de elaboración de este artículo<sup>73</sup>. Adoptar un enfoque autorregulatorio no solo generará valor a largo plazo, sino que también protegerá la reputación de las organizaciones en un mercado cada vez más consciente de la importancia de un uso ético y responsable de la inteligencia artificial.

## BIBLIOGRAFÍA

Bariona, Mario. «El buen gobierno corporativo en las empresas familiares». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 11 (2023).

Castagnino, Diego Tomás. «Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 11 (2023).

———. «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019).

Daidai, Fouad y Tamnine, Larbi. «Artificial intelligence and corporate governance». *CEUR Workshop Proceedings* (2023). <https://ceur-ws.org/Vol-3474/paper6.pdf>

Gámez Arcaya, Francisco. «Principios de Gobierno Corporativo». *Revista de Derecho Público*, n.º 102 (2005).

Gregory, Holly. «AI and the Role of the Board of Directors». *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (blog), 7 de octubre de 2023. <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/10/07/ai-and-the-role-of-the-board-of-directors/>.

National Institute of Standards and Technology (US). «Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile» (Gaithersburg, MD: National Institute of Standards and Technology (U.S.), 26 de julio de 2024). <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.600-1>.

Oneto, Andrés y Rojas, Catalina. *Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo*. CAF, 2023.

Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Paris: OCDE Publishing, 2024. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Paris: OCDE Publishing, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

---

<sup>73</sup> El 17 de noviembre de 2024 la Asamblea Nacional de Venezuela aprobó en primera discusión el Proyecto de Ley sobre Inteligencia Artificial.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades* (1999).

Porto, José Miguel y Raunelli, José Rodrigo. «Inteligencia artificial y buen gobierno corporativo». *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 8 (2024).

Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. OECD/LEGAL/0449. Adoptada el 21 de mayo de 2019 y revisada por última vez el 2 de mayo de 2024. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#translations>

Tabra Ochoa, Edison. «El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano». *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 6 (2019).

———. *Solidaridad y gobierno corporativo de la empresa: una mirada a los organismos internacionales*. Barcelona: Editorial JM Bosch, 2015.

Tallarita, Roberto. «AI Is Testing the Limits of Corporate Governance». *Harvard Business Review*, 5 de diciembre de 2023. <https://hbr.org/2023/12/ai-is-testing-the-limits-of-corporate-governance>.

Turing, Alan. «Computing machinery and intelligence». *Mind*, 236 (1950). <https://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>.

Vaudo, Liliana. «Cumplimiento organizacional y autorregulación normativa empresarial. Especial referencia a las instituciones del sistema financiero venezolano». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 19 (2022).

———. «Normas de buen gobierno corporativo. Prevenir con compliance y autorregulación». *VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review*, 12(4) (2022). <https://doi.org/10.37467/revvisual.v9.3770>.

Villegas Ruiz, Jesús. *Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022.

# *Las Empresas de Seguros y el Compromiso de Responsabilidad Social*

**Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 178-190

**Resumen:** El Compromiso de Responsabilidad Social es una imposición legal, no una elección voluntaria de las partes, y debe ser cumplido en los contratos públicos, salvo algunas excepciones. En principio, todos los oferentes en procesos de contratación pública deben presentar un Compromiso de Responsabilidad Social a menos que se trate de contratos entre órganos y entes públicos o el oferente sea una empresa extranjera sin presencia en Venezuela. También, se precisan requisitos cuantitativos, como que el compromiso aplica a contratos cuyo monto supere las 2.500 UCAU. Las empresas de seguros, aunque excluidas de las modalidades de selección de contratistas, deben cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social al participar en procesos de contratación pública, excepto en los supuestos mencionados.

**Palabras claves:** empresas de seguros, Compromiso de Responsabilidad Social, contrataciones públicas, Venezuela

## *Insurance Companies and the Social Responsibility Commitment*

**Abstract:** *The Social Responsibility Commitment is a legal obligation, not a voluntary choice of the parties, and must be fulfilled in public contracts, except for some exceptions. In principle, all bidders in public procurement processes must present a Social Responsibility Commitment unless the contracts are between public bodies and entities, or the bidder is a foreign company without a presence in Venezuela. Quantitative requirements are also specified, such as the commitment applying to contracts whose amount exceeds 2,500 UCAU. Insurance companies, although excluded from contractor selection modalities, must comply with the Social Responsibility Commitment when participating in public procurement processes, except for the aforementioned cases.*

**Keywords:** *Insurance companies, social responsibility commitment, public procurement, Venezuela*

**Recibido:** 18/11/2024  
**Aprobado:** 29/11/2024

---

\* Abogado, Universidad Central de Venezuela (UCV), 2005. Especialista en Derecho Tributario, UCV, 2012. Magíster en Negocios Internacionales, Universidad de Jiangxi en Finanzas y Economía (JUFE), 2024. Profesor de Legislación Fiscal y Derecho Aduanero, Universidad Simón Bolívar. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Financiero, Universidad Central de Venezuela. Jefe de Sección de Aduanas y Comercio Exterior, Universidad Simón Bolívar. Jefe de Cátedra de Derecho Privado, Escuela de Administración y Contaduría, Universidad Central de Venezuela. E-mail: [echelhod@usb.ve](mailto:echelhod@usb.ve)

# *Las Empresas de Seguros y el Compromiso de Responsabilidad Social*

**Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloun\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 178-190

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Las Empresas de Seguros en Venezuela. 2. El Compromiso de Responsabilidad Social en las Contrataciones Públicas. 3. El Compromiso de Responsabilidad Social en Venezuela por parte de las Empresas de Seguros. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), el cual, a pesar de su nombre, no aplica a todos los contratos públicos (Brewer-Carías, 2017, 11), establece la obligatoriedad del Compromiso de Responsabilidad Social, integrando los principios de responsabilidad social en algunos de los contratos públicos en Venezuela. Esta normativa no solo obliga al ente público contratante, sino también al contratado, a incluir en sus ofertas un compromiso explícito con la responsabilidad social. Este compromiso debe ser entendido no como una simple formalidad, sino como una exigencia legal destinada a fomentar prácticas que beneficien tanto a las comunidades involucradas como al entorno general.

El Compromiso de Responsabilidad Social busca promover un impacto positivo en la sociedad y a través de un marco legal, se pretende asegurar que las relaciones contractuales con el Estado incluyan valores éticos y de sostenibilidad social. De este modo, las normas jurídicas que serán consideradas proporcionan una estructura normativa que integra la responsabilidad social como un componente esencial de la actividad contractual pública, obligando a los actores involucrados, como las empresas de seguros, a comprometerse con el bienestar comunitario y ambiental.

Para el tratamiento de este tema se expondrán unas consideraciones sobre las empresas de seguros en Venezuela y el Compromiso de Responsabilidad Social en las contrataciones públicas, para luego cerrar con el Compromiso de Responsabilidad Social en Venezuela por parte de las empresas de seguros.

---

\* Abogado, Universidad Central de Venezuela (UCV), 2005. Especialista en Derecho Tributario, UCV, 2012. Magíster en Negocios Internacionales, Universidad de Jiangxi en Finanzas y Economía (JUFE), 2024. Profesor de Legislación Fiscal y Derecho Aduanero, Universidad Simón Bolívar. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Financiero, Universidad Central de Venezuela. Jefe de Sección de Aduanas y Comercio Exterior, Universidad Simón Bolívar. Jefe de Cátedra de Derecho Privado, Escuela de Administración y Contaduría, Universidad Central de Venezuela. E-mail: [echelhod@usb.ve](mailto:echelhod@usb.ve)

## 1. Las Empresas de Seguros en Venezuela

En las relaciones jurídicas en materias de seguro, pueden intervenir sujetos de distinta naturaleza: el asegurador, el asegurado, entre otros. En lo que respecta al asegurador, Moles (2008, 2396) lo define como la persona que asume el riesgo previsto y se compromete a cubrirlo, es decir, a efectuar el pago de la prestación convenida. Por su parte, según Landáez (2012, 267) es la persona que se compromete a pagar, una vez ocurrido el siniestro, por el hecho de haber timado para sí el riesgo previsto en el contrato en virtud del pago de una suma de dinero denominada prima.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley de la Actividad Aseguradora (2023), sólo podrán realizar actividad aseguradora en el territorio de la República, previa autorización de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, las empresas de seguros, las empresas de reaseguros, las empresas de medicina prepagada, las empresas administradoras de riesgos, las empresas financiadoras de primas o de cuotas, los intermediarios de la actividad aseguradora, las asociaciones cooperativas que realicen actividad aseguradora, los auxiliares de seguro, y las oficinas de representación o sucursales de empresas de reaseguros extranjeras y las sucursales de sociedades de corretaje de reaseguros del exterior<sup>1</sup>.

Las empresas de seguro son aquellas sociedades anónimas que tienen como objeto único la realización de las operaciones propias de la actividad aseguradora relacionadas con emisión de pólizas de seguros en diferentes ramas, administración de fondos, operaciones de reaseguros que amparen riesgos de otras empresas de seguros, de reaseguros o de medicina prepagada, el retroceso de riesgos asumidos en reaseguro, fideicomisos, fianzas y reafianzamientos, siempre y cuando cuenten con la autorización previa por parte de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora<sup>2</sup>.

Asimismo, deben tener un capital pagado mínimo, en bolívares o en Títulos del Estado Venezolano indexados y denominados en bolívares de: a) ciento sesenta mil (160.000) veces el tipo de cambio de referencia, para las empresas que aspiren a operar en uno de los seguros de los ramos generales o de doscientos quince mil (215.000) para las que aspiren a operar en dos seguros afines de estos ramos; y b) trescientos setenta y cinco mil (375.000) veces el tipo de cambio de referencia, para las empresas que aspiren a operar en ramos generales o ramos de vida o de quinientos noventa mil (590.000) para las que aspiren a operar en ambos ramos simultáneamente.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Considerándose también como sujetos regulados a los actuarios independientes; los defensores del tomador, asegurado, beneficiario, contratante, usuario y afiliado; los oficiales de cumplimiento y los auditores externos, incluyendo los que ejerzan funciones en materia de activos de información y de administración de riesgos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. *Vid.* Artículo 3 de la Ley de la Actividad Aseguradora (2023).

<sup>2</sup> *Vid.* Artículo 23 *ejusdem*.

<sup>3</sup> El artículo 13 *ejusdem* dispone que el capital mínimo se ajustará cada dos (2) años, en bolívares o en Títulos del Estado Venezolano indexados y denominados en bolívares, antes del 31 de enero para las empresas de seguros.

Otros de los requisitos legales para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de seguros, son: a) tener como mínimo cinco (5) accionistas, los cuales no podrán estar incurso en las prohibiciones previstas legalmente<sup>4</sup>; b) todas las acciones deben ser nominativas, de una misma clase y no fraccionadas; c) poseer una junta directiva o administradora compuesta por no menos de cinco (5) integrantes<sup>5</sup> domiciliados y residenciados en el país; d) especificar el origen de los bienes y recursos económicos utilizados para la constitución de la sociedad mercantil y proporcionar la información necesaria para su verificación; e) constituir y mantener, en bolívares en el Banco Central de Venezuela o en Títulos del Estado venezolano indexados y denominados en bolívares, una garantía equivalente al 10% sobre el capital mínimo exigido; f) no formar parte de un grupo económico o financiero, de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional; y g) presentar conjuntamente con la solicitud, copia de la reserva de denominación comercial en el Registro Mercantil y copia de la búsqueda informática o reserva de marca por ante el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, e identificación, profesión y cargo del personal autorizado por la empresa para dirigir comunicaciones y representarla ante la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

En relación a este último requisito, las empresas de seguro están obligadas a mantener en su denominación social, la especificación expresa del tipo de actividad aseguradora que desarrollan y en toda su documentación y publicidad deben indicar su carácter sin usar abreviaturas, en idioma castellano o en sus equivalentes en cualquier otro idioma.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (2010) el Sistema Financiero Nacional está conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales y cualquier otra forma de organización que operan, entre otros, en el sector asegurador; y el listado de las empresas de seguros autorizadas en la actualidad (2024) se encuentran publicado en la página Web de la Superintendencia de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), donde se destaca no solo la presencia de empresas de seguros privadas.

Desde una perspectiva social, las empresas de seguro cumplen con una función de servicio a la sociedad, lo cual, desde el punto de vista de Cevallos (2014, 62), las convierte en un factor necesario en el convivir social. Sin embargo, durante la prestación de sus servicios es innegable

---

<sup>4</sup> Vid. Artículo 15 *ejusdem*.

<sup>5</sup> Los integrantes de la junta directiva o administradora deben cumplir con alguna de las siguientes condiciones: a) tener calificación profesional derivada de haber obtenido un título universitario, con experiencia mínima de cinco (5) años en la actividad aseguradora: en cargos de alto nivel (presidente o presidenta, vicepresidente o vicepresidenta, gerente general u otros cargos de similar jerarquía o asesoramiento), en cargos de jerarquía inmediatamente anterior a los de alto nivel; o b) poseer destacada y comprobada experiencia de por lo menos diez (10) años en cargos de alto nivel o en cargos de jerarquía inmediatamente anterior a los de alto nivel, en la actividad aseguradora o en empresas enmarcadas en sectores específicos de la economía, tales como: bancario, mercado de capitales, industrial, tecnología y de servicios, siempre que demuestren su trayectoria y experiencia profesional. Asimismo, no podrán ser cónyuges o mantener uniones estables de hecho entre sí, o estar vinculados por parentesco dentro del segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad, ni ejercer simultáneamente cargos directivos en otros sujetos regulados por la Ley de la Actividad Aseguradora o en otras empresas del sistema financiero; la mitad o más deben ser venezolanos o venezolanas y al menos un tercio deben ser directores o directoras independientes, calificados como tales según las normas de gobierno corporativo que dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora; y no podrán estar incurso en las prohibiciones previstas legalmente.

que generan un impacto en su entorno, situación que no es exclusiva de las empresas de seguros, sino de la actividad empresarial en general (De La Cuesta, 2004, 47) lo cual en la actualidad no escapa de la vista de los entes reguladores y su tendencia a la reducción del costo originado por los efectos colaterales de las actividades de la empresa (Sulbarán, 1995, 229) a través de la publicación de normas relacionadas con la materia.

## ***2. El Compromiso de Responsabilidad Social en las Contrataciones Públicas***

Sulabrán (1995) cataloga a la responsabilidad social como una meta móvil que incluye todas aquellas consideraciones y expectativas de tipo económico, legal, ético y discrecional que la sociedad se ha forjado con respecto a las organizaciones empresariales en un momento determinado de su acontecer histórico, lo que quiere decir que existen diversas formas de manifestación de la responsabilidad social, entre ellas, las que se materializan de forma voluntaria y las que se cumplen por disposición de la ley.

En este caso, se hará referencia a las disposiciones relativas a la responsabilidad social establecidas en las normas venezolanas sobre contrataciones públicas; las cuales, desde el año 2008, con la publicación en Gaceta Oficial del hoy derogado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas<sup>6</sup>, introducen la definición de Compromiso de Responsabilidad Social, expresando que son acuerdos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de demandas sociales.<sup>7</sup>

Las mencionadas demandas sociales debían estar relacionadas con la ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario; la creación de nuevos empleos permanentes; la formación socio productiva de integrantes de la comunidad; la venta de bienes a precios solidarios o al costo; aportes en dinero especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro o cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente público contratante.

La norma vigente en Venezuela en materia de contrataciones es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 19 de noviembre de 2014, la cual define al Compromiso de Responsabilidad Social de forma similar a la establecida en la norma del año 2008, indicando que son todos aquellos compromisos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con la ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario, la creación de nuevos empleos permanentes, la formación socio productiva de integrantes de la comunidad, la venta de bienes a precios solidarios o al costo, aportes en dinero o especie a programas sociales determinados por

---

<sup>6</sup> El objeto de la normativa legal en materia de contrataciones públicas es, entre otros, regular la actividad del Estado para contratación de servicios con la finalidad de preservar el patrimonio público.

<sup>7</sup> *Vid.* Numeral 19 del artículo 16 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 5.877 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, del 14 de marzo de 2008.

el Estado o a instituciones sin fines de lucro o cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del contratante<sup>8</sup>.

En la referida norma se establece que las comisiones de contrataciones<sup>9</sup> tendrán entre sus atribuciones considerar y emitir recomendación sobre el Compromiso de Responsabilidad Social, cuya finalidad es que los particulares contribuyan en la consecución del bienestar general, con fundamento en las disposiciones constitucionales sobre la materia<sup>10</sup>, entre las cuales se destacan los artículos 2, 135 y 274 que establecen que: 1) Venezuela se constituye en un Estado que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación a la responsabilidad social; 2) las obligaciones que correspondan al Estado, no excluyen las que, en virtud de la responsabilidad social correspondan a los particulares; 3) la ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de la responsabilidad social en los casos en que fuere necesario; y 4) los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, promover la responsabilidad social.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) califica al Compromiso de Responsabilidad Social como una obligación contractual. Sin embargo, es obligatorio que el pliego de condiciones<sup>11</sup> o las condiciones generales de contratación, establezcan el Compromiso de Responsabilidad Social, y en el proceso posterior de examen y evaluación de las ofertas, el ente público contratante tiene la obligación de rechazar aquellas ofertas de servicios que se presenten sin la declaración jurada del cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, cuando éste sea exigible<sup>12</sup>.

El Compromiso de Responsabilidad Social procede en caso de ofertas cuyo monto total, incluidos los tributos, superen las dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.), y será del tres por ciento (3%) sobre el monto de la contratación<sup>13</sup>. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la denominada Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas (2018)<sup>14</sup>, se crea la Unidad para el Cálculo Aritmético (UCAU) para delimitar rangos de elegibilidad en los procesos de contratación pública o para el cumplimiento de condiciones o requisitos relacionados con estas, la cual, en estos supuestos, sustituye la Unidad Tributaria; y mediante resolución conjunta del

---

<sup>8</sup> Vid. Numeral 24 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 19 de noviembre de 2014.

<sup>9</sup> La Comisión de Contratación es definida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) como un cuerpo colegiado multidisciplinario, cuyos miembros son designados, por la máxima autoridad de los contratantes, representando las áreas legal, técnica y financiera; y entre sus atribuciones está la de velar porque los procedimientos de contratación se realicen de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

<sup>10</sup> Vid. Numeral 6 del artículo 15 y artículo 29 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014).

<sup>11</sup> El Pliego de Condiciones, según el numeral 17 del artículo 6 *ejusdem*, es el documento donde se establecen las reglas básicas, requisitos o especificaciones que rigen los procedimientos de contratación pública.

<sup>12</sup> Vid. Artículo 30, numeral 15 del artículo 66 y numeral 8 del artículo 76 *ejusdem*.

<sup>13</sup> Vid. Artículo 31 *ejusdem*.

<sup>14</sup> Vid. Artículo 6 de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas (2018).

ministerio con competencia en materia de planificación y del ministerio con competencia en materia de finanzas<sup>15</sup>, se encuentra fijado su valor en cuarenta bolívares sin céntimos (Bs. 40,00).

El Compromiso de Responsabilidad Social que se establezca, será aplicado a proyectos sociales y solicitudes, determinados en base a la información de las necesidades del entorno social que reciba el órgano o ente contratante; pero podrá ser recibido a través de aportes en dinero. En este caso, debe ser depositado en el Fondo de Responsabilidad Social, denominado desde el año 2015 como Fondo Negro Primero<sup>16</sup>; y en ningún caso se podrá utilizar para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones y competencias de los órganos y entes de la Administración Pública<sup>17</sup>.

Una vez formalizada la contratación, el ente contratante debe garantizar el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, el cual tiene que efectuarse antes del cierre administrativo del contrato, determinándose así una forma de aplicación de mecanismos de control (Canónico, 2016, 554). La omisión de la solicitud o recibo del Compromiso de Responsabilidad Social o destinarlo en términos distintos a lo establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (2014) son supuestos generadores de responsabilidad administrativa<sup>18</sup>.

Como puede observarse, el Compromiso de Responsabilidad Social establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), tiene un componente legal, un componente contractual y un componente social (Villegas, 2023, 94): la norma de rango legal establece su obligatoriedad en determinados supuestos pero se puede acordar el modo de cumplimiento de la obligación, siempre atendiendo a una necesidad social; y cuando se acuerda en dinero, constituye una fuente de ingresos financieros (Peralta, 2020, 163) que siempre debe estar destinada a la satisfacción de una carencia social.

### ***3. El Compromiso de Responsabilidad Social en Venezuela por parte de las Empresas de Seguros***

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) regula la obligación legal de exigir por parte del ente público contratante y de cumplir por parte del contratado con el Compromiso de Responsabilidad Social. Por lo tanto, su cumplimiento no es producto de la voluntad de las partes, sino que es una imposición de una norma de rango legal, la cual obliga a que sea contemplado contractualmente.

Sin embargo, los sujetos que intervienen en estas relaciones no son solo el ente público contratante y el contratado; sino también el Fondo de Responsabilidad Social o Fondo Negro

---

<sup>15</sup> Vid. Resolución Conjunta N° 014-2023 y N° 009-2023 mediante la cual se fija el Valor de la Unidad Para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) (2023).

<sup>16</sup> Patrimonio separado e independiente del Tesoro Nacional; bajo la administración y supervisión directa del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno.

<sup>17</sup> Vid. Artículos 32, 33 y 34 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014).

<sup>18</sup> Vid. Numeral 3 del artículo 118 y numeral 5 del artículo 166 *ejusdem*.

Primero, cuando el Compromiso de Responsabilidad Social se reciba a través de aportes en dinero; o el grupo social que recibirá la atención de su demanda.

En principio, todo aquel que presente su manifestación de voluntad de contratar con un órgano o ente público debe presentar junto a su oferta, declaración jurada mediante la cual especifique cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social. Los requisitos de procedencia se encuentran en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), pero también en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009)<sup>19</sup> el cual igualmente regula aspectos concernientes a dicha obligación siempre que no contradiga lo dispuesto en la mencionada norma de rango legal.

Al respecto el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009) dispone que el Compromiso de Responsabilidad Social no se exigirá para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratados directamente entre los órganos y entes públicos<sup>20</sup> o cuando la selección del contratista es encomendada a estos órganos o entes.

Asimismo, establece el reglamento *ejusdem* que los órganos o entes públicos contratantes para proponer la ejecución de un plan excepcional deberán fijar el Compromiso de Responsabilidad Social y, de manera expresa, la atribución de la Comisión de Contrataciones de considerar y emitir recomendación sobre el Compromiso de Responsabilidad Social<sup>21</sup>.

Así que, para dar respuesta al planteamiento relativo a quienes debe cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social, y si dentro de tales sujetos se encuentran las empresas de seguro, se debe considerar los supuestos cualitativos y cuantitativos establecidos tanto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) como en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009).

En cuanto a los supuestos cuantitativos establecen las normas mencionadas que el Compromiso de Responsabilidad Social, será requerido en todas las ofertas presentadas, cuyo monto total, incluidos los tributos, superen las dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.), lo cual, de conformidad con la Ley Constitucional contra La Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas (2018), que estableció la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) para delimitar rangos de legibilidad en los procesos de contratación pública, o para el cumplimiento de condiciones o requisitos relacionados con estas<sup>22</sup>, dicho rango, para el caso del Compromiso de Responsabilidad Social, está determinado por el valor equivalente a 2.500 UCAU.

Adicionalmente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) fija el porcentaje que asumirán los contratistas beneficiarios de la adjudicación, en un tres

---

<sup>19</sup> Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

<sup>20</sup> Vid. Artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009).

<sup>21</sup> Vid. Numeral 4 del artículo 14 y numeral 7 del artículo 16 *ejusdem*.

<sup>22</sup> Recordemos que el Ejecutivo Nacional, a través de una Resolución conjunta de los ministerios con competencia en materia de finanzas y de planificación, fija el valor de la UCAU.

por ciento (3%) sobre el monto del contrato sin tributos, modificando entonces, lo previsto al respecto en el referido Reglamento<sup>23</sup>.

En cuanto a los supuestos cualitativos, se mencionó, que en principio quien presente su manifestación de voluntad de contratar con un órgano o ente público debe cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social, no obstante, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009) establece como excepción, quienes presten servicios laborales<sup>24</sup> y a los órganos y entes públicos<sup>25</sup>; y en el caso de contratación con empresas extranjeras que no tengan filiales ni estén domiciliadas en Venezuela, para la adquisición de bienes o prestación de servicios fuera del país, en los cuales la oferta nacional no cubra la demanda del órgano o ente contratante, no se aplicará el Compromiso de Responsabilidad Social; sin embargo, cuando el órgano o ente contratante adquiera bienes, servicios u obras a empresas domiciliadas en el exterior que tengan filiales en Venezuela y cuyo suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, se estime ser realizada en el territorio nacional, debe aplicarse el Compromiso de Responsabilidad Social<sup>26</sup>.

Ahora bien, para poder determinar si las empresas de seguros en Venezuela deben cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social, debemos comenzar por mencionar que los servicios financieros que prestan se encuentran excluidos sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, mas no del resto de las normas contenidas en el indicadas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014)<sup>27</sup>.

En este sentido, como oferentes<sup>28</sup> en un proceso de contratación pública, las empresas de seguros tienen la obligación de cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social a menos

---

<sup>23</sup> Antes de la vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), el valor del Compromiso de Responsabilidad Social oscilaba entre un mínimo del uno por ciento (1%) y un valor máximo del cinco por ciento (5%).

<sup>24</sup> Ni el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) y ni las leyes que la preceden, definen los servicios laborales, sin embargo, se debe tener presente que éstos son los regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (2012).

<sup>25</sup> Al respecto, debe considerarse el contenido del artículo 3 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) es cual establece: “El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley regirá para todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, en los términos aquí previstos, con especial énfasis para los sujetos que a continuación se señalan: 1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal, Municipal, Central y Descentralizado. 2. Las Universidades Públicas. 3. El Banco Central de Venezuela. 4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República Bolivariana de Venezuela y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo. 5. las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior. 6 Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquéllas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria. 7. Las Comunas, los Consejos Comunales y las organizaciones de base del Poder Popular cuando manejen fondos públicos. 8. Las asociaciones socioproductivas y cualquier otra forma de organización popular cuando manejen fondos públicos.”

<sup>26</sup> *Vid.* Artículos 48 y 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009).

<sup>27</sup> *Vid.* numeral 2 del artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014).

<sup>28</sup> Oferente es la persona natural o jurídica o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, que ha presentado una manifestación de voluntad de participar, o una oferta en alguna de las modalidades previstas en el

que: a) sea una empresa del Estado<sup>29</sup>; b) el monto total de la oferta presentada incluidos los tributos sea igual o menor a dos mil quinientas Unidades para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (2.500 UCAU); y c) sea una empresa extranjera que no tenga filiales ni esté domiciliada en Venezuela, contratada para la prestación de servicios fuera del país, en los cuales la oferta nacional no cubra la demanda del órgano o ente contratante.

De manera que, debemos entender que las empresas de seguros están obligadas a cumplir con el Compromiso de Responsabilidad Social al presentarse como oferentes en un proceso de contratación pública a menos que se cumplan una de las condiciones expuestas en el párrafo anterior.

Además, en las Normas Sobre el Buen Gobierno Corporativo para Empresas de Seguros, Reaseguros Nacionales, Administradoras de Riesgos, Medicina Prepagada y Financiadoras de Primas (2024) se dispone que las empresas de seguros, en cumplimiento de los estándares de buen gobierno corporativo, deben incluir en sus prácticas y medios de comunicación, información sobre programas, prácticas y actividades relacionadas con responsabilidad social empresarial para con los empleados y la comunidad en general, así como aquellas relacionadas con la sostenibilidad y protección medioambiental, sin que ello vaya en detrimento de la seguridad, rentabilidad o sostenibilidad de la empresa<sup>30</sup>, lo cual confirma que las empresas de seguros no se encuentran excluidas de este sistema que gira en torno al concepto de la responsabilidad social.

## **CONCLUSIONES**

El Compromiso de Responsabilidad Social en el marco del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) pretende asegurar que las prácticas de contratación pública en Venezuela sean socialmente responsables estableciendo obligaciones legales y reforzando la necesidad de que tanto los entes públicos como los contratistas privados integren principios de responsabilidad social en sus operaciones.

Las empresas de seguros, al igual que otros oferentes en procesos de contratación pública, deben cumplir con este compromiso, salvo las excepciones específicas estipuladas por las normas, a saber: a) que sea una empresa del Estado; b) que el monto total de la oferta presentada incluidos los tributos sea igual o menor a dos mil quinientas Unidades para el Cálculo Aritmético

---

Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley (2014) o en los procedimientos excluidos de modalidad. *Vid.* Numeral 6 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014).

<sup>29</sup> Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014), solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social. *Vid.* Artículo 103 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014).

<sup>30</sup> *Vid.* Numeral 5 del artículo 47 de las Normas Sobre el Buen Gobierno Corporativo para Empresas de Seguros, Reaseguros Nacionales, Administradoras de Riesgos, Medicina Prepagada y Financiadoras de Primas contenidas en la Providencia Administrativa N° SAA-01-0530-2024, de fecha veintinueve (29) de agosto de 2024 publicadas en la Gaceta Oficial N° 6.835 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 3 de septiembre de 2024.

del Umbral Máximo y Mínimo (2.500 UCAU); y c) que sea una empresa extranjera que no tenga filiales ni esté domiciliada en Venezuela, contratada para la prestación de servicios fuera del país, en los cuales la oferta nacional no cubra la demanda del órgano o ente contratante.

La implementación de estas prácticas responsables contribuye al cumplimiento de la normativa, destaca la importancia del compromiso con la sociedad y promueve un entorno de buen gobierno corporativo, el cual se encuentra expresamente establecido en las nuevas Normas Sobre el Buen Gobierno Corporativo para Empresas de Seguros, Reaseguros Nacionales, Administradoras de Riesgos, Medicina Prepagada y Financiadoras de Primas (2024).

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Textos y páginas Web:**

Brewer-Carías, Allan. De la Ley de Licitaciones a la Ley de Contrataciones Públicas en Venezuela: una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa. Publicado en el libro: Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías, Universidad del Rosario, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Ibañez, Bogotá 2017, pp. 21-46. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/904.-Ley-licitac-ley-contratac.pdf>

Canónico Sarabia, Alejandro. Aproximación al estudio del control no jurisdiccional en la contratación pública venezolana. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No 7, 2016. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-533-566-CANONICO-SARABIA.pdf>

Cevallos Villacis, Andrea. Análisis de la Evolución del Mercado de Seguros de Guayaquil y su Incidencia en la Economía Periodo 2006-2012. Tesis de Grado previo a la obtención del título de Economista. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2014. Disponible en: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/1446/1/T-UCSG-PRE-ECO-CECO-5.pdf>

De La Cuesta González, Marta. El porqué de la responsabilidad social corporativa. Boletín Económico de ICE N° 2813 del 2 de agosto al 5 de septiembre de 2004, España. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=950560>

Landáez Otazo, Leoncio. Las partes en el contrato de seguro y el contenido de la póliza (estudio comparativo entre el Código de Comercio y el Decreto Ley del Contrato de Seguro). Capítulo 81 del Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Volumen IV, Caracas, 2012.

Morles Hernández, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Los Contratos Mercantiles. Derecho Concursal. Tomo IV. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

Peralta Fung, Khairy Josvett. Contratación pública y compromisos de responsabilidad social. Una nueva forma de tributación. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

Sulbarán, Juan Pedro. El concepto de responsabilidad social de la empresa. Revista Economía IIES, Universidad de los Andes, Venezuela, 1995. Disponible en: [http://iies.faces.ula.ve/Revista/Articulos/Revista\\_10/Pdf/Rev10Sulbaran.pdf](http://iies.faces.ula.ve/Revista/Articulos/Revista_10/Pdf/Rev10Sulbaran.pdf)

Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG). Empresas de Seguros. Personas Jurídicas. Disponible en: <https://www.sudeaseg.gob.ve/empresas-de-seguros/>

Villegas, Jesús. El Compromiso de Responsabilidad Social previsto en la Ley de Contrataciones Públicas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 27 (julio – diciembre 2023), segunda etapa, Caracas, 2024. Disponible en: [www.cidep.com.ve/redav](http://www.cidep.com.ve/redav)

### **Normativa:**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con la enmienda. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 15 de febrero de 2009. Disponible en: [asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/constitucion-20220316143116.pdf](http://asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/constitucion-20220316143116.pdf)

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 19 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.oncop.gob.ve/site/src/archivos/normativa-legal/LEYES/12-%20Ley%20de%20Contrataciones%20P%20B3blicas.pdf>

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 5.877 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, del 14 de marzo de 2008. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo20.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo20.pdf)

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, del 17 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.oncop.gob.ve/site/src/archivos/normativa-legal/LEYES/7-%20Ley%20Org%20B0nica%20de%20la%20Administraci%20B2n%20P%20B3blica.pdf>

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, del 7 de mayo de 2012. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/decreto-n0-8938-mediante-el-cual-se-dicta-el-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-la-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras-20211109135532.pdf>

Decreto N° 1.947, mediante el cual se crea el Fondo Negro Primero, como servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, administrado, supervisado e integrado al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. Gaceta Oficial N° 40.727 de la República Bolivariana de Venezuela del 19/08/2015. Disponible en: [http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be\\_alex.cgi?Documento=T028700005971/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=305&Sesion=978075735](http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700005971/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=305&Sesion=978075735)

Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas. Gaceta Oficial N° 41.318 de la República Bolivariana de Venezuela del 11 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-constitucional-contra-la-guerra-economica-para-la-racionalidad-y-uniformidad-en-la-adquisicion-de-bienes-servicios-y-obras-publicas-20211028145642.pdf>

Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial N° 6.770 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 29 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.sudeaseg.gob.ve/descargas/base-legal/GOE%206.770.pdf>

Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. Gaceta Oficial N° 39.578 de la República Bolivariana de Venezuela del 21 de diciembre de 2010. Disponible en: [https://www.bcv.org.ve/system/files/documentos\\_juridicos/1\\_ley\\_organica\\_del\\_sistema\\_financiero\\_nacional.pdf](https://www.bcv.org.ve/system/files/documentos_juridicos/1_ley_organica_del_sistema_financiero_nacional.pdf)

Providencia Administrativa N° SAA-01-0530-2024, de fecha veintinueve (29) de agosto de 2024 por medio de la cual se dictan las Normas Sobre el Buen Gobierno Corporativo para Empresas de Seguros, Reaseguros Nacionales, Administradoras de Riesgos, Medicina Prepagada y Financiadoras de Primas. Gaceta Oficial N° 6.835 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 3 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://finanzasdigital.com/gaceta-oficial-extraordinaria-no-6-835-normas-prudenciales-de-la-superintendencia-de-la-actividad-aseguradora/>

Reglamento de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 39.181 de la República Bolivariana de Venezuela del 19 de mayo de 2009. Disponible en: <http://www.onapre.gob.ve/index.php/publicaciones/descargas/finish/67-normas-juridicas/1150-27-reglamento-de-la-ley-de-contrataciones-publicas>

Resolución Conjunta N° 014-2023 y N° 009-2023, del Ministerio del Poder Popular de Planificación y del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior, mediante la cual se fija el Valor de la Unidad Para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU). Gaceta Oficial N° 42.703 de la República Bolivariana de Venezuela del 30 de agosto de 2023. Disponible en: [http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be\\_alex.cgi?Documento=T028700043563/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=3395&Sesion=393045929](http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700043563/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=3395&Sesion=393045929)

# *Efectos patrimoniales de la sentencia de quiebra*

**Luis Ernesto Fidhel Gonzales\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 191-231

**Resumen:** La quiebra es un hecho contable y posteriormente jurídico que origina la extinción de la sociedad mercantil por medio de su liquidación. En consecuencia, el patrimonio se encuentra en una condición particular y distinta cuando la empresa desarrolla su objeto social. Se origina por la insolvencia que le impide cancelar sus deudas cuando estas vencen que obliga a someterse al procedimiento de quiebra para solventar ésta. La finalidad es garantizar la cancelación de la totalidad de las deudas de los acreedores que previamente hayan corroborado esta condición a través del mantenimiento del activo patrimonial. La pérdida de la capacidad de la administración de la empresa y disposición de los bienes a favor del síndico de la quiebra como la determinación del periodo sospechoso resulta una particularidad esencial para el desarrollo de esta finalidad.

**Palabras claves:** Quiebra, estado patrimonial, fracaso empresarial.

## *Patrimonial Effects of the Bankruptcy Judgment*

**Abstract:** *Bankruptcy is an accounting and later legal event that causes the extinction of the commercial company through its liquidation. Consequently, the assets are in a particular and different condition than when the company develops its corporate purpose. The purpose is to guarantee the cancellation of all debts of creditors who have previously corroborated this condition through the maintenance of the assets. The loss of the capacity to manage the company and dispose of the assets in favor of the bankruptcy trustee, as well as the determination of the suspicious period, is an essential feature for the development of this purpose.*

**Keywords:** *Bankruptcy, financial status, business failure.*

**Recibido:** 18/11/2024

**Aprobado:** 29/11/2024

---

\* 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. E-mail: [lefg1968@gmail.com](mailto:lefg1968@gmail.com).

# *Efectos patrimoniales de la sentencia de quiebra*

Luis Ernesto Fidhel Gonzales\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 191-231

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCION. 1. Causal de disolución. 2. Declaración de disolución. 3. Liquidación. 4.- Quiebra contable. 5.- Quiebra judicial. 6.- Causal de disolución. 7. Teorías sobre la quiebra. 8.- Ejecución concursal. 9. Solicitud de quiebra. 10. Balance de situación. 11. Demanda de quiebra. 12. Declaración de quiebra. 13. Fecha inicial de la cesación de pagos. 14. Acumulación de procesos judiciales. 15. Periodo de sospecha. 16. Quiebra oculta. 17. Retroacción de la quiebra. 18. Nulidades. 19. Tipos de quiebra en la legislación venezolana. 20. Masa activa de la quiebra. 21. Masa pasiva de la quiebra. 22. Desapoderamiento. 23. Acción revocatoria concursal. 24. Ineficacia concursal. 25. Nombramiento del síndico.**

## **INTRODUCCION**

La sentencia de quiebra da comienzo a este proceso concursal. Es un estado jurídico que se llega por una decisión judicial. Procedimiento de ejecución forzosa, universal y atractiva que se somete al patrimonio del comerciante cuando no puede satisfacer sus deudas durante el cual se conjunta la masa activa del deudor común para liquidar la masa pasiva con base en la graduación y prelación legítima de los créditos reconocidos y aprobados judicialmente<sup>1</sup>. Sin embargo, conforme a la tesis que se expone, y específicamente en el caso de la sociedad anónima, su corroboración no solamente es una manifestación de carácter judicial; también la asamblea de accionistas pudiera establecerla y finalmente declararla pues resulta ser una causal de disolución. En este sentido, se origina una situación patrimonial distinta a la noción contable de “empresa en marcha” sujetándose a una serie de medidas judiciales que tienen por finalidad la satisfacción de las acreencias y obligaciones del deudor.

La legislación española a partir de la vigente Ley Concursal (Ley 22/2003, del 09 de julio) sustituye la palabra quiebra por concurso de acreedores. El termino en inglés corresponde a bankruptcy traducido por bancarrota. El termino insolvencia cuyo equivalente en inglés es insolvency refiere a la incapacidad de la sociedad mercantil de afrontar sus deudas en principio las vencidas.

---

\* 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. E-mail: [lefg1968@gmail.com](mailto:lefg1968@gmail.com).

<sup>1</sup> Elvia Arcelia Quintana Adriano. “Garantías en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”. Revista de Derecho Privado. Año 8 Número 22 enero. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Abril Año 1997.

## 1. Causal de disolución

En el caso, del derecho venezolano y particularmente en lo referente a la sociedad de capitales la quiebra resulta ser una causal de disolución de carácter anticipado de la sociedad mercantil – artículo 340, Código de Comercio, número 4 -. Es decir, corresponde a un hecho patrimonial acaecido antes de la terminación de la duración estatutaria de la misma. Este resulta de una exigencia de carácter legal que la duración de la misma sea determinada –artículo 213, número 11, Código de Comercio-. Según Manuel Acedo Mendoza y de Lepervanche contrario al criterio expresado por Goldschmidt, quien considera al respecto que se encuentra en juego intereses particulares; la determinación de la duración tiene un interés de orden público y por ello el legislador exige que se le determine y se le fije un término cierto al igual que el inicio del giro comercial y responde a la causal de disolución - artículo 340, Código de Comercio, número 1-. Cumplido el término de duración la sociedad mercantil se disuelve y debe entrar necesariamente en proceso de liquidación, que sacando a colación la opinión del insigne doctrinario Rene De Sola esta podría asimilarse a una “sociedad irregular”. En estado de liquidación la sociedad pudiera “reconstruirse” si se procediese a un nuevo registro y publicación de los documentos de constitución en los cuales deben cumplirse todos los requisitos legales exigidos para la constitución del ente jurídico<sup>2</sup>.

El término disolución es asumido por apertura o comienzo del proceso de extinción de la sociedad –Hung Vaillant- teniéndose en consideración que las causales de ésta significan el fundamento legal o contractual para declarar a una sociedad en el estado de liquidación sea por los interesados o por el juez- Garrigues-. La disolución no significaría la extinción inmediata de la sociedad. Confirma Morles – citando a Garrigues- la presencia de una de estas causales en la vida societaria da derecho a los socios para exigir a la liquidación de la sociedad.

La disolución significa el tránsito a su liquidación y no su extinción. Reitera particularmente en el caso de la sociedad anónima la quiebra otorga a los socios y acreedores el derecho a la liquidación, pero los interesados pueden revocarla y celebrar un convenio. Este autor lo califica como una causa independiente a la voluntad de los socios<sup>3</sup>. Goldschmidt señala que el artículo 340, enumera las causales a todas las sociedades, entre las que se señala la quiebra (pero no el atraso) (ordinal 4º)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche. “Capítulo IX. Denominación Social, Domicilio, Duración”. En *La Sociedad Anónima*. 175- 190. Vadell- hermanos Editores. Tercera Edición. Valencia- Caracas. Mayo 1996.

<sup>3</sup> Alfredo Morles Hernández. Capítulo XXXVI. La prórroga, la transformación y la extinción de la sociedad. En *Curso de Derecho Mercantil*. 1189- 1226. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Tercera Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho, Caracas 1989.

Luis Ernesto Fidhel Gonzales. La extinción de la sociedad mercantil. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. Nº 7 Homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello pp 119-152. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2021.

<sup>4</sup> Roberto Goldschmidt, Capítulo XVIII. Sociedades mercantiles. En *Curso de Derecho Mercantil*. 211-267. Ediar venezolana, Caracas. 1979.

## **2. Declaración de disolución**

Morles Hernández precisa que no existe en derecho positivo venezolano una norma que proclame la disolución de la sociedad mercantil *ipso iure, opes legis* o de pleno derecho por ministerio de la Ley o cualquier otra forma equivalente. Este sí existe en otros ordenamientos jurídicos (italiano 1882, 1942); en consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia de los países a los cuales se refiere esos ordenamientos jurídicos en materia de disolución, no son trasladables a Venezuela cuyo régimen legal tiene sentido opuesto. Cuando se afirma que la disolución por vencimiento del término de la sociedad opera de pleno derecho en Venezuela, se incurre en un falso supuesto de derecho o se constituye una petición de principios. De modo que la previsión estatutaria sobre disolución no puede operar *ipso iure*, al contrario, debe ser homologada por una asamblea de socios, registrada y publicada, para que pueda causar sus efectos<sup>5</sup>.

Francisco Hung Villant asevera que pareciese adecuado distinguir entre aquellas causales de disolución que requieran una declaración y a aquellas que tal declaración no se precisa. El punto tiene especial importancia en el derecho mercantil venezolano en virtud de las disposiciones expresas que limitan el campo de acción de las atribuciones de los administradores en caso de la sociedad en disolución<sup>6</sup>.

Brunetti precisa las causales de disolución podrían distinguirse entre la que exigen publicidad y las que no la necesiten; siendo las últimas reducidas a: las referidas al transcurso del término señalado para la duración de la sociedad en el acto constitutivo y las previstas en el mismo acto constitutivo, excepto si se refieren a circunstancias sobrevenidas que exijan una precisa determinación; estas habrán de ser constatadas y la disolución acordada en la debida forma por la asamblea. En todos los casos, en que la causal de la disolución no sea determinable con exactitud, por lo que se refiere a su existencia y al momento en que se produce, la asamblea debe declararlo y al mismo tiempo disponer del nombramiento de los liquidadores. Este acuerdo debe ser publicado. Señala que el nuevo código de comercio- se refiere al italiano de 1942- ha enumerado pura y simplemente las causales de disolución; disponiendo que cuando una de ellas se verifica, los administradores han de convocar una asamblea para los acuerdos relativos a la liquidación<sup>7</sup>.

## **3. Liquidación**

Morles asevera que el proceso de liquidación se resume en hacer efectivos los créditos de la compañía (liquidación del activo) y en extinguir las obligaciones contraídas (liquidación del pasivo) con la finalidad de llegar a establecer un saldo que permita efectuar la división de los haberes sociales. Como la sociedad debe actuar como acreedor y como deudor, exigiendo el pago de los créditos y cancelando obligaciones a su cargo procediendo como sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones; la ley acuerda preservar la personalidad jurídica para las necesidades de

---

<sup>5</sup> Alfredo Morles Hernández. "Disolución de las sociedades mercantiles". En *Cuestiones de derecho societario*. 55-124. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 63. Caracas. 2006.

<sup>6</sup> Francisco Hung Villant. "VI. Transformación, fusión y extinción de las sociedades". En *Sociedades* pp. 161-196. Vadell hermanos Editores- 6º Edición, revisada, corregida y puesta al día- Valencia-Caracas- Venezuela.2005.

<sup>7</sup> Antonio Brunetti. "2.10. Disolución y liquidación". En *Sociedades anónimas*. Título 2. 471-498. Editorial Jurídica Universitaria. México. Agosto 2001.

la liquidación y hasta el fin de ésta. La sociedad sigue siendo la misma, pero su objeto se modifica: su actividad está dirigida a extinguir todas las relaciones pendientes, para poder llegar a la fase de división social<sup>8</sup>. Goldschmidt señala en lo relativo a los socios, se ha sostenido que tienen una vez disuelta la sociedad, un derecho a la ejecución de la liquidación, o sea, al reparto del activo social, por lo cual la continuación de la sociedad como activa presupondría una decisión unánime. Los acreedores sociales pueden exigir el pago de sus créditos vencidos, pero no tienen el derecho que la sociedad disuelta se liquide. La liquidación de la sociedad se hace por intermedio de los liquidadores que representan incluso, la sociedad disuelta en juicio. En las sociedades por acciones, el nombramiento de los liquidadores se hará por la asamblea que resuelva la liquidación. El nombramiento y los poderes de los liquidadores se registrarán en el Registro Mercantil o en el Tribunal de Comercio respectivamente<sup>9</sup>.

Carta Rivero señala se trata de un cúmulo de actos posteriores a su disolución realizado por los liquidadores dentro de los límites de sus facultades o poderes, destinados a verificar los presupuestos necesarios para proceder a repartir los resultados entre los socios de una compañía anónima en estado de liquidación. La naturaleza jurídica es la de un procedimiento para la determinación de las obligaciones de la sociedad, y de la solvencia y liquidez como elementos previos a la extinción de la compañía anónima. En relación a los efectos jurídicos, es la extinción de las relaciones jurídicas internas y externas que se irán produciendo en la medida en que se vayan cumpliendo los actos correspondientes, bien sea, pagos o cancelaciones de deudas y créditos, mientras en relación a la extinción de la personalidad jurídica de las compañías anónimas se producirán con el registro o protocolización de la respectiva acta de asamblea contentiva de la liquidación en cuestión<sup>10</sup>.

En resumen, la liquidación siguiendo a María Fernanda Juppet Ewing, es un proceso que tiene por finalidad poner término a las relaciones jurídicas en ejecución, pagar a los acreedores de la sociedad, cobrar saldos insolutos a los deudores, y, finalmente, en caso de que quede un remanente de capital, repartir dichos dineros, denominados “cuota de liquidación”, entre los socios. Es una operación comercial, dado que consiste en una serie de actos jurídicos mercantiles, tendientes a un objetivo común, cual es poner fin a las actividades comerciales de la sociedad en este proceso<sup>11</sup>. Es una de las fases de la disolución. Supone el reparto del patrimonio de la sociedad entre los socios, una vez cobrados los créditos y pagadas las deudas.

#### ***4. Quiebra contable***

La quiebra es una situación patrimonial del comerciante –sea persona natural o jurídica– técnicamente está referida cuando se encuentra en una situación en la que no puede cumplir con

---

<sup>8</sup> Morles. “Capítulo XXXVI. La prórroga, la transformación y la extinción de la sociedad”. 1189- 1226.

<sup>9</sup> Goldschmidt. “Capítulo XVIII. Sociedades mercantiles”. 211-267.

<sup>10</sup> Julio Alexander Carta Rivero. “Disolución y liquidación para la extinción de las compañías anónimas ¿figuras jurídicas de imposible o difícil cumplimiento en el ordenamiento jurídico venezolano actual? Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 8. Homenaje al Prof. Pedro Pineda León. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2021- pp 277-319.

<sup>11</sup> María Fernanda Juppet Ewing. Liquidación de una sociedad mercantil. Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N° 30 - Julio 2014 Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile.

sus obligaciones financieras. Se trata de un concepto contable, que define como patrimonio neto negativo, el punto que el valor del pasivo de la empresa supera el valor de los activos. Se asume inicialmente como sinónimo de estar en situación de insolvencia; no pudiendo hacer frente a sus deudas o prevé que no va a poder hacerlo próximamente de manera regular, utilizando todo su activo. Contablemente se suscita cuando su patrimonio neto es negativo. Significa que el importe total del pasivo de la empresa es superior al importe de su activo. La sociedad aun contando con todo su activo no va a poder cumplir con sus obligaciones de pago de deudas. La visión contable o financiera de la quiebra la delimita de forma técnica, supone que la empresa presenta un balance en el que pasivo exigible es superior al valor de sus activos en libros. Las deudas con terceros superan el valor contable de los activos de forma que los fondos propios son negativos al tener pérdidas.

El pasivo exigible es un término contable se refiere a la cantidad total de deuda de un comerciante debe cancelar en un periodo de tiempo determinado como a la cantidad de dinero que los acreedores pueden exigir a una empresa para saldar sus deudas. Es cualquier dinero o recurso financiero que un comerciante adeuda o está comprometida a terceros; siendo exigible que deben ser pagadas en el momento convenido. La solvencia es un término define como la capacidad de un agente económico para responder ante sus obligaciones o su capacidad para devolver las deudas que ha contraído o planea contraer.

La consecuencia legal de la quiebra técnica consiste en la eventual disolución de la sociedad y contablemente se genera un estado de liquidación producto de la situación financiera de la empresa. Se refiere a la pérdida de patrimonio que incide financieramente sobre los índices de estabilidad, pero no afecta la proyección de los flujos de caja para examinar en mediano y largo plazo la viabilidad financiera del proyecto. Estos índices miden elementos que afectan la estabilidad de la empresa en la actualidad y hacia el futuro, tales como el nivel de endeudamiento, la cobertura y respaldo de las deudas de corto plazo con los activos circulantes, el nivel de pasivo en moneda extranjera e impacto de la carta de gastos financieros<sup>12</sup>.

### ***Equilibrio y desequilibrio patrimonial***

Es una situación de desequilibrio de la sociedad. Lo contrario, el equilibrio patrimonial se logra cuando existe una correlación entre la estructura económica de la empresa (activo) y su estructura financiera (patrimonio neto y pasivo). La quiebra técnica es una situación contable y, por tanto, objetiva. Se produce cuando el activo de la compañía es inferior al pasivo exigible. A la práctica, supone que la organización no puede hacer frente a sus obligaciones de pago y, por tanto, incurre en quiebra técnica. Aún sin tener acceso a la contabilidad de una compañía, puedes empezar a intuir la quiebra técnica cuando se producen retrasos continuados en sus obligaciones de pago a proveedores, empleados y de tributos y cotizaciones sociales. Es la situación económica en la que dicha persona no puede hacer frente a sus deudas con los recursos de los que dispone y por tanto tiene que cesar su actividad de forma permanente.

---

<sup>12</sup> Mariano Jiménez Zeledón. “La quiebra técnica en el Código de Comercio”. Revista Judicial, Costa Rica, N° 101, Setiembre 2011. Pp. 91-98.

La quiebra técnica va más allá que la suspensión de pagos, pues es la situación en la que el patrimonio neto de la empresa es negativo o, desde un punto de vista contable, el pasivo exigible es superior al valor en libros de los activos de la empresa. Esta situación surge como consecuencia de pérdidas reiteradas a lo largo de varios ejercicios. Las causas de la quiebra técnica podemos advertir: 1) Altos Niveles de Deuda. 2) Ingresos Insuficientes 3) Mala Gestión Financiera. 4) Cambios en las Condiciones Económicas 5) Pérdida de Clientes Clave. 6) Problemas Legales.

Conviene acotar que una empresa puede estar en situación de suspensión de pagos y no estar en quiebra técnica. La primera puede producirse por falta de liquidez o numerario suficiente; considerándose una situación temporal y reversible, pues si consigue liquidez podría seguir haciendo frente a sus obligaciones de pago. La situación de quiebra se caracteriza porque no se pueden hacer frente a los pagos en el momento actual y tampoco a los pagos futuros siendo una situación de cese de actividad permanente.

Se han manejado varias perspectivas conceptuales sobre la quiebra: 1) Se da cuando un comerciante deja pagar un porcentaje significativo de sus deudas vencidas. 2) Desde el punto de vista institucional: Cuando se cumplen una serie de condiciones preestablecidas en la Ley que activan la intervención estatal por medio de un proceso de insolvencia. 3) Situación patrimonial anterior del “fracaso empresarial” caracterizada por la falta de liquidez o un estado continuo de pérdidas.

### ***Principio de empresa en marcha***

Consiste que una empresa continúa en el negocio en el futuro previsible sin interrumpir sus actividades. Para la administración de la organización y sus auditores, es de vital importancia identificar y revelar situaciones en los estados financieros que amenacen la continuidad del negocio. Es una norma de información presente en el marco conceptual para la preparación y presentación de los estados financieros como un postulado básico de contabilidad. Si una empresa no está en marcha, significa la compañía se ha declarado en quiebra y sus activos han sido o serán liquidados.

Es una hipótesis que debe ser evaluada a la hora de presentar información financiera. Por medio de sus estados financieros en principio, se debe dar a entender que la empresa continuará realizando sus actividades por largo tiempo. Lo contrario, se presume que administración ha determinado que se estará entrando en un proceso de liquidación, es decir, se hará un cese de actividades o las circunstancias indiquen la no factibilidad continuar con sus actividades en el largo plazo.

### ***Elaboración de estados financieros***

Al elaborar los estados financieros la administración evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Una entidad elaborará los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que la gerencia pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas.

Cuando la gerencia, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando adecuadamente, procederá a revelarlas en los estados financieros. Cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, revelará ese hecho junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados y las razones por las que la entidad no se considera como un negocio en marcha<sup>13</sup>.

### ***Auditoría contable***

La auditoría financiera, normalmente a cargo de un auditor externo, tiene por finalidad examinar las cuentas anuales de una empresa para comprobar que se está cumpliendo con la normativa contable. Consiste en la evaluación de la documentación económica y contable de una empresa por una sociedad de auditoría o un auditor de cuentas, interno o externo, que luego presentará un informe en el que analizará el cumplimiento de las normas contables vigentes. La finalidad de la auditoría contable es corroborar la veracidad de la información aportada por la organización en sus cuentas anuales, que estas reflejan la imagen fiel de la compañía y opera de manera transparente y cumpliendo el marco legal. El informe de la auditoría financiera incluirá información sobre la empresa auditada, la descripción del alcance de la auditoría realizada y la opinión técnica del auditor, que podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

Los objetivos del auditor son:

- a) Obtener suficiente evidencia apropiada de auditoría respecto a lo adecuado del uso por la administración del supuesto de negocio en marcha en la elaboración de los estados financieros.
- b) Concluir, con base en la evidencia de auditoría obtenida, si existe una incertidumbre de importancia relativa relacionada con sucesos o condiciones que puedan proyectar una duda importante sobre la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha.
- c) Determinar las implicaciones para el dictamen del auditor.

El estado de quiebra de una empresa desde la perspectiva financiera-contable se determina a través de información interna que posee; en muchas ocasiones las conoce únicamente la administración y pocas veces se filtra incluso a los propios empleados; y menos aún, a terceros involucrados en el negocio. La importancia y obligación que imponen las normas contables que en aquellos casos en donde existan supuestos de incertidumbres de importancia relativa, vinculadas con un eventual caso de quiebra, se deba reflejar esta información en los estados financieros para que los terceros involucrados en el negocio y que no conocen estos datos -por ser información interna y muchas veces confidencial de la empresa- puedan tomar decisiones de manera acertada y sin que se les induzca a error por información omiso o confusa<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón. “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”. Derecho en Sociedad N° 6. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT. Costa Rica. (enero 2014). Acceso:31.08.2024.[https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis\\_de\\_la\\_quiebra\\_a\\_perspetiva\\_jur%C3%ADdica\\_y\\_financiera\\_contable.pdf](https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis_de_la_quiebra_a_perspetiva_jur%C3%ADdica_y_financiera_contable.pdf)

<sup>14</sup> M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón. “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”.

### ***Incertidumbre de importancia relativa***

En este punto se debe aclarar que se entiende por “incertidumbre de importancia relativa”, como todos aquellos riesgos que posee la empresa y que en caso de llegar a materializarse podrían traer como consecuencia el cierre del negocio. Son sucesos o condiciones que puedan proyectar una duda importante sobre la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha, que deben ser reveladas en los estados financieros. Se refiere a cualquier situación de riesgo que puede afectar la continuidad del negocio y la empresa debe revisar periódicamente con la finalidad de tomar las medidas necesarias para minimizar dichos riesgos. La infinidad de supuestos que podrían considerarse como incertidumbres de importancia relativa podrían considerarse aquellas situaciones de riesgo que podrían conllevar al estado de quiebra de la empresa: problemas en la economía del país, periodos de crisis o recesión económica, problemas en el mercado en el cual se desarrolla la actividad lucrativa, mala gestión administrativa, estafas. El auditor se encuentra obligado a verificar estos riesgos y en caso de que determine que la empresa se encuentra en condiciones que podrían conducir a un estado de quiebra, debe informarlo dentro de su dictamen.

### ***Riesgo de quiebra***

Menciona la dificultad financiera de una empresa cuando su flujo de efectivo es incapaz de cumplir con sus obligaciones a corto plazo. La dificultad financiera puede ser el comienzo para una empresa de estar en peligro de quiebra en un futuro cercano, puesto se asocia fuertemente con el nivel de insolvencia que pudiera manifestarse en una compañía.

La predicción de la quiebra empresarial permite tomar medidas preventivas para evitar la insolvencia financiera y consecuencias negativas. Para determinar la posibilidad de quiebra se pueden utilizar diferentes modelos financieros que analizan las variables clave que influyen en el rendimiento de la empresa. A través de un estudio estadístico y sobre la base de los análisis de las razones financieras de las empresas, se puede decidir si se encuentran financieramente sanas o se encauzan al fracaso, con la finalidad de que la gerencia realice actividades correctivas o preventivas.

### ***Fracaso empresarial***

Es la última fase del proceso de agravación de la insolvencia, que culmina en la crisis empresarial, excluyendo la venta o absorción, para entrar en procesos judiciales de quiebra, suspensión de pagos o en cierre empresarial. La predicción de la quiebra empresarial permitiría tomar medidas preventivas para evitar insolvencia financiera y sus consecuencias negativas. En este caso, se pueden utilizar diferentes modelos financieros que analizan las variables clave que influyen en el rendimiento de la empresa<sup>15</sup>.

Resulta importante interpretar que el fracaso empresarial no necesariamente da como resultado el colapso y la disolución de una empresa. En un sentido económico, el fracaso

---

<sup>15</sup> Ronald Enrique Urizar Monzón. “La predicción de la quiebra empresarial. Una revisión del modelo de Edward Altman”. Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI (Centro Universitario de Oriente de la Universidad San Carlos de Guatemala. USAC, , Vol. 7, N°. 1, 2023. Pp. 87-99

empresarial puede significar que está perdiendo dinero, es decir, que el valor presente de los flujos proyectados de efectivo de la empresa es inferior al valor total de su pasivo y patrimonio; o cuando sus proyecciones de rentabilidad no han quedado satisfechas.

Aunque, el fracaso empresarial puede además referirse más propiamente a una insolvencia que puede asumir dos formas: 1) Incumplimiento técnico donde una empresa deja de satisfacer una o más condiciones de sus convenios de deuda. 2.) Insolvencia técnica que ocurre cuando los flujos de efectivo son insuficientes para satisfacer los pagos de intereses o el reembolso del principal en fechas especificadas. Es decir, no puede cancelar sus deudas al vencimiento<sup>16</sup>.

## ***5. Quiebra judicial***

### ***Noción***

Es una situación jurídica en la que un comerciante cesa su actividad económica por no poseer activos suficientes para satisfacer las deudas contraídas con los acreedores, durante la ejecución de su negocio. La quiebra es un procedimiento judicial que realiza la liquidación de una empresa considerada insolvente: es decir, cuando no es capaz de pagar las deudas contraídas. Declarada la quiebra se ponen en marcha una serie de mecanismos cuyo objetivo es salvaguardar el patrimonio existente y concretar cuál es la deuda total que habrá que pagar con el producto de la liquidación de ese patrimonio. La quiebra constituye una institución de derecho y de procedimiento; según el Código de Comercio venezolano es la situación patrimonial en que se encuentra un comerciante que no estando en atraso, cesa en el pago de las obligaciones mercantiles – art. 914- .

La falencia - insolvencia, quiebra, ruina - económicamente considerada consiste en la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Para que produzca efectos jurídicos y legales debe mediar una declaración judicial que transforma la quiebra económica en de derecho. Si bien esta resolución judicial no la crea; desde el punto de vista económico es anterior a la misma incluso su fundamento fáctico; siendo indispensable que se dicte para que exista desde el punto de vista jurídico y legal reconociendo y declarando su existencia previa.

La mayor parte de los autores rechaza la llamada quiebra virtual: sostienen la posibilidad que no se necesita de declaración judicial del juez civil o mercantil competente- y los pocos que la admiten lo suelen hacer para referirse a las consecuencias penales de la quiebra económica-. Cuando la impotencia patrimonial del deudor se revela con carácter permanente o estable y general, denotando la imposibilidad en que se encuentra el cumplir sus obligaciones, los acreedores pueden limitarse a las acciones individuales o pueden provocar –lo mismo que el deudor- el procedimiento colectivo de quiebra.

Este procedimiento que, aun cuando se inicie a instancia de un acreedor concierne a una acción colectiva, teniendo como presupuesto no el incumplimiento de una obligación sino el estado

---

<sup>16</sup> Fernando Bravo Herrera. “Modelos predictivos de la probabilidad de insolvencia en microempresas chilenas”. Contaduría Universidad de Antioquia. N° 53. Medellín (2008), pp. 13-52.

de cesación de pagos o estado de insolvencia del deudor<sup>17</sup>. Se entiende como un procedimiento universal por cuanto es general y colectivo al mismo tiempo. Es general, pues afecta todos los bienes del fallido y colectivo, porque comprende a todos los acreedores del mismo y que en conjunto quedan subordinados a las resultas del proceso.

### ***Acto declarativo-constitutivo***

La declaración judicial de la quiebra es uno de los presupuestos exigido para que se constituya. Resulta —en puridad— de una sentencia judicial que la declara y transforma una situación de quiebra de facto en una situación jurídica. Es una sentencia meramente declarativa, pues únicamente reconoce la preexistencia de una situación de hecho y su pronunciamiento da lugar a la producción de los efectos legales asociados a la quiebra. La declaración es constitutiva pues, además de declarar un derecho, da lugar a una nueva situación jurídica en el deudor que de insolvente pasa a ser quebrado, quedando sujeto a los efectos previstos en la ley para tal situación<sup>18</sup>.

El carácter declarativo y constitutivo de la sentencia de quiebra produce sus efectos en el pasado, presente y futuro. La denominación arraigada tradicionalmente de sentencia declarativa de quiebra, sostiene que la decisión del juez no constituía al deudor en quiebra, sino sólo comprueba y recoge la quiebra de hecho; a la sentencia respectiva se le denomina declarativa: indica que el deudor había quebrado, es decir, reconocía algo existente con anterioridad al fallo. Por gravitación del uso secular, se sigue diciendo sentencia declarativa de quiebra, aunque no hay quiebra sin sentencia que la constituya. – (Conf. MAFFIA, Osvaldo J. “Metamorfosis de un concepto: De la cesación de pagos a la crisis empresarial”, LL, 1984-C, p. 776)<sup>19</sup>.

Presenta una peculiaridad que la distingue del proceso común, pues al reconocer una situación hasta entonces de hecho, declara la quiebra y da inicio a una ejecución colectiva. Mientras que, en el proceso común, la sentencia dictada se constituye como último acto y finaliza la demanda, es a partir de esta sentencia de quiebra que se inició el llamado “juicio universal” en el cual serán llamados todos los acreedores. Solo después de la sentencia es que se iniciará efectivamente el proceso de quiebra. En el derecho brasileño sustenta la tesis que la sentencia de quiebra es de tipo declaratorio. Niega el carácter constitutivo de sentencia declaratoria de quiebra, descansando en la idea de un acto anterior ya preexistente, meramente reconocido en la sentencia. La corriente dominante reconoce la naturaleza constitutiva de los derechos, en la medida en que, a pesar de reconocer un estado de quiebra anterior, instaura un nuevo estado jurídico de quiebra, trayendo en su interior una creación, modificación o extinción de la relación jurídica.

La sentencia de quiebra es más que una simple declaración de un estado de derecho: ella, como mínimo, crea una masa concursal, identifica los acreedores y define el patrimonio alcanzado.

---

<sup>17</sup> Héctor José Miguens. El concepto de “estado de cesación de pagos” en el derecho concursal argentino. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. , N° 16, (2012), pp. 499-534

<sup>18</sup> Pedro Alberto Costa Braga de Oliveira. “Apuntes sobre el régimen concursal brasileño”. Revista Practica Latinoamericana. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. N° 6/2003. Pp. 95-108.

<sup>19</sup> Salvatierra, Juan Cruz. “Los delitos de quiebra”. Trabajo Final Integrador. Especialización en Derecho Empresario. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. s/f. <https://core.ac.uk/download/pdf/328877477.pdf>.

Pontes Miranda – citado por Rinaldi Manzano- distingue los siguientes aspectos: La constitución de la sentencia de declaración de apertura de quiebra es preponderante. Después de ella, se crea un estado jurídico que no existía. Teniendo una fuerte carga declarativa abre las puertas para la ejecución forzada colectiva. La fuerza de la decisión es constitutiva. Se comprende fácilmente que así sea, porque entre otros efectos, la decisión de admisión de concurso de acreedores tiene el efecto de suspender las acciones ejecutivas singulares.

Las mismas quedan absorbidas por la ejecución colectiva y abarcando la misma su efecto sobre todo el patrimonio del quebrado, cayendo en el vacío la ejecución singular, ya que sino los dos procedimientos chocarían. Concluye Rinaldi, en la medida en que se produce una nueva situación jurídica, consustanciada en el concurso de acreedores y en la ejecución colectiva incidente sobre el patrimonio del deudor, la sentencia que decreta la quiebra del deudor es una prestación jurisdiccional de conocimiento, en su modalidad constitutiva, responsable por el estado jurídico de la quiebra<sup>20</sup>.

### ***Juicio universal de quiebra***

El proceso de quiebra persigue por propósito, satisfacer a todos los acreedores que concurren al mismo, debiendo entenderse en principio que el termino universalidad deviene del patrimonio del quebrado o masa concursal. El origen del derecho concursal y en particularmente el proceso de quiebra es garantizar a los acreedores del comerciante llegado a ésta situación, se le liquiden o cancelen las deudas según el orden o privilegio que pudieran gozar; reuniendo en un solo juicio los múltiples reclamos vía judicial – deviniendo el termino juicio-. En tal sentido, encuentra fundamento en abarcar la totalidad del patrimonio insolvente evitando incoherencias que daría lugar a la multiplicidad de procesos contra partes del mismo.

La esencia es la ejecución concursal que tiene por finalidad proteger los intereses de los acreedores dando satisfacción a sus créditos de forma proporcional y equitativa bajo el principio de igualdad de todos los acreedores ante la Ley (pars conditio creditorum), sometándose a la Ley del dividendo. Para esta finalidad se caracteriza por su fuerza atractiva, vis atractiva de la quiebra, de tal manera que todas las reclamaciones se solventan en este único procedimiento, sujetando, en definitiva, todo el patrimonio del quebrado, a las operaciones de liquidación.

## ***6. Causal de disolución***

Según Brunetti, las sociedades se disuelven por la quiebra, aunque vaya seguida de convenio. Cuando la actividad es comercial, la declaración de quiebra operara de derecho la disolución; porque resulta evidente la inutilidad de una deliberación de la asamblea que la registre, tanto si la quiebra es solicitada por los acreedores como si la misma sociedad ha acordado previamente pedirla. Con la quiebra de hecho, la actividad o giro comercial se detiene de forma automática,

---

<sup>20</sup> Manzano, Fabio Rinaldi. “Eficacia de la Sentencia de Quiebra Extranjera. La Desarmonía de Brasil Frente a Mayoría de los Países del MERCOSUR (Argentina, Uruguay y Paraguay). [en línea]. Maestría en Derecho Empresario Económico. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Disponible:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/eficacia-sentencia-quiebra-extranjera.pdf>. Fecha de consulta: 25-10-2025.

impidiendo la realización del objeto comercial y destinados los bienes a la liquidación por los órganos de la quiebra. Precisamente por esto, la disolución actúa sin acuerdo de disolución y la sentencia declarativa es comunicada también al registro de empresas. Durante la quiebra no se extingue el vínculo social y con éste tampoco la personalidad jurídica. Ha cambiado el destino del patrimonio que, en lugar de serlo a los accionistas, deberá ser entregado a los acreedores, considerando que solo en teoría, en este caso, se podría pensar en un eventual residuo capaz de ser distribuido por los accionistas. La extinción por consiguiente se producirá con el cierre de la quiebra. Ni la conclusión de un acuerdo deliberado por la asamblea de accionistas podrá tener el efecto de anular la disolución producida<sup>21</sup>.

Ascarelli, precisa el titular jurídico de una empresa mercantil que advierte que su empresa se halla en cesación de pagos tiene la obligación de pedir que se declare la quiebra. Configuran claramente esta obligación de solicitar la declaración de quiebra. Se trata de una declaración especial contenida en una demanda judicial típica. El deudor no tiene derecho en sentido absoluto a obtener su declaración de quiebra, aunque si tiene derecho a pedirla, puesto que la acción que se ejercita puede ser impugnada por los acreedores<sup>22</sup>.

### ***Convenio en la quiebra***

Acedo de Lepervanche asevera una vez producida la declaratoria de quiebra la sociedad se disuelve, por mandato del ordinal 4° del artículo 340, pero no se extingue. En efecto, la quiebra es una institución muy severa destinada a la liquidación del patrimonio social, por ello el legislador ha sido categórico: la quiebra, pronunciada judicialmente debe producir la disolución de la sociedad aun en el caso más favorable de que hubiese convenio. La declarativa de quiebra es una sentencia judicial, asimilable a la declaratoria judicial de la parte final del artículo 342 del Código Comercio.

La quiebra produce la disolución de la sociedad anónima, de derecho, “ope-lege” por el solo efecto de la sentencia judicial que la decreta; pero puede suspenderse por medio de convenio con los acreedores cuando no se haya iniciado el proceso de liquidación por ministerio del artículo 1027 del Código de Comercio<sup>23</sup>; resultando necesario acotar para mejor comprensión, se podrá realizar un convenio que tenga por objeto la continuación o cesación de la empresa y en este caso las condiciones del ejercicio ulterior.

María Auxiliadora Pisani Ricci señala el acuerdo celebrado entre el fallido y la masa de acreedores (acreedores en la masa) encaminado a lograr la satisfacción de éstos mediante una más cuidadosa o más fácil y segura liquidación de sus derechos sobre el patrimonio de aquél. No obstante regirse dicho acuerdo por el derecho común, precisa para su validez, en todo caso, de la

---

<sup>21</sup> Brunetti. “2.10. Disolución y liquidación”. 471-498.

<sup>22</sup> Tulio Ascarelli. “capítulo V. De las sociedades anónimas”. En *Derecho Mercantil*. 159-208. Biblioteca Jurídica. Porrúa Hnos. y Cia. México Distrito Federal. 1940.

<sup>23</sup> Luisa T. Acedo de Lepervanche. “La disolución de la sociedad anónima en el código de comercio de 1904 y su relación con el código de comercio vigente”. En Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904. 477- 522. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas- 2004.

homologación del Tribunal. El convenio por unanimidad puede celebrarse en cualquier estado del procedimiento de quiebra<sup>24</sup>.

Baumeister Toledo expresa, conforme a los autores nacionales, cuando los acuerdos entre deudor y sus acreedores se realizan en el proceso judicial de quiebra, con la voluntad unánime de éstos o con la mayoría calificada y tengan por objeto hacer cesar los efectos de la quiebra, para provocar la satisfacción de los acreedores mediante un procedimiento de liquidación diferente a esta y al cual el órgano judicial que conoce de la quiebra, le imparta su homologación, estaremos entonces en presencia de un convenio concursal con efectos y características muy especiales<sup>25</sup>.

Brunetti señala el convenio de la sociedad anónima que no estuviese en liquidación no tiene por sí mismo el efecto resolutorio de la disolución producida por la declaración de quiebra, causara sólo la sustitución por la liquidación voluntaria de la anterior forzosa. La reintegración de la vida activa por la sociedad solo se producirá con acuerdo de los socios por unanimidad, o en otras palabras, mediante un nuevo acto constitutivo<sup>26</sup>.

### ***Caso de la sociedad anónima***

En el caso de la sociedad anónima cuando se encuentre en situación de quiebra, podrá ser objeto de una asamblea de socios para discutir la disolución anticipada por este motivo y la consecuente liquidación si esta fuere aprobada. En este caso la asamblea que tenga por objeto esta discusión, así como los temas que se establecen, requiere de la presencia de un número de socios que represente por lo menos las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad del capital presente, es decir el número de acciones de los accionistas que atendieron a la convocatoria de la asamblea; es decir asistieron a ésta. También, se prevé la convocatoria a una segunda asamblea convocada con ocho días de anticipación, cuando no concurriere el quorum necesario, no siendo definitivas hasta que una tercera asamblea, las ratifique sin importar el número de accionistas que a ellas concurren<sup>27</sup>.

Morles señala que las deliberaciones de marcado carácter extraordinario como la disolución anticipada entre otros, si bien establece la presencia de un quorum y mayoría especiales, no califica a la asamblea de carácter extraordinario, sino se limita a utilizar el genérico “la asamblea”<sup>28</sup>. Por el contrario, Hung Villant establece que las asambleas convocadas sobre las materias contempladas en el artículo 280, del Código de Comercio, deben ser consideradas también como asambleas extraordinarias<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> María Auxiliadora Pisani Ricci. *La Quiebra Derecho Venezolano* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, Caracas- 2009) 193-195.

<sup>25</sup> Alberto Baumeister Toledo. “Análisis y consideraciones sobre los convenios con deudores y en especial con los fallidos en el derecho concursal venezolano”. Ponencia presentada por el autor al II Congreso del Instituto Ibero-Americano de Derecho Concursal, Mérida, México, noviembre. 2006

<sup>26</sup> Antonio Brunetti. “2.10. Disolución y liquidación”. En *Sociedades anónimas*. 471-498.

<sup>27</sup> Acedo y Acedo de Lepervanche. “Capítulo IX. Denominación Social, Domicilio, Duración”. 175- 190.

<sup>28</sup> Alfredo Morles Hernández. Capítulo XXX. La asamblea. En *Curso de Derecho Mercantil*. 939- 996. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Tercera Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho, Caracas 1989.

<sup>29</sup> Francisco Hung Villant. “VII. Formación de la voluntad social”. En *Sociedades* pp. 197-236. Vadell hermanos Editores- 6º Edición, revisada, corregida y puesta al día- Valencia-Caracas- Venezuela.2005.

Goldschmidt señala en relación a algunas decisiones particularmente importantes, el Código de Comercio en el artículo 280, ha establecido un quorum y una mayoría elevados; sin embargo, este artículo podría ser derogado por los estatutos. La primera asamblea exige la presencia de un número de socios que represente las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad, por lo menos de ese capital. Por otra parte, si en la primera asamblea no concurre el número de accionistas necesarios, se convocaría, con ocho días de anticipación por lo menos, para otra asamblea, la cual se constituirá cualquiera que sea el número de concurrentes, a ella, lo que debe expresarse en la convocatoria. Las decisiones de la segunda asamblea, no serán definitivas sino después de publicadas, y de una tercera asamblea, convocada legalmente, las ratifique cualquiera que sea el número de los que concurren<sup>30</sup>.

Ascarelli señala que la asamblea debidamente convocada y reunida, con los votos favorables de los socios, en las proporciones que la Ley establece tiene capacidad decisoria sobre todos los asuntos de su competencia. Los límites de ésta, no desde el punto de vista formal (requisitos) sino sustancial nos llevaría al estudio de los derechos de los socios que no dependan de la decisión mayoritaria. Debiendo advertir que la capacidad decisoria de la asamblea no se encuentra sometida al número de asistentes, votantes y mayoría del capital, cuando no se puede celebrar la asamblea en primera reunión, pues entonces convocada por segunda vez la asamblea, estas pueden decidir sobre los puntos que están en el orden del día cualquiera que sea el número de acciones representadas. – caso mexicano similar al venezolano-<sup>31</sup>.

## ***7. Teorías sobre la quiebra***

Teoría materialista en lo que respecta a cesación de pagos, se considera que esta existe con solo que el deudor incumpla una obligación y ante esta circunstancia, se presume que el deudor está en cesación de pagos, independientemente de que en su patrimonio tenga más activos que pasivos. La cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento y la quiebra es un arma de los acreedores del comerciante para que se les pague, sin importar la situación patrimonial del deudor.

Teoría intermedia, explica la cesación de pagos como un estado patrimonial de imposibilidad de pagar que se revela a través de incumplimientos efectivos. Entonces no todo incumplimiento provoca la declaratoria de quiebra del deudor, es necesario que además este se acompañe de una impotencia patrimonial, la cual debe valorar el juez. La teoría amplia, indica que la causa de la quiebra es un estado económico o patrimonial del deudor caracterizado por la impotencia del patrimonio para afrontar las obligaciones que lo gravan. Esta situación debe ser permanente y no pasajera.

## ***8. Ejecución concursal***

El Derecho Concursal, es aquella rama del derecho que regula las relaciones entre el deudor y sus acreedores ante un evento de insolvencia actual o potencial. Citando a Flores Polo, se trata

---

<sup>30</sup> Roberto Goldschmidt, “Capítulo XXI. Sociedad Anónima”. En *Curso de Derecho Mercantil*. 279-333. Ediar venezolana, Caracas. 1979.

<sup>31</sup> Ascarelli. “capítulo V. De las sociedades anónimas”. 159-208.

de que todos los acreedores participen en el proceso en igualdad de condiciones, para conseguir que todos los bienes del deudor se repartan entre todos los acreedores en la misma medida y sean estos compañeros en las pérdidas como lo fueron en la confianza que pusieron en su deudor común<sup>32</sup>. La insolvencia del deudor que posee una pluralidad de acreedores exige un procedimiento de ejecución concursal o colectiva en favor de todos ellos; con la finalidad de resolver adecuadamente los graves conflictos de intereses que surgen a consecuencia de aquella situación.

Cuando el deudor no puede cancelar a la generalidad de sus acreedores se sustituye el sistema individualista de las ejecuciones solutorias aisladas, por un sistema de ejecución colectiva en favor de todos ellos, sistema que se caracteriza por recaer sobre todo el patrimonio del deudor y someter a la generalidad de acreedores a la comunidad de pérdidas que puedan derivarse de la insolvencia del deudor<sup>33</sup>.

Los procedimientos concursales son mecanismos de naturaleza excepcional previstos en el ordenamiento jurídico, a efectos de hacer frente a aquellas situaciones en las que el patrimonio de un determinado sujeto de derecho resulta insuficiente para satisfacer a plenitud al íntegro de sus acreedores. Al configurarse el estado de crisis en el deudor como consecuencia de la referida incapacidad patrimonial, se da lugar a la apertura de los procedimientos concursales<sup>34</sup>.

## ***9. Solicitud de quiebra***

La quiebra como uno del mecanismo del derecho concursal jamás adopta el carácter de un juicio, entendido como controversia entre partes que ha de ser resuelta por la autoridad judicial, aun cuando puede dar ocasión a que surjan controversias que sí revisten la naturaleza jurídica de un juicio. Particularmente en el caso de la quiebra lo que se busca es conformar un sistema de liquidación de los bienes del deudor<sup>35</sup>. Una demanda por quiebra se presenta cuando un comerciante, no puede hacer frente a sus deudas y obligaciones financieras.

Esta situación lleva al acreedor a iniciar un proceso legal para recuperar lo adeudado, lo que puede terminar en la declaración de quiebra del deudor. La doctrina y jurisprudencia particularmente extranjera ratifica que la solicitud de quiebra no es un medio de cobro individual, sino que constituye la afirmación de la existencia de la cesación de pagos en miras a la apertura de un juicio universal. La solicitud de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito, sino a la comprobación de la existencia del presupuesto objetivo de la quiebra –cesación

---

<sup>32</sup> Lisbeth Benavides Kolind-Hansen. “El Período de sospecha en la Ley General del Sistema Concursal”. Derecho Concursal. Revista de Derecho Administrativo. Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año 2011 Número 10, Fascículo: 2. Pp. 313-325.

<sup>33</sup> Manuel Broseta Pont. “35. Insolvencia Patrimonial e Instituciones Concurales”. En Manual de Derecho Mercantil. Tecnos. Séptima Edición. Madrid. Pp. 657-667.

<sup>34</sup> Daniel Schmerler Vainstein. “Ineficacia de actos en el “período de sospecha”: buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (indecopi). Vol. 7 Núm. 12 (2011). Gobierno del Perú. Pp. 33-74.

<sup>35</sup> José Gonzalo Baeza Ovalle. “petición de quiebra y abuso del derecho”. *Ars Boni et Aequi* (año 8 no 1). 2012. pp. 235 - 264

de pagos-. En este sentido, el mero incumplimiento de una obligación no implica cesación de pagos, ya que tal situación patrimonial supone la imposibilidad de cumplir de manera regular con las obligaciones exigibles.

La cesación de pagos es un estado del patrimonio, en tanto que el incumplimiento de la obligación es un hecho jurídico; el incumplimiento no origina el estado de cesación de pagos, sino que, por el contrario, es éste el generador de aquél, porque si el deudor no paga se debe a la circunstancia de encontrarse en estado de insolvencia; en este caso es un hecho revelador de tal estado, pero no el único, pues otros pueden exteriorizarlo con más fuerza y en forma más inequívoca<sup>36</sup>. El pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito y por ende aquél que se intente con fundamento en el incumplimiento de una obligación por parte del deudor no implica cesación de pagos.

Los efectos del estado de quiebra de un comerciante no surten efecto alguno mientras no haya sido declarado por sentencia judicial. Cuando el comerciante se abstiene de hacer su manifestación ante el tribunal, los acreedores están en su derecho de tomar la iniciativa y demandar la quiebra.

### ***Regulación venezolana***

#### ***Solicitud por petición del deudor (art. 925 y 926 Código de Comercio)***

El comerciante que se halle en estado de quiebra debe – sentido imperativo- solicitarla al juez mercantil de su domicilio dentro de los tres días siguientes a la cesación de sus pagos. El comerciante que se encuentre en cesación de pagos deberá ponerla en conocimiento del juez competente.

Esa manifestación que debe ser por escrito, el deudor indicara las razones de la cesación de pagos y solicitara se le declare en estado de quiebra. El deudor acompañara los siguientes recaudos: a. Balance General o una exposición de las causas que impiden al fallido presentarlo. b. Memoria razonada de las causas de la quiebra. El escrito, el balance y la memoria deben ser fechados y firmados por el solicitante bajo el juramento de que son verdaderos. En el caso de la quiebra de la sociedad anónima o responsabilidad limitada; la manifestación debe ser hecha por sus administradores quedando obligados a comparecer ante el tribunal y el síndico siempre que sean requeridos.

Según, Ríos Arrieta, el juez constatará el cumplimiento formal de los supuestos del art. 926, del Código de Comercio, sin necesidad de prejuzgar sobre la existencia de la cesación de pagos ni mucho menos sobre el reconocimiento de la quiebra, a pesar de contar con elementos suficientes para determinar la situación financiera y patrimonial del comerciante, tales como el escrito del caso, el balance, la memoria. Basta con la confesión judicial del interesado para dejar sentada la

---

<sup>36</sup> Fernández, Raymundo. “El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos”. En Tratado teórico - práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. (173-188). Buenos Aires. Compañía Impresora Argentina. 1937.

cesación de pagos, declarar el estado de quiebra y continuar el procedimiento, ante tan revelador y explícito pedido<sup>37</sup>.

La doctrina extranjera señala que el deudor solicitante debe probar su situación de insolvencia; esta no puede efectuarse en base a simples declaraciones sino debe fundarse sobre presupuestos objetivos como básicamente el estado de su contabilidad; porque de otro modo sería fácil provocar y preparar esa prueba sorprendiendo de este modo la buena fe de sus acreedores. Por ello, se dice que el deudor no tiene derecho a la quiebra sino más bien a la declaración judicial de la quiebra cuando el juez considere que en efecto se da el presupuesto objetivo necesario<sup>38</sup>.

### ***Solicitud por petición del acreedor (arts. 931 y 932 Código de Comercio)***

Todo acreedor sea por deudas mercantiles o civiles tiene derecho a pedir la quiebra de un comerciante en estado de cesación de pagos. Ese derecho lo ejerce mediante la acción de declaratoria de quiebra propuesta ante el tribunal competente. Se hará mediante demanda en que expliquen todos los hechos y circunstancias constitutivas de la cesación de pagos.

En este sentido serían las condiciones: 1) Los acreedores deben demostrar su cualidad de acreedor. 2) Deben demostrar la cualidad del comerciante demandado. 3) las obligaciones que fundamentan la solicitud pueden o no ser líquidas, exigibles, de plazo vencido y naturaleza mercantil. Los acreedores no mercantiles deben justificar la cesación de los pagos de las deudas mercantiles. 4) Se deben señalar las circunstancias y hechos que expliquen la cesación de pagos. Sin embargo, ciertas posiciones doctrinarias manifiestan que lo correcto es señalar las circunstancias y hechos que pudiesen haber provocado la cesación de pagos porque los demandantes están fuera y no pueden saber porque se produjo dicha cesación de pagos.

Ríos Arrieta establece que en tal supuesto corre a cargo de los interesados en provocar la constatación y subsiguiente declaración indicar, razonar todos los hechos y circunstancias constitutivos de la cesación de pagos. No es requisito esencial la concurrencia de más de un acreedor para iniciar, declarar la quiebra y proseguir el juicio. Así también, la ley no proporciona específicamente a los acreedores ningún ante juicio para enterarse previamente a la demanda de quiebra del estado patrimonial del deudor, ni enumera, los actos peculiares estimables para apreciar la cesación que debe alegarse. Permitiendo actuar por hechos presuntivos. La oportunidad más segura para el examen patrimonial del deudor se presenta después de admitida la demanda y practicada la ocupación<sup>39</sup>.

La doctrina extranjera, explica que la solicitud de quiebra de los acreedores, al igual que la del deudor debe también estar fundada, es decir igualmente estar probada. Los medios de pruebas son múltiples, pero deben ser acreditados<sup>40</sup>. En este sentido, cuando un comerciante llega al punto

---

<sup>37</sup> Rafael Ríos Arrieta. "Capítulo Tercero. Investigación de la cesación de pagos" En Estudios sobre la Quiebra. La Cesación de Pagos (68-74). Caracas. Editorial Pensamiento Vivo, 1962.

<sup>38</sup> Francisco J. Alonso Espinosa. "Soluciones judiciales a las situaciones de crisis económica de la empresa". Anales de Derecho. Universidad de Murcia. N° 12.1994. Pp. 12- 34.

<sup>39</sup> Ríos Arrieta. "Capítulo Tercero. Investigación de la cesación de pagos" 68-74. Caracas.

<sup>40</sup> Alonso Espinosa. "Soluciones judiciales a las situaciones de crisis económica de la empresa". 12-34.

de la quiebra es importante establecer las razones por las cuales llego a este hecho. El juez debe de realizar una valoración de los actos que se realizaron en la administración del negocio para poder verificar las causas y así comprobar si cayó en quiebra por un caso fortuito, culpable o por fraude.

### ***10. Balance de situación. (art. 927 Código de Comercio)***

El balance general o balance de situación de una empresa es un documento contable financiero que refleja la situación económica y patrimonial de la misma en una fecha determinada lo que en términos contables se conoce como imagen fiel. Elaborado periódicamente permite conocer la situación financiera y patrimonial de un comerciante en un momento concreto, pues se detallan sus activos, sus pasivos y su capital. Luego de haber analizado los distintos conceptos que intervienen en un balance general, resulta valioso su análisis e interpretación porque a través de los datos que arroja la contabilidad se puede medir la rentabilidad, eficiencia, liquidez y potencial de las empresas. Entre los aspectos que reflejan destacan: Situación de liquidez o capacidad de pago: la capacidad de la empresa de cumplir en el corto plazo con las obligaciones financieras. Endeudamiento: en qué medida dispone de financiación y si tiene que devolverla en un plazo corto o largo de tiempo. Capitalización y solvencia: suficiencia de sus recursos propios para sustentar su actividad y hacer frente a sus obligaciones en el largo plazo.

### ***11. Demanda de quiebra (Art. 932. Código de Comercio)***

Una demanda por quiebra se presenta cuando una entidad, ya sea una persona o una empresa, no puede hacer frente a sus deudas y obligaciones financieras. Esta situación lleva al acreedor a iniciar un proceso legal para recuperar lo adeudado, lo que puede terminar en la declaración de quiebra del deudor. Ha de tenerse presente que el juicio de quiebra tiene por objeto la realización de los bienes del deudor para proveer al pago de los créditos contra su titular y concitando como efecto fundamental el desasimio del fallido, que lo inhibe de la administración y disposición de sus bienes. Por consiguiente, toda declaración de quiebra debe ser precedida de un pedido de carácter judicial que en deberá presentar un acreedor - o, en su caso, el propio deudor-. La exteriorización de la cesación de pagos, es el estado que debe encontrarse el deudor, como requisito fundamental, para obtenerse la declaración de quiebra.

### ***12. Declaración de quiebra***

Es doctrina que la quiebra económica no produce efectos jurídicos sin su declaración judicial. El acceso a los efectos de excepción que el ordenamiento reconoce al estado de cesación de pagos exige una exteriorización ordenada, que se canalice dentro de un proceso judicial determinado.

La sentencia de la quiebra declara el estado preexistente de cesación de pago como la fecha cierta que se inició y constituye la condición de fallido; como puede ordenar una serie de medidas para el desarrollo de las operaciones concernientes y ejecución del procedimiento de quiebra particularmente dirigidas a evitar la desaparición de los bienes del fallido; participar al juez penal si existe indicios que esta fuere culpable o fraudulenta y convocatoria a todos los acreedores con

la finalidad de constituir la masa pasiva para así lograr la liquidación del patrimonio del comerciante y satisfacción de los créditos de los acreedores, bajo el principio de comunidad de pérdidas y tratamiento igual para todos los acreedores, sin obviar los privilegios particulares<sup>41</sup>.

El estado jurídico en el que se reconoce la incapacidad de pago de un comerciante recibe el nombre de quiebra. Se constituye a partir de la declaratoria judicial por el juez competente. Siendo una modalidad particular del concurso de acreedores. Es constitutiva de un estado del mismo, de donde se comprende que la quiebra representa un estado jurídico particular. Representa una entidad que posee sus propias cualidades y que persigue sus propios fines, de cara a la necesidad de satisfacer sus obligaciones a favor de sus acreedores. El mismo día que dicta la sentencia, todos los acreedores quedan unidos legalmente y de pleno derecho para liquidar en la mejor forma posible el patrimonio del deudor y tienen, por ende, la facultad de disponer de los bienes de este, hasta pagarse de sus créditos. Incluso figuran los acreedores cuyos créditos sean a plazo, puesto que la quiebra ocasiona la caducidad del plazo. Esta unión legal, esta masa que se forma, nuestra ley se concibe como estado indivisible<sup>42</sup>.

La declaratoria de quiebra, así vista, posee dos dimensiones. Una negativa, por la cual se establecen prohibiciones o limitaciones contra el quebrado; y una positiva establece funciones u orientaciones a cargo de la entidad quebrada. En la primera dimensión, por ejemplo, el quebrado queda privado de la administración y disposición de sus derechos patrimoniales e inhabilitado para el desempeño de sus cargos mercantiles. En la dimensión positiva se podría señalar que los contratos de ejecución de la entidad quebrada podrán ser cumplidos por el representante de la quiebra.

### ***Contenido declaración de quiebra. (arts. 936 y 937. código de comercio)***

Declarada la quiebra esta deberá señalar:

- 1.- fijará la época – periodo - en que se inició la cesación de los pagos, o se reservará fijarla por auto separado; pero en ningún caso podrá retrotraerla por más de dos años. A falta de fijación especial se entenderá que la cesación se inició en la misma fecha de la declaración de quiebra.
- 2.- El nombramiento de un síndico, que debe ser abogado, o sea o haya sido comerciante.
- 3.- La orden de ocupar judicialmente todos los bienes del fallido, sus libros, correspondencia y documentos.
- 4.- La orden de que las cartas y telegramas dirigidos al fallido sean entregados a los síndicos.
- 5.- La prohibición de pagar y de entregar mercancías al fallido, so pena de nulidad en los pagos y entregas, y orden a las personas que tengan bienes o papeles pertenecientes al fallido para que los pongan dentro del tercer día a disposición del Tribunal de Comercio, so pena de ser tenidos por ocultores o cómplices de la quiebra.
- 6.- La orden de convocar a los acreedores presentes para que concurran con los documentos justificativos de sus créditos, a la primera junta general, que tendrá lugar el día y hora que se designará dentro de los quince días inmediatos.

---

<sup>41</sup> Mariana Pages Cubeddu. “Efectos de la quiebra”. (Trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, noviembre 2003) VIII-XII.

<sup>42</sup> Roberto Contreras Puelles. Quiebra fraudulenta y desasimio de bienes. Comentario de la SCA de Santiago de 10 de agosto del año 2016 (Rol N°2127-2016). Revista Jurídica Digital UANDES 2/1 (2018), 170-180

7.- La orden de que se haga saber a los acreedores residentes en la República que dentro del término que se les designará, ocurran con los documentos justificativos de su crédito bajo apercibimiento de continuarse los procedimientos de la quiebra sin volverse a citar ningún ausente.

8.- La orden de hacer saber a los acreedores que se hallen fuera de la República la declaración de quiebra y el término dentro del cual deben ocurrir con los documentos justificativos de sus créditos, bajo el apercibimiento dicho en el número anterior.

9.- La orden de que se publiquen la declaratoria de quiebra y la prohibición y orden de entrega de que se habla en el número 4° de este artículo.

10. La orden de remitir inmediatamente copia de lo conducente el Juez competente, cuando aparezca alguna circunstancia que amerite procedimiento criminal.

### ***13. Fecha inicial de la cesación de pagos. (art. 936. Código de Comercio)***

Partiendo que la cesación de pagos es un estado, status o situación real y, de hecho, que el Derecho recoge y pondera para aplicar un sistema legal que se diferencia sustancial y adjetivamente de aquel que regula vínculos obligaciones cuando los participantes se encuentran solventes. La unidad de ésta significa una situación única que puede revelarse por infinitos hechos, cuyo alcance queda librado a la apreciación judicial. Es un estado patrimonial y no un hecho o conjunto de hechos. En este sentido, abarca un período de tiempo más o menos largo; iniciándose generalmente con ciertos actos de significado ambiguo, cuya realización no permite por lo común afirmar, en ese momento, que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego irse acentuando hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja ya lugar a dudas. Siendo la cesación de pagos un estado de mayor o menor duración en el tiempo, debe hablarse de la fecha en que comienza y no de la fecha de la cesación de pagos, que al presentar a ésta como un hecho ocurrido en determinada fecha, induce en error, haciéndola confundir con los incumplimiento<sup>43</sup>.

La fijación de la fecha inicial de cesación de pagos por el juez es de fundamental importancia para la reconstitución del patrimonio del deudor, puesto que, desde allí, y hasta la fecha de declaración de quiebra, se extenderá el período de sospecha, en el cual incidirán los efectos retroactivos de la sentencia de quiebra y operara el sistema de inoponibilidad concursal. A partir de la fecha de la iniciación de la cesación de pagos, surge el periodo de sospecha. Se ha sostenido que no basta con indicar en forma genérica la época en que ha comenzado la cesación de pagos, sino que la sentencia debería expresar concretamente una fecha por su día, mes y año, para se debería agotar los medios de investigación que la ley concursal autoriza.

El juez deberá determinar en la sentencia, la fecha a la que se retrotraen los efectos de la misma, haciendo el estudio previo de todos los elementos que pueda alegarse y que le permiten ciertamente conocer la época en el cual el fallido se encontraba insolvente. En este sentido, conforme a la legislación venezolana la fijación de la fecha de iniciación de la cesación no puede retrotraerse más allá de los dos (2) años de la fecha fijada en la sentencia declaratoria de quiebra o en el auto separado que se dicte. La fecha de comienzo de la cesación de pagos sobrelleva a la determinación del período de sospecha, que transcurre entre la fecha que se dicte la sentencia de quiebra o el auto separado y, el lapso de dos (2) años que hacia atrás transcurra.

---

<sup>43</sup> Fernández. “El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos”. 173-188.

### ***Provisionalidad de la fecha de cesación de pago***

Conforme la doctrina extranjera particularmente española, señala la fijación de la fecha de la retroacción de la quiebra se efectúa con carácter provisional. La referencia que se debe establecer el día no es temporal sino circunstancial, y concierne al momento en deba entenderse que se ha originado -o resulte demostrado- el cesamiento de pagos del quebrado. Es provisional mientras no sea impugnada y asentada concluyentemente en el incidente que se promueva al respecto; es decir, requiere una sentencia recaída en el incidente de impugnación para que adquiera autoridad de cosa juzgada, lo que no tiene, aunque sea firme, el auto de declaración de quiebra donde inicialmente se fija.

Al fijarse la fecha de retroacción en calidad de «por ahora», según la terminología al uso, el Juez atiende al día en que resulta la cesación de pagos, pero tal fecha puede ser revisada, ampliándola, hasta alcanzar a los contratos celebrados en perjuicio de la masa de la quiebra, por respeto al principio de protección de los acreedores, procurando evitar las consecuencias del desarreglo económico mediante la restitución del patrimonio fugitivo a la masa activa<sup>44</sup>.

El Juez al declarar la quiebra debe fijar la época a que debe retrotraerse, debiendo determinarse el momento preciso en que el comerciante cesó o sobreseyó el pago consciente de sus obligaciones, por cuanto constituye tal instante el punto de arranque para la retro-acción. No hay duda del carácter meramente provisional de aquella fijación de la fecha de retroacción, y es constante la jurisprudencia española en señalar que la resolución que declara la quiebra es modificable en el particular que declara la retroacción, pues no sería razonable asignarle carácter definitivo a una declaración judicial, hecha, por imperativo legal, en un momento en que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos y de la gravedad y trascendencia de los mismos<sup>45</sup>.

### ***14.Acumulación de procesos judiciales (Art. 942. Código de Comercio)***

El juicio de quiebra tiene carácter universal, tiene fuero de atracción, porque importa que todas las cuestiones relativas a los bienes del fallido sean discutidas ante el juez del concurso y resuelto por el mismo, interés que deriva de que dicho juez resulta el único habilitado para apreciar ciertos actos no precisamente en sí mismos, y aisladamente, sino en sus relaciones con la masa o el interés colectivo de los acreedores. El juez de la quiebra es el que debe entender en todas las causas contra el fallido que estuviesen abiertas al declararse y, entendiéndose por obvio también las que corresponde abrir después. Sólo se requiere que se trate de causas relacionadas con los bienes, y el auto de quiebra se encuentre ejecutoriado<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Ricard Tases Beleta. Sobre la naturaleza jurídica del instituto de la retroacción en el proceso de quiebra. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 5, 2002, pp. 1466-1472

<sup>45</sup> M<sup>a</sup> Del Mar Cabrejas Guijarro. Retroacción de la quiebra. Estudios Financieros. Num. 27. 51/2003.

<sup>46</sup> Malagarriga. Carlos C. Tratado Comercial de Derecho Comercial. Tomo IV. Quiebras y prescripción. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina. 1963.

### **15. Periodo sospecha. (art. 945 Código de Comercio)**

Partiendo del hecho que raramente la quiebra es súbita o inesperada, por el contrario, lo normal es que vaya precedida por un periodo de sospecha durante fundado en presumir la realización por el deudor de actuaciones no precisamente regulares - cuando no en abierto fraude- que, por ello, sean susceptibles de perjudicar la comunidad de intereses formada por sus acreedores<sup>47</sup>. Hablamos de un lapso anterior a la declaración judicial, en el cual inciden en plenitud los efectos retroactivos del decreto de quiebra<sup>48</sup>.

El período de sospecha, es uno de los mecanismos previstos para proteger el patrimonio del deudor frente a los actos que pudiera realizar su misma administración, así como para proteger las expectativas de cobro de los acreedores. Mediante esta figura se faculta a los acreedores a cuestionar los actos celebrados por su deudor dentro de un periodo de tiempo determinado, a efectos de evitar que los deudores (o sus administradores) incurran en actos de disposición que pudieran terminar por perjudicar a sus acreedores.

El período de sospecha tiene por finalidad garantizar que las expectativas de cobro de los acreedores no se vean perjudicadas por la reducción de dicha prenda genérica sobre el patrimonio del deudor. En todo caso, es importante destacar que no es de aplicación ante cualquier evento de insolvencia del deudor, sino únicamente ante el inicio de un procedimiento concursal. Si bien el período de sospecha es una figura íntimamente ligada a la ocurrencia de un evento de insolvencia, a efectos de que este mecanismo de protección se active no es suficiente que el deudor sea insolvente, sino que sería necesario que el deudor sea efectivamente sometido a uno de los procedimientos concursales previstos en la ley<sup>49</sup>.

Con la finalidad la constitución o integración de la masa de la quiebra es indispensable la anulación de ciertos actos realizados por el fallido con anterioridad a la fecha de la declaración durante el periodo sospechoso, aunque los efectos de la quiebra teóricamente se producen en virtud de la sentencia judicial, a partir de la fecha de la misma, lo sensato es que algunos efectos y producen en fecha distinta al acto judicial que la declara.

Así la declaración de quiebra retrotrae sus efectos a fecha anterior, por este hecho dejaría sin efecto los actos que se hayan efectuado en ese lapso por el quebrado. Rodríguez Rodríguez asevera que si bien en principio los efectos de la quiebra se producen a partir de la declaración misma – siendo la regla general- los efectos de la quiebra se declaran existentes en fecha anterior a la declaración misma por lo menos en lo que concierne a determinadas relaciones jurídicas<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Alonso Espinosa. “Soluciones judiciales a las situaciones de crisis económica de la empresa”. 12-34.

<sup>48</sup> GRILLO, Horacio Augusto. “Periodo de Sospecha en la Legislación Concursal”. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. p. 2.

<sup>49</sup> Benavides Kolind-Hansen. “El Período de sospecha en la Ley General del Sistema Concursal”. Pp. 313-325.

<sup>50</sup> Pedro Zamudio García. “Integración de la masa activa de la quiebra”. (Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales “Aragón”. Universidad Nacional Autónoma de México, noviembre 1987) 88-170.

### ***Sistema determinación legal***

Corresponde determinar la ineficacia de ciertos actos jurídicos realizados por el deudor fallido, por la propia legislación concursal que establece un período de tiempo fijo anterior a la declaración del inicio del concurso realizado por la autoridad judicial.

### ***Sistema de determinación judicial***

La autoridad concursal determina la fecha de cesación de pagos dentro de los límites máximos que le otorga la ley, pero de acuerdo a su discrecionalidad (legal o no) establece el período de sospecha. El juez lo hace sin considerar ningún acto del deudor en particular, sino atendiendo a los hechos reveladores de tal estado en la realidad económica del fallido.

En este sistema existen dos tipos:

a.- Con límite máximo: Que consiste en que la autoridad concursal tiene una fecha máxima de determinar la fecha de cesación de pagos; pero los efectos retroactivos a los actos de disposición celebrados por el insolvente tendrán un plazo máximo determinado por ley.

b.- Sin límite máximo: La autoridad concursal puede fijar basado en un límite temporal máximo la fecha que considera el inicio del estado de cesación de pagos, pero a su discrecionalidad determinará el período de sospecha que puede ocurrir y remontarse a muchos años anteriores al inicio de la declaración de concurso o quiebra del deudor, teniendo la desventaja de provocar una suerte de inseguridad. Ello así, pues puede haber transcurrido un extenso lapso de tiempo entre la realización del acto y la fecha de declaración de quiebra.

## ***16. Quiebra oculta***

Por otro lado, el estado de incumplimiento generalizado de obligaciones no resulta súbito e intempestivo, sino tiene una gestación prolongada con base en una serie de hechos continuados que desemboca en un estado de impotencia patrimonial. Durante este proceso de deterioro económico que conduce a un estado no transitorio de cesación de pagos o generalizado de las obligaciones, es posible que el deudor con la deliberada finalidad de perder solvencia o liquidez realice una serie una serie de actos en perjuicio del patrimonio deudor que podría ser sujeta a concurso, erosionando la garantía general de estos. Esta situación no solo tiene relevancia en el ámbito mercantil sino también penal.

Se afirmaría que existe un periodo de quiebra oculta: el comerciante ya se encontraba insolvente pero no se percibía la exteriorización de un estado de impotencia patrimonial por maniobras del deudor que ocultarían esta situación aunado al hecho que se realizarían actos en detrimento de este patrimonio para evitar la satisfacción del pago a los deudores como lo es la ocultación de bienes o las practicas ruinosas<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Set Leonel López Gianopoulos.” La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial. Instituto de Investigaciones Jurídicas. N° 35 (2013). Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 119-138.

Así también, los actos realizados por el deudor en circunstancias previas a la declaratoria del concurso, en plena etapa de formación y desarrollo de la crisis patrimonial particularmente “actos de desapoderamiento” reciben la denominación de “fraude a los acreedores” dando que en la mayoría de casos estos son realizados en beneficio único y exclusivo de un único acreedor o grupo que por lo general tiene algún interés individual sobre los demás que se deduce que se realizan para salvaguardar los intereses personales del deudor y no de la colectividad de acreedores.

El periodo de sospecha estaría referido al tiempo en que posiblemente empezaron a surgir los riesgos o incertidumbres de importancia relativa que finalmente se materializaron y conllevaron a la quiebra, y anterior a que se presentaran hechos visibles para los terceros, quienes no conocen los detalles de la información financiera del negocio. Es un tiempo durante el cual se fue materializando la quiebra, pero sin dar muestras externas que pudieran alertar a los acreedores e inversionistas, pues en múltiples ocasiones estos datos solo conocidos por la administración de la sociedad y cuando finalmente salen a la luz ha transcurrido un importante periodo de tiempo<sup>52</sup>.

### ***17. Retroacción de la quiebra. (art. 936. Código de Comercio)***

Es un mecanismo que el derecho concursal recurre para garantizar y proteger el íntegro de la masa concursal para tutelar los derechos patrimoniales que les asisten a los acreedores con créditos reconocidos en el procedimiento de quiebra. La justificación radica en que los actos realizados por el deudor, acreedor o tercero perjudican directamente el pago a los acreedores de sus respectivos créditos al disminuir el patrimonio del deudor<sup>53</sup>. La retroactividad está referida a todos aquellos actos realizados con anterioridad a la situación de insolvencia y suelen perjudicar a la masa de acreedores concursales, y se hallan en el período sospechoso quedando nulos todos los de dominio y administración del quebrado.

El Juez podrá fijar la fecha de cesación de pago sea en la sentencia o por auto separado, pero no podrá retrotraerla por más de dos años en el caso venezolano. Dicha fijación tiene por objeto precisar el día en que el comerciante por sus actos empezó a despertar sospechas o bien el día en que cesó en el pago de sus obligaciones. Pero, la sentencia no puede fijar este día sino entre los comprendidos entre la fecha de la sentencia hasta dos años antes más diez días<sup>54</sup>.

Se viene afirmando reiteradamente que es preciso que el Juez al declarar la quiebra fije la época a que debe retrotraerse, debiendo determinarse el momento preciso en que el comerciante cesó o sobreseyó el pago consciente de sus obligaciones, por cuanto constituye tal instante el punto de arranque para la retroacción. No hay duda del carácter meramente provisional de la fijación de la fecha de retroacción, pues se señala que la resolución que declara la quiebra es modificable en este particular que declara la retroacción, porque no sería razonable asignarle carácter definitivo a

---

<sup>52</sup> M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón. “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”.

<sup>53</sup> Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero. Actos perjudiciales contra la masa concursal. Un análisis práctico de su aplicación. Círculo de Derecho Administrativo. RDAS 11. Contencioso Administrativo. 367-379.

<sup>54</sup> Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Caracas, 28-03-1977. Ponente. Pedro Linares Pérez.

una declaración judicial, hecha, por imperativo legal, en un momento en que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos y de la gravedad y trascendencia de los mismos.

Consiste en que algunos efectos de la quiebra se produzcan no a partir de la fecha de su declaración judicial, sino a partir del momento anterior que el juez señale, por estimar que ya entonces el comerciante se hallaba en cesación de pagos. Es un instituto concursal que el juez declara la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el fallido en el tiempo comprendido entre la declaración de la quiebra y la fecha anterior en el tiempo que el juez fija como *dies a quo* – fecha de inicio del cómputo del plazo - del periodo de retroacción. Los efectos se consideran absolutos. Produce la nulidad automática, sobrevenida y general sobre los actos y contratos comprendidos en el periodo señalado por el juez<sup>55</sup>. Es hacer que los efectos de la declaración judicial de quiebra se produzcan, no desde su fecha de declaración sino desde una época anterior.

Es preciso que el juez al declarar la quiebra fije la época a que debe retrotraerse, determinarse el momento preciso en que el comerciante cesó o sobreseyó el pago consciente de sus obligaciones por cuanto constituye tal instante el punto de arranque para la retroacción. En este caso, debe señalarse la fecha a la que se retrotraen los efectos de la declaración, y conduce a que pueda declararse la nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra.

Bajo el régimen de quiebra y suspensión de pagos se producía una fragmentación del periodo sospechoso en el que se debían analizar los actos dispositivos realizados por el deudor. Por un lado, se establecía un periodo de retroacción cuyo inicio era fijado por el juez en cada caso concreto teniendo en cuenta en qué momento se produjo el sobreseimiento del quebrado en el pago corriente de sus obligaciones y, por otro lado, una serie de periodos sospechosos anteriores al periodo de retroacción (de existir este) o a la fecha de declaración de la quiebra, en los que mediante el juego de presunciones se facilitaba la ineficacia de los actos del deudor<sup>56</sup>.

La retroacción se basa en el principio en la necesidad de imponer la *par conditio creditorum* que consigue llevar los efectos de la quiebra a un periodo anterior a su declaración judicial. Dentro de los efectos que produce la quiebra en el fallido, esta su inhabilitación para la administración de sus bienes permite que los actos que haya realizado respecto a éstos en el “periodo sospechoso” pueden ser anulados. La retroacción consistiría como un efecto de la sentencia que busca reintegrar a la masa pasiva los bienes que salieron del patrimonio del deudor antes de la sentencia, pero ya habiendo entrado el comerciante en estado de cesación de pagos. Consiste en llevar los efectos de la sentencia de quiebra hacia el pasado, es decir los mismos se produzcan no desde la fecha que la misma es dictada sino desde una época anterior señalada por el juez que no puede ser mayor de dos (2) años como lo establece el artículo 936, del Código de Comercio<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Alonso Espinosa. “Soluciones judiciales a las situaciones de crisis económica de la empresa”. 12-34.

<sup>56</sup> Javier Yáñez Evangelista. El sistema de reintegración concursal en la reforma de la ley concursal. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 58, enero-abril de 2022, pp. 159-169.

<sup>57</sup> Pages Cubeddu. “Efectos de la quiebra”. 55-74.

Se refiere a los efectos patrimoniales que sobre la masa de bienes del quebrado tiene la declaración de quiebra. Con ello se pretende la nulidad, anulabilidad y declaración de ineficacia de ciertos actos y contratos celebrados en el período inmediatamente anterior a la declaración de la insolvencia. Este concepto de retroactividad de los actos de disposición o gravamen de bienes realizados antes del concurso catalogado por Ineficacia de actos del deudor o Ineficacia Concursal mecanismo que el derecho concursal recurre para garantizar y proteger toda la masa concursal sirve para tutelar los derechos patrimoniales que les asisten a los acreedores con créditos reconocidos en un procedimiento concursal. La justificación de esta retroactividad concursal radica en que los actos realizados por el deudor, acreedor o tercero perjudican directamente el pago a los acreedores de sus respectivos créditos<sup>58</sup>.

### ***Tipos de retroacción***

La retroacción absoluta consiste en extender hacia el pasado los efectos de la declaración del procedimiento concursal hasta una fecha determinada, que puede venir establecida en la Ley o por decisión judicial, o una combinación de esos dos factores, de forma y manera que todos los actos de disposición y administración realizados durante ese periodo por el deudor son considerados nulos. En el sistema de retroacción relativa se produce la fijación de un periodo de retroacción, legal o judicialmente, pero solo para posibilitar que determinados actos realizados durante el mismo puedan ser anulados, bien por imperio de la Ley, bien previa prueba del ánimo defraudatorio.

Junto a estos dos sistemas, en ocasiones se dispone una combinación de ambos, es decir, la nulidad absoluta de todos los actos de disposición y administración del deudor en el periodo de retroacción, con un sistema de acciones de impugnación de determinados actos con base en criterios subjetivos.

Asimismo, y frente a los anteriores, podemos identificar el sistema en el que no existe fijación de la fecha de retroacción, ni judicial ni legal, en el que sólo se contemplan acciones de impugnación contra actos anteriores<sup>59</sup>.

El lapso de tiempo contado a partir de la fecha de retroacción hacia atrás es el denominado período sospechoso. Los actos de dominio y administración del deudor realizados durante el período sospechoso pueden ser revocables por su proximidad a la quiebra y por presunción de fraude. Conforme al derecho venezolano la sentencia fijará la época en que principió la cesación de los pagos, o se reservará fijarla por auto separado, pero en ningún caso podrá retrotraerla por más de dos años. A falta de fijación especial se entenderá que la cesación de los pagos se inició en la misma fecha de la declaración de quiebra<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero. “La Ineficacia Concursal en la Jurisprudencia Peruana”. *Revista Foro Derecho Mercantil* n°:34, (ene.-mar.2012). Pp. 139-163

<sup>59</sup> Juan Ignacio Fernández Aguado. Las acciones revocatorias. *Revistas Comillas*. Icade. *Revistas de la Facultad de Derecho*. Núm. 61 (2004): enero-abril. Pp.211-226.

<sup>60</sup> Amparo Z. Torres Quintero. “La cesación de pagos en el procedimiento concursal de quiebra en las sociedades anónimas de capital social cerrado en el derecho concursal venezolano”. (Trabajo de Grado para optar al Título de Magister Scientiarum en Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira. 2017). 111-113

### **18. Nulidades. (arts. 945 y 946, del Código de Comercio)**

Se refieren a los efectos sobre relaciones jurídicas anteriores a la declaración de quiebra, en especial a los efectos sobre los derechos de los acreedores y en los que se indica de modo específico como actos nulos con respecto a los acreedores del concurso y aquellos otros que podrán ser anulados <sup>61</sup>.

Pierre Tapia ha discriminado que los actos cumplidos por el fallido después de la sentencia que declara la quiebra son nulos de pleno derecho, o más exactamente, inoponibles de pleno derecho a la masa en virtud del desasimiento; los actos de fallido anteriores a la sentencia de declaratoria de quiebra estarían sometidas a un régimen de nulidades muy particular y especial a la materia de quiebra contenido en el artículo 945, del Código de Comercio, este régimen de nulidades se ha denominado teoría del periodo sospechoso. Es de destacar, que todos estos actos conforme a la doctrina de casación no pueden decretarse de oficio pues no se trata de una materia en que esté interesado el orden público, sino establecida en interés exclusivo de la masa de acreedores, como explícitamente lo dice el propio artículo expresa que los actos en cuestión son nulos y sin efecto. Esta acción queda de parte del síndico de la quiebra quien ejerce la representación de los acreedores. El legislador mismo prevé la necesidad de una acción para que la nulidad pueda ser declarada –es decir no declarada de oficio-. Si el síndico no considera ni oportuno ni conveniente instaurar esta acción en defensa de los intereses confiados, mal podría el juez sin extralimitarse en sus funciones al declarar una nulidad que no le fue solicitada<sup>62</sup>.

Los actos del deudor fallido deben ser estudiados según la época en que ocurran: Antes del “periodo sospechoso” (derecho común) durante el periodo sospechoso (régimen especial de las nulidades) y después de la sentencia de declaratoria de quiebra (desasimiento). Según los artículos 945, 946 y 947, el periodo sospechoso se extiende en principio, desde la fecha de cesación de pagos hasta el día de la declaración de quiebra. Y a veces éste se extiende a los diez días que preceden a dicha época. Durante este periodo todos los actos del fallido no son atacados por la Ley, porque no caen bajo el golpe de las nulidades de pleno derecho y otros son simplemente anulables, esto es, facultativa por el tribunal.

En definitiva, para que la masa de la quiebra sea debidamente integrada se establecen una serie de acciones, que permiten la vuelta al patrimonio del fallido de bienes salidos de éste con posterioridad a la declaración, y otras que buscan el regreso a la masa de aquellos bienes que hubieran salido con anterioridad durante el periodo sospechoso; en este último caso el legislador declara ineficaces frente a la masa actos en principio perfectamente validos entre las partes contratantes – fallidos y acreedores- cuando se encuentren en el periodo de retracción de la declaración de quiebra<sup>63</sup>.

Así también, la doctrina extranjera ha advertido sobre la ineficacia de ciertos actos jurídicos es necesario que haya nacido válidamente; pues si su origen es espurio o carece de presupuestos

---

<sup>61</sup> Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Caracas, 28-03-1977. Ponente. Pedro Linares Pérez.

<sup>62</sup> Pages Cubeddu. “Efectos de la quiebra”. 55-74.

<sup>63</sup> Pedro Zamudio García. “Integración de la masa activa de la quiebra”. 88-170.

para su existencia deberá considerarse su nulidad. La ineficacia sobrevendría como un accidente que se produce durante la ejecución del negocio, es decir durante su vigencia temporal que podrían producir su inexistencia, a diferencia de la nulidad, los defectos que la originan se constituyen desde el momento de su nacimiento, en tanto el segundo es consecuencia de una causal sobrevenida durante la ejecución del contrato. Siguiendo a Emilio Betti: 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 a que pertenece. Por ineficaz, al negocio en el cual, estando en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, impida, sin embargo, su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a esta.

Los actos que la ley concursal priva de sus efectos normales entre las partes son actos nulos porque se constituyen después de la cesación de pago; siendo inoponibles con relación a la masa de acreedores, pero resultarían plenamente validos entre las partes. El sistema de inoponibilidad estructurado en el procedimiento concursal tiende a evitar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha causen un perjuicio a los acreedores considerados como conjunto, colectividad o masa. Estos actos pueden ser privados de efecto por el juez con relación a dichos acreedores y en la medida del perjuicio causado. La inoponibilidad es el efecto característico de la ineficacia concursal. El efecto esencial y caracterizante de la ineficacia concursal es la inoponibilidad a la masa del acto jurídico de que se trate. Significa que el acto celebrado por el fallido no puede ser opuesto a los acreedores congregados en la colectividad de la masa de la quiebra sin perjuicio de su validez “inter partes”.

En este sentido, la acción que las leyes de quiebra acuerdan a la masa para impedir que el deudor pueda defraudarla o perjudicarla, es desde el punto de vista doctrinario una acción revocatoria limitada a la eficacia del acto; y no una acción de “nulidad” que afecte su validez, puesto que sólo produce efecto con relación a la masa. El acto revocado continúa perfectamente legal y válido entre las partes y erga omnes. En consecuencia, únicamente la masa puede invocar tal derecho y ejercitar esta acción. La revocación consiste en la privación de los efectos del acto con relación a la masa que es precisamente lo que a esta interesa. El acto puede continuar siendo válido entre las partes y mantener su eficacia para todo otro respecto. En consecuencia, el llamado principio de la relatividad de la revocación se enuncia diciendo que la ineficacia del acto queda solo limitada a determinados sujetos: Los acreedores reunidos colectivamente en el proceso concursal; permaneciendo plenamente válido entre las partes otorgantes. Resulta importante tener en cuenta la delimitación cronológica de esta temática, para descubrir que no cualquier acto del fallido resulta vulnerable con relación a la masa, sino solamente los ejecutados dentro del período de sospecha.

Los actos del deudor posteriores a la sentencia declarativa de la quiebra, carecen de todo valor con relación a la masa, y a las partes sin necesidad de que medie un pronunciamiento judicial de revocación o nulidad y ello en razón de que las leyes así lo determinan en forma expresa y categórica. Es uno de los efectos del desapoderamiento que entraña para el deudor la pérdida del derecho de disponer de sus bienes o comprometerlos por obligaciones posteriores. Los actos realizados por el deudor fallido con anterioridad al período de sospecha sólo son cuestionables por

vía de acción pauliana o acción de nulidad, siempre que se den los requisitos necesarios para su procedencia<sup>64</sup>.

### ***19. Tipos de quiebra en la legislación venezolana***

En derecho mercantil venezolano la quiebra es la incapacitación e imposibilidad patrimonial de forma definitiva del comerciante para cancelar sus obligaciones, decretada por un tribunal de comercio. Se establece tres tipos de quiebra. La fortuita, dolosa y fraudulenta.

Artículo 915° Código de Comercio:

Quiebra fortuita es la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor que conducen al comerciante a la cesación de sus pagos y a la imposibilidad de continuar sus negocios.

Quiebra culpable es la ocasionada por una conducta imprudente o disipada de parte del fallido.

Supuestos imperativos-. Artículo 916, Código de Comercio -

1° Si los gastos personales y domésticos del fallido, hubieren sido excesivos.

2° Si el fallido hubiere perdido sumas considerables al juego, en operaciones ficticias de bolsa u otras de puro azar.

3° Si hubiere hecho compras para vender a menor precio del corriente o contraído obligaciones exorbitantes, u ocurrido a otros medios ruinosos para procurarse fondos, cuando por el estado de sus negocios debía conocer que tales operaciones sólo podían retardar la declaración de quiebra.

4° Si después de haber cesado en sus pagos hubiere pagado a algún acreedor con perjuicio de los demás.

Supuestos facultativos-. Artículo 917, Código de Comercio -.

1° Si el fallido hubiere prestado fianzas, o contraído por cuenta ajenas obligaciones excesivas, atendida su situación, sin tomar valores equivalentes en garantía de su responsabilidad.

2° Si hubiere incurrido en nueva quiebra sin haber cumplido el convenio de la anterior.

3° Si no hubiere hecho asentar en el Registro de Comercio los documentos de que trata el artículo 19.

4° Si no hiciere al Tribunal de Comercio la declaración de su quiebra, según lo prescrito en el artículo 925.

5° Si no se presentare al síndico o al Juez, en los casos en que la ley lo dispone.

6° Si no hubiere llevado libros de contabilidad o de correspondencia, o no conservare la correspondencia que se le hubiere dirigido, o no hubiere hecho inventario, o si sus libros y correspondencia estuvieren incompletos o defectuosos, o no apareciere de ellos el verdadero estado de sus negocios, sin que haya fraude.

Quiebra fraudulenta es aquella en que ocurren actos fraudulentos del fallido para perjudicar a sus acreedores.

Supuestos imperativos-. Artículo 918, Código de Comercio.

1.- Si el quebrado ha ocultado, falsificado o mutilado sus libros.

2.- Sustraído u ocultado el todo o parte de sus bienes,

---

<sup>64</sup> Juan Luis Miquel. “El concepto de ineficacia y el principio de relatividad de la revocación concursal”. IDEARIUM. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Editorial Idearium. Mendoza- República Argentina. N° 8/9. (1982-1983). Pp. 59-67.

3.- Por sus libros o apuntes, o por documentos públicos o privados, se ha reconocido fraudulentamente deudor de cantidades que no debe.

Serán considerados penados fraudulentos-. Artículo 920, Código de Comercio.

1° Cuando dolosamente hayan omitido la publicación del contrato de sociedad del modo establecido por la Ley.

2° Cuando hayan declarado falsamente el capital suscrito o enterado en caja.

3° Cuando hayan pagado dividendos de utilidades que manifiestamente no existían y han disminuido con esto el capital social.

4° Cuando dolosamente hayan tomado mayores sumas de las que les asigna el contrato social.

5° Los que con dolo o por consecuencia de operaciones fraudulentas hayan ocasionado la quiebra de la sociedad.

Penados con las penas de quebrados fraudulentos.

1° Los individuos que, a sabiendas, y en interés del fallido, hayan sustraído el todo o parte de los bienes de éste, muebles o inmuebles, sin perjuicio de otras disposiciones del Código, Penal sobre los que como agentes principales hayan participado en el hecho.

2° Los convencidos de haber presentado fraudulentamente en la quiebra, créditos supuestos en su nombre o por medio de otro; o de haber alterado la naturaleza o fecha del crédito, para anteponerse en la graduación, con perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración de la quiebra.

3° Los que, comerciando bajo el nombre de otro o con un nombre supuesto, aparezcan culpables de los hechos expresados en el artículo 918.

## ***20. Masa activa de la quiebra***

Cuando se declara la quiebra, todos sus activos pasan a formar parte de lo que se conoce como patrimonio de la quiebra. Es esencialmente una colección de todos los bienes del deudor que están sujetos al proceso de quiebra. La quiebra incluye todos los bienes del fallido o sea todos los bienes presentes y los que adquiriera en el futuro. Resulta necesario para determinar con precisión del activo de la quiebra, que el síndico tome bajo su potestad legal los bienes del fallido. Esto se realiza mediante dos actuaciones que son la incautación y el inventario deben llevarse a cabo tan pronto el síndico haya asumido oficialmente el cargo<sup>65</sup>.

Este conjunto patrimonial pasa a ser administrado y gestionado por los síndicos, bajo la vigilancia del juez, para posteriormente sufragar los gastos del juicio universal y los créditos de los acreedores. Debe diferenciarse entre la masa activa o legal y la masa de hecho. La primera es el conjunto de bienes, derechos y acciones pertenecientes al quebrado, en general. La segunda, son los bienes que efectivamente forman parte de la masa, una vez realizadas las operaciones de agregación y reducción correspondientes, sin incluir aquellos bienes que por imposibilidad legal no pueden someterse a ejecución. Se incluyen no sólo los elementos patrimoniales del quebrado al momento de la declaración de quiebra, sino también los que en un futuro pudiera adquirir, que irán a integrarse igualmente en la masa de la quiebra.

---

<sup>65</sup> Alex Patricio Loayza. Lecciones Elementales de Derecho Concursal. Colección Guías de Clase N° 31. Santiago de Chile. Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2004.

Debe formarse una masa activa en la que se encuentren los bienes con los que puedan cobrarse los acreedores, por tanto, de la masa deben salir aquellos bienes que no pertenezcan al quebrado, reduciendo la masa, y, por otro lado, existirán bienes que han salido del patrimonio del deudor pero que deben reintegrarse, lo cual se produce fundamentalmente por medio de la retroacción y las acciones revocatorias. Las operaciones de reducción de la masa tienen por objeto hacer salir de la misma los bienes que se encuentran en ella indebidamente. Por su parte, las operaciones de reintegración de la masa implican hacer volver a la misma determinados bienes que salieron en condiciones fraudulentas, y que, por pertenecer al quebrado, deben incluirse en el procedimiento de ejecución universal.

En definitiva, la masa se compone de aquellos bienes en poder del quebrado, susceptible de embargo y de aquellos que no se encuentran a su disposición, que le pertenece y que para su reintegración a la misma es necesario el ejercicio de diversas acciones, lo mismo que su exclusión<sup>66</sup>.

### ***21. Masa pasiva de la quiebra***

El objetivo de los procedimientos para determinar el pasivo apunta a establecer quienes conforman la masa pasiva de la quiebra, quienes tendrán derecho a pagarse dentro de ella como también la forma en que concurrirán al pago. La determinación del pasivo se logra mediante dos etapas: verificación de créditos y preferencias e impugnaciones de tales créditos y de las preferencias alegadas <sup>67</sup>.

La masa pasiva, está formada por los créditos contra el deudor fallido común. Se determina por la administración concursal, órgano encargado de realizar inventario de bienes y derechos del deudor, así como de elaborar lista de acreedores y de intervenir los actos realizados por el deudor.

La concurrencia de los acreedores para recibir su pago es conocida doctrinalmente como masa pasiva para que los acreedores se cubran su deuda. La declaración de quiebra lleva consigo la constitución de una masa o conjunto de acreedores a los que hay que satisfacer con la ejecución de los bienes del quebrado que forman la masa pasiva. Todos los acreedores anteriores a la declaración de quiebra que están sometidos a sus efectos y por consiguiente tienen derecho a participar en ella, se les denomina "acreedores concursales", mientras que los que efectivamente participan en la fase de liquidación de la quiebra se les llama "acreedores concurrentes".

### ***22. Desapoderamiento. (art. 939 Código de Comercio)***

El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que se adquieran hasta su rehabilitación; impidiéndole ejercitar los derechos de disposición y administración pasando de pleno derecho al síndico. Esa es la razón por la cual sus actos sobre los bienes desapoderados no producen efectos; es decir resultan

---

<sup>66</sup> Pedro Zamudio García. "Integración de la masa activa de la quiebra". 88-170.

<sup>67</sup> Loayza. Lecciones Elementales de Derecho Concursal. 2004.

ineficaces frente a los acreedores. En tanto, el fallido está desapoderado y le impide disponer de sus bienes; produciéndose en forma automática por la sola declaración de quiebra; si esto es así resulta forzoso concluir que esa ineficacia de los actos realizados en violación a esa norma puede ser directamente declarada por el juez, porque se trata de un efecto de la quiebra producido de pleno derecho. Para tal ineficacia basta la declaración de quiebra, pues no es sino una consecuencia del desapoderamiento que se produce automáticamente con ésta y opera de pleno derecho; como de pleno derecho se produce el desapoderamiento del que dicha ineficacia no es sino un efecto.

En el proceso de quiebra, el deudor se encuentra afectado por el fenómeno del desapoderamiento: su poder de disposición se encuentra neutralizado en forma absoluta, a pesar que continúa teniendo la propiedad de sus bienes, pero no la disposición. Es el principal efecto patrimonial que comienza en la fecha de la sentencia, siendo inoponibles todos los actos que el fallido otorgue después aun cuando no se hayan publicado edictos o anotadas las inhibiciones de bienes según su naturaleza. El fallido no se convierte en un incapaz, pues continúa teniendo la propiedad de los bienes desapoderados pero la legitimación para realizar los actos de disposición o administración sobre esos bienes, pasa el síndico concursal a disponer de éstos.

Es una institución de carácter procesal y cautelar, cuyo propósito es hacer posible el concurso de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, de manera que éste queda privado de la administración, en tanto que habiéndose tornado insolvente, su patrimonio embargable queda afecto en su integridad al cumplimiento de sus obligaciones para con los acreedores, quienes podrán disponer del patrocinio embargable y de sus frutos para hacerse pago de sus créditos <sup>68</sup>.

Es un acto de contribución necesaria por el fallido, como obligación que importa al deudor, teniendo la finalidad que el síndico cumpla con su deber de la mejor forma para, precisamente, incautar y formar el inventario. Esto es requerirle al fallido le suministre toda la información necesaria o abrir la correspondencia de este con intervención del tribunal, como también retener las cartas y documentos que tengan relación con los negocios comprendidos en la quiebra. Es una especie de embargo general que paraliza los poderes de disposición y goce que el fallido tenía antes de la quiebra, como atributos de su dominio, para entregarlos a los acreedores para que se paguen de sus créditos. Tiene dos aspectos: a) El aspecto material reflejado principalmente en la incautación e inventario y comprende el desapoderamiento de los bienes, el cierre de establecimientos, la aposición de sellos, la entrega de bienes por terceros al síndico. b) El aspecto jurídico, se traduce principalmente en la pérdida del derecho de administrar y disponer de sus bienes.

### ***23. Acción revocatoria concursal***

Es una acción que, bajo el cumplimiento de requisitos sustanciales y procesales, busca dejar sin efectos un acto realizado por el deudor fallido. Se trata de una acción de naturaleza personal que tiene por objeto reincorporar al patrimonio del deudor, para someter a la ejecución colectiva los bienes que salieron ilícitamente y en perjuicio de los acreedores. El caso del deudor, quien, al estar incurso en un estado de insolvencia declarada, ejecuta actos no prohibidos por el legislador -

---

<sup>68</sup> Loayza. Lecciones Elementales de Derecho Concursal. 2004.

como la venta de sus activos- causando de esta forma perjuicios a sus acreedores, puesto que afecta la prenda general de los acreedores, y disminuyendo el activo que puede entrar a garantizar el pasivo de dicho deudor. La legislación ha determinado que, bajo el cumplimiento de ciertas circunstancias, sería posible que el acreedor accione contra los actos ejecutados por el deudor con la finalidad de traer de nuevo a su patrimonio el activo que, por medio del negocio jurídico celebrado con un tercero, salió y produjo una desmejora en la prenda general de los acreedores<sup>69</sup>.

#### ***24. Ineficacia concursal. (art. 945. Código de Comercio)***

Uno de los aspectos del proceso de quiebra, consiste en que dentro de este puede lograrse que a la masa ingresen no sólo los bienes que el deudor posea al momento de la declaración de su estado de quiebra; sino aquellos elementos de la prenda común de los acreedores que hubieren salido en forma maliciosa y en perjuicio de los referidos acreedores. La ley ha consagrado beneficio de los acreedores ciertas acciones de anulabilidad o revocatorias, tendientes a procurar la reintegración del patrimonio, en caso de que el titular haya desplazado algunos activos en forma maliciosa o dolosa o que, por mera concesión de privilegios indebidos, hubiere roto el equilibrio deseado por la ley.

La ineficacia comprende todo supuesto en que un acto jurídico es privado de efectos sea total o parcialmente, entre las partes que lo otorgaron, frente a todos o ciertos terceros. Se incluyen en esta noción: la invalidez nulidad/anulabilidad-, la inexistencia, la inoponibilidad, la revocación, la resolución y la rescisión. En cambio, en un sentido más estricto, sólo comprendería aquellos actos que si bien son válidos o producen los efectos que le son propios, son ineficaces. En este caso, los actos inoponibles, así como aquellos que se resuelven, revocan o rescinden. La ineficacia es la sanción legal sobre un acto jurídico, que priva a éste de sus efectos normales entre los intervinientes, frente a determinadas personas. La invalidez es la ineficacia producida por vicios intrínsecos al acto. La ineficacia es general: es cualquier situación en la que el acto deja de producir efectos. Por lo cual, podemos encontrar casos de actos jurídicos válidos pero ineficaces.

Otro criterio establece la inoponibilidad concursal significa que no existen los efectos del acto impugnado respecto de los acreedores concursales, pero mantiene su validez y eficacia entre las partes y frente a terceros, salvo terceros acreedores<sup>70</sup>. El sistema de inoponibilidad estructurado en el derecho concursal argentino vigente, tiende a evitar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha causen un perjuicio a los acreedores considerados como conjunto, colectividad o masa. Por tal razón, estos actos pueden ser privados de efecto por el juez con relación a dichos acreedores y en la medida del perjuicio causado. Los actos, pues, encuadrados en tal sentido, no son declarados inválidos, sino solo inoponibles a los acreedores, o sea sin efecto

---

<sup>69</sup> Hernández Guayambuco, Luz Dary. “Aproximación teórica de la Acción Revocatoria Concursal en el Derecho argentino desde un estudio de sus normas y doctrina, en el marco del Derecho concursal” Revista VIA IURIS, núm. 13, julio-diciembre, 2012, pp. 73-84. Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia.

<sup>70</sup> Lizárraga Vera-Portocarrero. “Actos perjudiciales contra la masa concursal. Un análisis práctico de su aplicación”. Pp. 367-379.

respecto de ellos. En consecuencia, los actos son plenamente válidos y eficaces, no solamente entre las partes, sino también con relación a terceros, con excepción de los terceros acreedores”<sup>71</sup>.

### ***Fraude a los acreedores***

La base fáctica de la ineficacia concursal se fundamenta que en la denominada quiebra oculta: el deudor realiza una serie de actos jurídicos que en última instancia menoscaban y deterioran el acervo patrimonial considerado prenda común de las obligaciones. Garrigues señala que a la declaración de quiebra suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viéndola próxima la quiebra, procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla; intenta salvar algunos bienes en beneficio particular por el procedimiento de supuestas enajenaciones a personas de confianza; pretende colocar en situación privilegiada a los acreedores más propicios en su afecto o satisface anticipadamente ciertos créditos. Con este proceder, característico del período inmediato a la quiebra, el deudor encontrándose realmente en estado de cesación de pagos, perjudica a sus acreedores, porque subtrae bienes de su garantía común, o vulnera el principio de la igualdad de condición de todos ellos<sup>72</sup>.

Con la finalidad de asegurar la masa concursal; las normas concursales establecen restricciones a su disposición. Los efectos del concurso no solo se producen desde el momento en que se publica el aviso del inicio del mismo, sino que afecta a los actos de disposición realizados por el deudor en un periodo anterior a esta publicación. Estos actos realizados por el deudor en circunstancias previas a la declaración de concurso, pero en plena etapa de formación y desarrollo de la crisis patrimonial del deudor, se denominan fraude a los acreedores, toda vez que, en su mayoría, dichos actos de desapoderamiento del patrimonio del deudor son realizados en beneficio único y exclusivo del deudor o de algún acreedor; de este modo la salvaguarda sus propios intereses y no el de la colectividad de sus acreedores, teniendo en cuenta es el deudor el primero en percatarse de su situación de crisis. Para que una norma concursal funcione, entre otros aspectos que debe contener la protección de los activos del negocio en crisis debe ser efectiva. El derecho concursal tiene como herramienta para la protección de este tipo de actos fraudulentos realizados por el deudor una de las instituciones más importante: la ineficacia concursal o acción rescisoria<sup>73</sup>.

### ***Hipótesis***

El Código de Comercio venezolano, se establece que se consideran nulos y sin efecto respecto de los acreedores del concurso los actos siguientes, cuando han sido ejecutados por el deudor después de la época de la cesación de los pagos, o en los diez días que preceden a dicha época, a saber:

- a) Las enajenaciones de bienes muebles o inmuebles, a título gratuito.

---

<sup>71</sup> GRILLO, Horacio Augusto. “Período de Sospecha en la Legislación Concursal”. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2001. p. 2.

<sup>72</sup> GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo V. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p. 53.

<sup>73</sup> Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero. Los actos de disposición del deudor concursado como materia de ineficacia concursal. análisis del perjuicio y desarrollo normal de la actividad del deudor de dichos actos en el denominado periodo de sospecha. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2016. Pp. 541-571.

b) Las hipotecas convencionales o judiciales, derechos de anticresis, prenda y cualquier privilegio o causa de preferencia en el pago, obtenidos sobre bienes del deudor, por deudas contraídas con anterioridad a los diez días indicados.

c) Los pagos de deudas de plazo no vencido.

d) Los pagos de deudas de plazo vencido, que fueren hechos de otra manera que en dinero o en papeles negociables, si la obligación era pagadera en efectivo.

## ***25. Nombramiento del síndico***

La segunda estipulación de la sentencia de quiebra en el Derecho venezolano es la designación del síndico. En este sentido la doctrina extranjera ha establecido que la actuación del síndico se desarrolla en protección de un interés privado; es un sujeto auxiliar de la justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional. Sus funciones están determinadas por la ley respectiva tanto en interés del deudor, como de los acreedores; y del proceso colectivo en general, como sucede con otros auxiliares de la justicia. La función del síndico en el derecho mercantil venezolano prevé que debe administrar el patrimonio del fallido y proceder a todas las operaciones útiles para la conservación de los derechos de los acreedores especialmente el cobro de las acreencias del fallido. Representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y los derechos del fallido en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por la ley. Es un órgano del concurso cuyas atribuciones, legitimación y responsabilidades son conferidas por la ley.

## **CONCLUSIÓN**

El presente trabajo está referido a la hipótesis del estado de quiebra tanto como situación patrimonial que debe ser constatado contablemente a través de los respectivos estados financieros y procedimiento jurídico. Esta se origina en virtud de una situación de insolvencia que se manifiesta frente a los acreedores en incumplimientos de cancelación de pagos de manera general y permanente que abarca tanto las deudas vencidas como las que todavía no son exigibles; aunque este síntoma no es el único. La situación económica de la empresa delata su inevitable desaparición lo que se ha identificado por quiebra oculta; se constituye desde la perspectiva legal como una causal de disolución anticipada de la sociedad mercantil.

Si bien existe un hecho patrimonial que define la quiebra resulta necesario la declaratoria judicial producto de una demanda o solicitud de pronunciamiento incoado por el propio deudor en estado de insolvencia conforme a la redacción del dispositivo legal del Código de Comercio – art. 925- se vislumbra como una carga obligatoria o de los acreedores – art. 931-. Por ser un procedimiento judicial obviamente la declaración debe estar precedida por una fase de contradicción y probatoria para que el juez se pronuncie al respecto, destacando como medio de prueba la contabilidad de la empresa particularmente los estados financieros entre ellos el balance de situación.

Ciertamente se refleja en la doctrina un debate sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de la sentencia que se pronuncia sobre la quiebra, pero la realidad es que a través de ésta se genera

una situación jurídica distinta a la que la antecedía, superando la simple constatación judicial del estado de insolvencia que la origina. Sin embargo, resulta menester afirmar que la quiebra puede ser declarada de oficio por el juez cuando fracasa el procedimiento concursal de atraso. –art. 911 Código de Comercio-

La finalidad del procedimiento judicial de quiebra es la protección y posterior satisfacción de las deudas del deudor fallido a través de la conformación de la masa activa que consiste en la identificación de los bienes de su patrimonio y la pasiva en la identificación de las acreencias como sus acreedores; ambas se conforman con carácter indivisible; aunado a las medidas necesarias para su mantenimiento. A través de la liquidación del patrimonio del fallido por el síndico se realizaría la partición o distribución equitativa a los acreedores para satisfacer sus acreencias.

Por la designación del síndico se produce el desapoderamiento del deudor fallido, es decir la incapacidad para disponer y administrar la totalidad de su patrimonio abarcando todos los bienes sin importar el origen de éstos sean adquiridos a título civil o mercantil. También, se le faculta al síndico a desarrollar una serie de diligencias que abarca tanto el antes como después de la declaración de quiebra.

Como fundamento necesario del procedimiento de quiebra es la determinación de denominado periodo sospecho; consiste en que la situación de insolvencia patrimonial del fallido es el resultado de un proceso paulatino de decisiones gerenciales poco afortunadas que deterioran la rentabilidad y solvencia de la empresa. En este particular, se asume que la administración realizó negocios jurídicos en detrimento de sus acreedores incluso de manera dolosa para favorecer a una parcialidad en menoscabo de la totalidad. En este sentido, surge la posibilidad que el síndico pueda solicitar la nulidad de los negocios que considere que hayan menoscabado el patrimonio del fallido como garantía de sus acreencias.

La legislación prevé la figura jurídica de la retroacción que significa que los efectos jurídicos de la quiebra se retrotraen a la fecha de la cesación de los pagos cuya ocurrencia se suscita con anterioridad a la declaración judicial siendo determinada o especificada por esta. Esta fecha establecida por la declaración judicial, coinciden la doctrina nacional y extranjera, su carácter provisional, pues puede ser controvertida e impugnada por los solicitantes de la quiebra, bajo el argumento que inicialmente el conocimiento del juez sobre la situación patrimonial del fallido es limitado conforme a lo probado en el procedimiento. Como toda sentencia esta debe adquirir cualidad de cosa juzgada para que tenga efectos plenos. La ocupación e incautación por los síndicos de los instrumentos y registros de contabilidad del fallido pudiesen traer nuevos indicios sobre la fecha exacta del inicio de la cesación de pagos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Acedo de Lepervanche. Luisa T. “La disolución de la sociedad anónima en el código de comercio de 1904 y su relación con el código de comercio vigente”. Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas- 2004.

- Acedo Mendoza Manuel y Acedo de Lepervanche. Luisa. “La Sociedad Anónima”. Vadell-hermanos Editores. Tercera Edición. Valencia- Caracas. Mayo 1996.
- Alonso Espinosa. Francisco J. “Soluciones judiciales a las situaciones de crisis económica de la empresa”. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. N° 12.1994.
- Arroyo Chacón, Jennifer Isabel. “Análisis de la quiebra desde la perspectiva financiera-contable y desde la perspectiva jurídica y el Contrato de Concordato como una manera de mantener la hipótesis del Negocio en Marcha”. Derecho en Sociedad N° 6. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT. Costa Rica. (enero 2014). Acceso:31.08.2024.[https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis\\_de\\_la\\_quiebra\\_perspetiva\\_jur%C3%ADdica\\_y\\_financiera\\_contable.pdf](https://www.profesorajenniferarroyo.com/images/documentos/contaduria/Analisis_de_la_quiebra_perspetiva_jur%C3%ADdica_y_financiera_contable.pdf).
- Ascarelli. Tulio. “Derecho Mercantil”. México D.F. Porrúa, 1940.
- Baeza Ovalle. José Gonzalo “petición de quiebra y abuso del derecho”. *Ars Boni et Aequi* (año 8 no 1). 2012.
- Bravo Herrera, Fernando. “Modelos predictivos de la probabilidad de insolvencia en microempresas chilenas”. Contaduría Universidad de Antioquia. N° 53. Medellín. 2008.
- Baumeister Toledo. Alberto. “Análisis y consideraciones sobre los convenios con deudores y en especial con los fallidos en el derecho concursal venezolano”. Ponencia presentada por el autor al II Congreso del Instituto Ibero-Americano de Derecho Concursal, Mérida, México, noviembre. 2006.
- Broseta Pont. Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Tecnos. Séptima Edición. Madrid.
- Brunetti, Antonio “Sociedades Mercantiles”, Serie Clásicos del Derecho Societario. Tomo I. México: Editorial Jurídica Universitaria, agosto, 2001.
- Cabrejas Guijarro. María Del Mar. Retroacción de la quiebra. Estudios Financieros. Num. 27. 51/2003.
- Carta Rivero, Julio Alexander. “Disolución y liquidación para la extinción de las compañías anónimas ¿figuras jurídicas de imposible o difícil cumplimiento en el ordenamiento jurídico venezolano actual?” Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 8. Homenaje al Prof. Pedro Pineda León. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2021.
- Contreras Puelles. Roberto. “Quiebra fraudulenta y desasimio de bienes”. Comentario de la SCA de Santiago de 10 de agosto del año 2016 (Rol N°2127-2016). Revista Jurídica Digital UANDES 2/1 (2018).
- Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Caracas, 28-03-1977. Ponente. Pedro Linares Pérez.

- Costa Braga de Oliveira, Pedro Alberto. “Apuntes sobre el régimen concursal brasileño”. Revista Practica Latinoamericana. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. N° 6/2003.
- Fernández, Raymundo. “El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos”. En Tratado teórico - práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. (173-188). Buenos Aires. Compañía Impresora Argentina. 1937.
- Fernández Aguado, Juan Ignacio. “Las acciones revocatorias”. Revistas Comillas. Icade. Revistas de la Facultad de Derecho. Núm. 61 (2004): enero-abril.
- Fidhel Gonzales, Luis Ernesto. “La extinción de la sociedad mercantil”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N° 7 Homenaje al Dr. Fernando Martínez Riviello. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil A.C. Caracas 2021.
- Garrigues, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo V. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987.
- Grillo, Horacio Augusto. “Período de Sospecha en la Legislación Concursal”. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.
- Goldschmidt, Roberto. “Curso de Derecho Mercantil”. Caracas: Ediar Venezolana s.r.l. 1979.
- Hernández Guayambuco, Luz Dary. “Aproximación teórica de la Acción Revocatoria Concursal en el Derecho argentino desde un estudio de sus normas y doctrina, en el marco del Derecho concursal” Revista VIA IURIS, núm. 13, julio-diciembre, 2012, pp. 73-84. Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia.
- Hung Villant, Francisco. Sociedades. Vadell hermanos Editores- 6° Edición, revisada, corregida y puesta al día- Valencia-Caracas- Venezuela.2005.
- Jiménez Zeledón, Mariano. “La quiebra técnica en el Código de Comercio”. Revista Judicial, Costa Rica, N° 101, Setiembre 2011.
- Juppet Ewing, María Fernanda. Liquidación de una sociedad mercantil. Revista Actualidad Jurídica N° 30. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Julio 2014.
- Kolind-Hansen, Lisbeth Benavides. “El Período de sospecha en la Ley General del Sistema Concursal”. Derecho Concursal. Revista de Derecho Administrativo. Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año 2011Número 10, Fascículo: 2.
- Malagarriga, Carlos C. “Tratado Comercial de Derecho Comercial”. Tomo IV. Quiebras y prescripción. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina. 1963.

- Manzano, Fabio Rinaldi. “Eficacia de la Sentencia de Quiebra Extranjera. La Desarmonía de Brasil Frente a Mayoría de los Países del MERCOSUR (Argentina, Uruguay y Paraguay). [en línea]. Maestría en Derecho Empresario Económico. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Disponible: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/eficacia-sentencia-quiebra-extranjera.pdf>. Fecha de consulta: 25-10-2025.
- Miquel, Juan Luis. “El concepto de ineficacia y el principio de relatividad de la revocación concursal”. IDEARIUM. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Editorial Idearium. Mendoza- República Argentina. N° 8/9. (1982-1983).
- Miguens. Héctor José. El concepto de “estado de cesación de pagos” en el derecho concursal argentino. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. , N° 16, 2012.
- Morles Hernández. Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo II. Las sociedades mercantiles. Tercera Edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello: 1989.
- Morles Hernández, Alfredo. “La disolución de las sociedades mercantiles”. Cuestiones de Derecho Societario. Serie Estudios 63. 55-128. Caracas. Academia de Ciencias Políticas. 2006.
- Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony. “Actos perjudiciales contra la masa concursal. Un análisis práctico de su aplicación”. Círculo de Derecho Administrativo. RDAS 11. Contencioso Administrativo.
- Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony. “Los actos de disposición del deudor concursado como materia de ineficacia concursal. análisis del perjuicio y desarrollo normal de la actividad del deudor de dichos actos en el denominado periodo de sospecha”. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2016.
- Loayza, Alex Patricio. “Lecciones Elementales de Derecho Concursal”. Colección Guías de Clase N° 31. Santiago de Chile. Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2004.
- López Gianopoulos. Set Leonel. “La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial. Instituto de Investigaciones Jurídicas. N° 35 (2013). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pages Cubeddu, Mariana. “Efectos de la quiebra”. (Trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, noviembre 2003).
- Pisani Ricci. María Auxiliadora. La Quiebra Derecho Venezolano (Caracas: Universidad Central de Venezuela, Caracas- 2009)

- Quintana Adriano. Elvia Arcelia. “Garantías en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”. *Revista de Derecho Privado*. Año 8 Número 22 enero. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Abril Año 1997.
- Ríos Arrieta. Rafael. “Estudios sobre la Quiebra”. *La Cesación de Pagos*. Caracas. Editorial Pensamiento Vivo, 1962.
- Tasies Beleta. Ricard. “Sobre la naturaleza jurídica del instituto de la retroacción en el proceso de quiebra”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 5, 2002.
- Salvatierra, Juan Cruz. “Los delitos de quiebra”. Trabajo Final Integrador. Especialización en Derecho Empresario. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. s/f. <https://core.ac.uk/download/pdf/328877477.pdf>.
- Schmerler Vainstein, Daniel. “Ineficacia de actos en el “período de sospecha”: buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (indecopi). Vol. 7 Núm. 12 (2011). Gobierno del Perú.
- Torres Quintero. Amparo Z, “La cesación de pagos en el procedimiento concursal de quiebra en las sociedades anónimas de capital social cerrado en el derecho concursal venezolano”. (Trabajo de Grado para optar al Título de Magister Scientiarum en Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira. 2017).
- Urizar Monzón, Ronald Enrique. “La predicción de la quiebra empresarial. Una revisión del modelo de Edward Altman”. *Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI (Centro Universitario de Oriente de la Universidad San Carlos de Guatemala)*. USAC, , Vol. 7, N° 1, 2023.
- Yáñez Evangelista, Javier. *El sistema de reintegración concursal en la reforma de la ley concursal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, enero-abril de 2022.
- Zamudio García, Pedro. “Integración de la masa activa de la quiebra”. (Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales “Aragón”. Universidad Nacional Autónoma de México, noviembre 1987).

# *Separación del socio de una sociedad mercantil por extinción de su causa individual en el ordenamiento jurídico venezolano*

**Roberto Alfredo Ferrer Ocando\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 232-242

**Resumen:** El artículo tuvo como finalidad un estudio sobre de un estudio de la naturaleza jurídica del contrato de sociedad mercantil y su causa a los fines de plantear una posición por medio de la cual el socio disconforme puede pretender separarse de la compañía sin que lo anterior signifique la disolución total de la misma. Para ello se emplea una metodología de corte documental y bibliográfica, con enfoque epistemológico post positivista, arrojando como resultado la afirmación sobre la factibilidad de la pretensión de separación del socio de una sociedad mercantil, aduciendo la resolución de contrato por la extinción de su causa particular.

**Palabras claves:** Separación, sociedad mercantil, causa

*Separation of a shareholder from a company caused by the extinction of his individual cause, in Venezuelan law*

**Abstract:** *The purpose of the article was a study of the legal nature of the commercial company contract and its cause in order to propose a position through which the dissatisfied partner can seek to separate from the company without the above meaning the total dissolution of it. For this, a documentary and bibliographic methodology is used, with a post-positivist epistemological approach, resulting in the affirmation about the feasibility of the claim of separation of the partner of a commercial company, through contract resolution, for the extinction of its particular cause.*

**Keywords:** *Separation, commercial company, cause*

**Recibido:** 18/11/2024  
**Aprobado:** 29/11/2024

---

\* Msc. en Derecho Mercantil egresado de la Universidad Rafael Beloso Chacín, Abogado titulado en la Universidad Rafael Urdaneta. Abogado asociado de Ferrer, Ocando & Asoc. E-mail: Robertoalfredof27@gmail.com

# *Separación del socio de una sociedad mercantil por extinción de su causa individual en el ordenamiento jurídico venezolano*

**Roberto Alfredo Ferrer Ocando\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 232-242

## **SUMARIO:**

INTRODUCCIÓN. 1.- La causa en el contrato de sociedad mercantil. 2.-Naturaleza plurilateral del contrato de sociedad mercantil. 3.- Separación del socio. 4. Discusión. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA

## **INTRODUCCIÓN**

Dentro del derecho mercantil, más específicamente en el derecho societario, uno de los debates más álgidos son los mecanismos que tienen los socios para resolver sus diferencias dentro del seno societario, e incluso de defenderse en caso de abuso de posición de dominio por parte de los accionistas minoritarios, en pro de hacer valer sus derechos vinculados a su condición de socio.

Una de estas es la acción de disolución de la sociedad mercantil por pérdida de la affectio societatis, fundamentada en el artículo 340 ordinal 2do del Código de Comercio (1955), así como en el artículo 1679 del Código Civil (1982), a través de los cuales se propone la extinción de dicho ente societario producto de las desavenencias entre sus socios, lo cual hace imposible la consecución del objeto social.

Sin embargo, dicha acción no ha sido plenamente aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia patria, por cuanto aún tiene una serie de detractores que consideran muy extrema dicha postura, estableciendo que la misma puede violentar derechos constitucionales como el de libre asociación y desarrollo de la actividad económica, en aquellos socios que deseen permanecer vinculados.

Por otro lado, entre las formas de extinción del vínculo entre el socio y la compañía, el Código de Comercio (1955) contempla la figura de la separación, siendo esta una forma voluntaria de disolución del vínculo individual del accionista para con el ente societario, en ciertos casos contemplados en la ley mercantil venezolana.

Así, aunque dicha separación únicamente se contempla en la ley mercantil en ciertos casos, la naturaleza del vínculo societario permite extender el uso de esta figura a todo caso donde el socio se encuentre disconforme con el desarrollo de la vida societaria, acción la cual brindaría un arma de defensa importante del socio frente a abusos de posición de dominio por parte de accionistas minoritarios, y serviría como válvula de escape en aquellos casos donde

---

\* Msc. en Derecho Mercantil egresado de la Universidad Rafael Bellosó Chacín, Abogado titulado en la Universidad Rafael Urdaneta. Abogado asociado de Ferrer, Ocando & Asoc. E-mail: Robertoalfredof27@gmail.com

existen desavenencias entre los socios y sin embargo algunos pretenden la permanencia de la sociedad, sin tener que disolverla anticipadamente.

Por lo tanto, este trabajo pretende, a través de un estudio de la naturaleza jurídica del contrato de sociedad mercantil, plantear una posición por medio de la cual el socio disconforme puede pretender separarse de la compañía sin que lo anterior signifique la disolución total de la misma.

### ***1. La causa en el contrato de sociedad mercantil***

El artículo 1649 del Código Civil venezolano 1982, define a la sociedad como un contrato entre dos o más personas, inspirado en el principio de la libertad de las voluntades, sustentada, de acuerdo a Núñez<sup>1</sup>, en la teoría contractual elaborada sobre la base de la noción clásica y tradicional del contrato en Derecho Civil.

De esta manera, al ser considerada la sociedad mercantil como derivada de un contrato, son aplicables las reglas generales de fondo que el ordenamiento jurídico impone a toda convención entre personas; siendo estas cuatro: 1° consentimiento no viciado; 2° capacidad de las partes; 3° objeto lícito; y 4° causa lícita.

Sobre esta causa lícita, afirma el jurista patrio que, como según la tesis contractual del derecho romano la sociedad es un contrato sinalagmático, de forma que se caracteriza por imponer a las partes prestaciones recíprocas, desde este punto de vista la causa de las obligaciones individuales de los socios tiene su fundamento en los aportes prometidos o realizados por los demás socios.

Por otro lado, al estudiar la palabra "objeto" en el sentido del fin perseguido por la sociedad, quedó establecido por Núñez<sup>2</sup> que se refiere a la especie de negocios que se proponía realizar la sociedad y el mismo debía ser lícito. Ahora bien, para algunos, continúa el autor venezolano, este fin no debe confundirse con el fin perseguido individualmente por los socios, mientras que, para otros, en cambio, la exigencia de licitud del objeto social y del fin perseguido por los socios se confunden.

De esta manera, afirma el jurista venezolano que los socios, es cierto, persiguen al asociarse un fin económico y común, de manera que todos deben participar en los beneficios que se obtengan y en las pérdidas que se sufran. Este elemento es característico del contrato de sociedad y sin él no se estará en presencia de una sociedad mercantil, pero para lograr este resultado se han propuesto como fin inmediato y determinante la explotación de tal categoría de comercio o de industria, la cual viene a ser, según Lagarde<sup>3</sup>, la causa particular a la agrupación y común a todos sus miembros.

Luego, continúa Núñez<sup>4</sup> afirmando que en el contrato de sociedad todo parece indicar que la exigencia de licitud de objeto y causa se confunden, pues cuando se dice que el objeto social debe ser lícito, la misma fórmula, sin duda alguna, priva para los socios, de manera que,

---

<sup>1</sup> Núñez, Jorge: *Sociedades Mercantiles*, Universidad del Zulia. Maracaibo, 1976.

<sup>2</sup> Núñez, J. *Sociedades Mercantiles*

<sup>3</sup> Lagarde, Gaston: *Traite de Droit Commercial*, Librairie Dalloz. Paris, 1954.

<sup>4</sup> Núñez, J. *Sociedades Mercantiles*

cuando se trata de establecer la licitud del objeto o de la causa en materia de sociedades mercantiles, no es posible distinguir entre el fin perseguido por la sociedad y el de los socios, pues en este sentido el fin perseguido por éstos se identifica con el perseguido por aquélla.

Sin embargo, sobre el concepto de causa, Colin y Capitant<sup>5</sup> establecen que la causa se encuentra en todas las obligaciones que tienen su fuente en la voluntad del individuo, de manera que, siempre que una persona se obliga lo hace en vista de un fin inmediato, directo, que la determina a establecer la obligación; fin al cual se le llama causa.

Así, los doctrinarios plantean una doble división de dicho concepto, siendo una la causa (causa próxima) de una obligación convencional, la razón inmediata, arrecia, siempre la misma en cada contrato determinado, que ha impulsado al deudor a obligarse, dado que ha celebrado tal contrato más bien que tal otro, mientras que, el motivo, por el contrario (causa remota) es el móvil personal de cada individuo, variable con cada contratante, variable hasta el infinito, que impulsa a un individuo a contratar.

De esta manera, establece el doctrinario, acerca de la causa del contrato y acerca de los motivos, cuando se habla de motivos del contrato, se hace referencia, de ordinario, a los motivos por los cuales se ha determinado el contratante singular. Así, igualmente, la causa del contrato debe referirse a cada uno de los contratantes, porque la misma, aun en un mismo contrato, es diversa, según el contratante singular.

A partir de esta conceptualización, plantea Messineo<sup>6</sup> una diferenciación entre la finalidad a la que tiende el socio singular, la cual es la finalidad de lucro particular; y la finalidad de lucro de la sociedad, por cuanto el nexo entre ellas es circunstancial: la finalidad de lucro de los socios se persigue a través de la finalidad de lucro de la sociedad; incluso, estos socios. en tanto constituyen la sociedad, en cuanto consideren que, a través de la actividad de ésta, la obtención del lucro sea más fácil y el lucro pueda ser de dimensiones mayores. Así, continua el autor, la finalidad de lucro de la sociedad debe considerarse distinta de la de los socios, por cuanto el lucro obtenido por la sociedad puede no ir todo a los socios y puede haber un lucro social que esté destinado a no ser distribuido a los socios; y, sin embargo, el lucro existe, como lucro social. Por consiguiente, afirma, no es aceptable la tesis por la cual lucro social y lucro de los socios serían, en definitiva, una sola entidad.

De igual tesis es Ripert<sup>7</sup>, quien plantea que la finalidad de la sociedad es el lucro, consistente en la realización y la distribución de ganancias, pero esa finalidad no siempre se alcanza y las sociedades pueden a veces sufrir pérdidas, de manera que puede estimarse que hay que esperar a la terminación de la sociedad para conocer si el resultado final es de ganancias o de pérdidas.

## ***2. Naturaleza plurilateral del contrato de sociedad mercantil***

Por otro lado, con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo societario, durante mucho tiempo, afirma Nuñez<sup>8</sup>, la teoría contractual fue la única que sirvió para explicar el fundamento jurídico de las sociedades mercantiles en general, incluso el de las sociedades anónimas,

---

<sup>5</sup> Colin, Ambrosio., & Capitant, H: *Curso Elemental de Derecho Civil* (Vol. III). Reus. Madrid: 1943.

<sup>6</sup> Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. V). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.. 1971.

<sup>7</sup> Ripert, Georges. *Traite Élémentaire de Droit Commercial. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*. Paris. 1972

<sup>8</sup> Nuñez, J. *Sociedades Mercantiles*

estableciendo que su origen se debe a la influencia del derecho romano que consideraba a la sociedad como contrato, tal como lo hace hoy el Código Civil (1982) en su mencionado artículo 1649.

De esta manera, para la teoría contractual tradicional, continúa el autor, los socios son simples cocontratantes que gozan de amplia libertad para establecer sus propias estipulaciones, y los únicos dueños de la sociedad, cuyo poder supremo lo ejercen en Asamblea General, máxima autoridad de la sociedad, y en ésta nombran y revocan a sus mandatarios: los administradores.

Por otro lado, afirma el jurista patrio que, como del contrato que deriva de entre las partes surge una persona jurídica, distinta de la de sus miembros, se recurre, para explicar su existencia, a la teoría de la ficción, la cual sólo considera como sujeto de derechos y obligaciones al ser humano, de esta manera, constituyéndose y funcionando conforme a las estipulaciones de los socios, quienes son sus dueños.

Sin embargo, sobre ella, establece Nuñez<sup>9</sup> que la misma no satisface plenamente, porque el acto constitutivo de la sociedad presenta características muy distintas a las del simple contrato ordinario, y da origen a una persona jurídica que engendra relaciones entre la sociedad y los terceros, y entre los administradores y los socios, muy difíciles de explicar a través de la teoría contractual.

Así, continúa estableciendo que dicha tesis contractual considera, en efecto, a los socios, como dueños de la sociedad y, por ende, de su activo social, sin embargo, éste no les pertenece, correspondiendo su propiedad a la sociedad y con él responde de sus obligaciones frente a los acreedores sociales. Sostener lo contrario sería lo mismo que negar la personalidad jurídica de la sociedad.

De esta manera, concluye el autor, el socio es entonces un simple aportante y más que un derecho en la sociedad lo que tiene es un derecho contra ésta: durante su funcionamiento a los beneficios anuales, y al disolverse, sobre el activo neto, teniendo también derecho a participar en las Asambleas Generales, y a nombrar y revocar los administradores.

Por otro lado, se tiene la teoría que concibe a dicho acuerdo como plurilateral, teniendo como expositor a Ascarelli<sup>10</sup> y siendo acogida de manera implícita por el legislador italiano de 1942, y a su vez seguida por parte de la doctrina alemana, la cual establece que la sociedad es un contrato plurilateral, en el que intervienen más de dos partes esto es, en el que cada una de ellas tiene, no una contraparte, sino una serie de contrapartes.

Sin embargo, sobre esta característica, afirma Salandra<sup>11</sup> no es el número de las partes lo que determina su carácter de contrato plurilateral. El legislador italiano, dice el autor, es cierto, ha previsto en el artículo 1420 del Código Civil italiano (1942) disposiciones particulares para el contrato plurilateral de más de dos personas, pero él no ha dicho que la cifra superior a dos personas sea absolutamente necesaria para configurar el contrato plurilateral.

---

<sup>9</sup> Nuñez, J *Sociedades Mercantiles*

<sup>10</sup> Ascarelli, Tulio. *Sociedades y Asociaciones*. Ediar. Buenos Aires. 1947

<sup>11</sup> Salandra, Vittorio: *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*. RDC. Bologna. 1951

Por consiguiente, establece el autor italiano que el contrato plurilateral no se define por el número de las partes, sino por la dirección dada a sus prestaciones, que, en este caso, es una dirección idéntica para cada parte y común a todas, de manera que sus prestaciones nunca son recíprocas, aun cuando las partes sean solamente dos; de lo cual, se deriva que dicho contrato pierda todas sus características el *intuitu personae*, concretamente en las sociedades anónimas, pues es un contrato abierto a todos aquellos que quieran contratar mediante la suscripción de acciones.

De la misma manera, establece Jimenez<sup>12</sup> que el contrato de sociedad es plurilateral y no bilateral, lo cual significa que lo que caracteriza al mismo no es la naturaleza de la prestación, ya que las prestaciones ingresan en la sociedad y no tienen que ser equivalentes; además, dicho acuerdo es de naturaleza organizativa, de carácter duradero y de colaboración, y en él está presente la idea de la comunidad de fin y de la reascendencia que tiene para la generalidad el hecho de que da vida a un ente.

Por otro lado, afirma Nuñez<sup>13</sup> que el objeto del contrato plurilateral, puede ser diferente para cada una de las partes, pudiendo sus prestaciones ser tan variadas como lo permita la gama infinita de los aportes, pese a que el fin perseguido sea común, de manera que un socio puede aportar dinero, otro un inmueble, con miras a explotar la sociedad, a diferencia del contrato ordinario, donde basta enunciar el nombre del contrato para poder determinar jurídicamente el contenido normal de las prestaciones.

A su vez, continua el jurista patrio, al ser el objeto del contrato diferente para cada socio, la parte que cada uno de estos puede tener en el contrato plurilateral es independiente de la de los otros, de manera que pueden darse acuerdos como, por ejemplo, el caso donde quien posea más acciones, tiene derecho a mayor participación en los beneficios.

Por otro lado, establece Ascarelli<sup>14</sup> que la función principal del contrato plurilateral es la de reglamentar una actividad futura y el vínculo social que establece es esencialmente durable, porque de él surge una agrupación organizada que tiene necesidad, para poder funcionar, de la entrega inicial de los fondos. El resultado jurídico del contrato plurilateral es entonces una agrupación organizada con personalidad jurídica, y a ello se debe, afirma Nuñez<sup>15</sup>, que los juristas alemanes prefieran considerarlo como contrato de organización, en lugar de contrato plurilateral, por cuanto el mismo da nacimiento a una persona jurídica y no puede, por consiguiente, producir únicamente los efectos jurídicos queridos por las partes, pues la constitución de este ser mercantil concierne a los intereses generales y debe, por ende, estar sometido a un régimen jurídico particular que no puede ser el de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, Messineo<sup>16</sup> plantea que en el mismo se realizan aportes con el objetivo ulterior de constituir un fondo común para posteriormente dividir la ganancia o las pérdidas que de ello deriven, aun cuando cada aporte pueda diferir, en cuanto al contenido, de cada uno de los otros

---

<sup>12</sup> Jimenez, Guillermo. *Derecho Mercantil*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002.

<sup>13</sup> Nuñez, J. *Sociedades Mercantiles*

<sup>14</sup> Ascarelli, T. *Sociedades y Asociaciones*

<sup>15</sup> Nuñez, J. *Sociedades Mercantiles*

<sup>16</sup> Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. V).

De lo anterior, se deriva que el carácter del denominado contrato plurilateral es que, mediante el mismo las partes persiguen una finalidad común y que, sin embargo, así dicho contrato se manifiesta como acto colectivo, estableciendo a la sociedad como ejemplo, donde son característicos la ausencia del elemento consentimiento, la identidad del contenido de las declaraciones de voluntad y la posibilidad de la formación mediante deliberación mayoritaria.

### **3. Separación del socio**

Mientras que mediante la disolución se extingue de forma general el vínculo social con respecto a todos los socios, Morles<sup>17</sup> plantea que la separación, junto a la exclusión, son causas de extinción del mismo con respecto a uno o a varios de los socios solamente, por lo cual, a dicha situación, de acuerdo a parte de la doctrina patria, se le puede llamar disolución parcial.

Así, sobre esta separación, afirma Garrigues<sup>18</sup> que, dentro del derecho español, como acto puramente voluntario del socio disconforme, se le reconoce como derecho, al socio no conforme con la revisión del valor de su aportación no dineraria, al que no haya votado a favor de la modificación de los estatutos consistente en el cambio de objeto social, o del acuerdo de transformación o de fusión, por cuanto no se puede obligar al socio a continuar en la sociedad cuando en ella se han operado esas mutaciones sustanciales.

A lo anterior, añade el autor que, en el primer supuesto, el socio tiene derecho a la devolución de su aportación; en el segundo, al reembolso de sus acciones al precio de cotización media del último semestre o al que resulte de la apreciación del patrimonio líquido según el último balance aprobado; y en los últimos dos, a la entrega de la parte que le corresponda en el Patrimonio social según el balance cerrado el día anterior al de la fecha del acuerdo de transformación o de fusión.

Haciendo un enfoque en la legislación venezolana, Morles<sup>19</sup> plantea que el accionista de la sociedad anónima puede separarse de la sociedad, de acuerdo al artículo 282 del Código de Comercio (1955), en dos escenarios: cuando no convenga en el aumento o en el reintegro del capital social o en el cambio de objeto de la sociedad, o cuando no convenga en la prórroga o en la transformación de la misma.

Por otro lado, establece el mencionado autor que la doctrina discrepa acerca del punto de la naturaleza del derecho de receso, por cuanto se discute, especialmente, el carácter de orden público de dicha institución, ya que, si tiene esta cualidad, es irrenunciable convencionalmente, estableciendo en este sentido Burgos<sup>20</sup>, que dicho derecho se encuentra estrechamente vinculado a la protección de las minorías contra los poderes excesivos de las mayorías.

### **4. Discusión**

De esta manera, es posible afirmar, en cuanto a la causa lícita del contrato de sociedad, que a partir de la tesis del contrato de sociedad como plurilateral y la distinción previamente

---

<sup>17</sup> Morles Hernández, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil (Vol. II). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2009

<sup>18</sup> Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México. 1977.

<sup>19</sup> Morles, A. Curso de Derecho Mercantil (Vol. II)

<sup>20</sup> Burgos, Jose. El derecho de receso como institucion de orden publico. Su justificacion. *Revista de la Bolsa de Valores de Caracas*. Caracas. 1978.

expuesta de los conceptos de causa y motivo, Messineo<sup>21</sup> individualiza al lucro como causa en el acuerdo societario

Por otro lado, hace de forma correcta una distinción entre el fin de lucro perseguido por cada socio individualmente y el perseguido por la sociedad, los cuales no siempre se encuentran alineados, de manera que puede establecerse que hay tantas causas como contratantes existan, siendo cada una independiente de la otra.

Este contrato de sociedad mercantil, por otro lado, se dice es plurilateral por su particularidad en cuanto a la intervención de dos o más partes cuyas obligaciones no se encuentran contrapuestas, sino que son independientes una de la otra, carece de, acuerdo a Salandra<sup>22</sup> de *intuitu personae*.

De esta manera, la causa de lucro de cada uno de los socios es independientes entre sí y con respecto a la causa de lucro de la sociedad en sí misma, siendo este fenómeno explicado a través de las posturas de autores como Ascarelli<sup>23</sup>, Messineo<sup>24</sup> y Jiménez<sup>25</sup> que catalogan al mismo como un contrato de naturaleza plurilateral.

Esta distinción es relevante para el análisis de lo planteado por Ripert<sup>26</sup> en su tesis sobre la disolución de la sociedad por justo motivo, obra en la cual el jurista francés sienta las bases de dicha figura posteriormente adoptada en la legislación venezolana y por autores patrios como Badell<sup>27</sup>, Morles<sup>28</sup> y Vaillant<sup>29</sup>, tesis la cual establece:

La ley permite a los Tribunales disolver la sociedad por justos motivos, cuya gravedad y procedencia se dejan al arbitrio de los jueces.  
He aquí una aplicación del principio general por el cual los Tribunales judiciales pueden disolver las relaciones derivadas de un contrato valido cuando la causa de las obligaciones de una de las partes falta parcial o temporalmente.

Sin embargo, es necesario acotar que existió paralelamente en Francia una corriente contraria, tanto doctrinaria como jurisprudencial, que limita la aplicación de dicha disolución por justo motivo únicamente a las sociedades de personas, posición que concuerda con la concepción de la sociedad mercantil como un ente enteramente independiente de sus contratantes, de forma tal que se separan el momento de la contratación con el de la creación la persona jurídica autónoma.

Así, si se toma en cuenta la naturaleza plurilateral del contrato de sociedad mercantil al momento de analizar dicha teoría propuesta por el jurista francés, se tiene que la misma cae en el error de confundir la causa o el ánimo de lucro de cada uno de los socios con el fin económico común de la sociedad, cuando quedo establecido anteriormente que la causa o ánimo de lucro del socio no es la misma que la de la sociedad y que, por la plurilateralidad del acuerdo societario, existen tantas causas como contratantes existan.

---

<sup>21</sup> Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. V).

<sup>22</sup> Salandra, V. *Il contratto plurilaterale e la societe di due soci*

<sup>23</sup> Ascarelli, T. *Sociedades y Asociaciones*

<sup>24</sup> Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. V).

<sup>25</sup> Jiménez, G. *Derecho Mercantil*.

<sup>26</sup> Ripert, G. *Traite Elementaire de Droit Commercial*. 328

<sup>27</sup> Madrid, Alvaro Badell. *La Disolucion de las Sociedades Mercantiles. XXIX Jornadas de Derecho Mercantil "J.M Dominguez Escovar"*. 2004. 239-297.

<sup>28</sup> Morles, A. *Curso de Derecho Mercantil* (Vol. II)

<sup>29</sup> Vaillant, Francisco Hung. *Sociedades*. Vadell Hermanos. Valencia. 2002

De esta manera, el animus lucrandi de cada uno de estos contratantes, por ser este un contrato plurilateral, no amarra a los socios uno con el otro, de forma tal que la forma correcta de interpretar esta disolución por justo motivo establecida por Ripert, es la disolución parcial de la sociedad en cuanto a aquellos contratantes cuya causa, usando sus propias palabras, “falte parcial o temporalmente”<sup>30</sup>

Así, a través de dicha postura aplicada a la disolución por justo motivo contemplada en el Código Civil (1982) en su artículo 1679, se hace posible una acción de separación del socio disconforme, con su consiguiente reembolso de su participación económica en el patrimonio societario, por extinción de su causa particular dentro del contrato de sociedad mercantil, la cual es independiente de la causa de los demás socios y de la persona jurídica, por la mencionada naturaleza plurilateral de dicho acuerdo societario.

Dicha acción de separación, se fundamentaría a través del derecho de resolución de los contratos contemplado en el artículo 1167 del Código Civil (1982), norma general aplicable a todos los acuerdos incluido el societario, en el caso donde la sociedad no cumple con su obligación para con el socio disconforme de distribuir dividendos proporcionales a su porcentaje accionario, por ser este un vínculo bilateral entre socio y sociedad.

De esta manera, por verse extinta la causa del socio en su vínculo jurídico bilateral con la sociedad, puede aplicarse la consecuencia establecida por Melich-Orsini<sup>31</sup>, quien plantea, siguiendo la teoría causalista de Colin y Capitant<sup>32</sup> previamente expuesta en la presente investigación, que si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación, sea caso fortuito, fuerza mayor o la falta de cumplimiento de la otra parte, el fin querido por el deudor no puede conseguirse, cesa su obligación.

Continúa el autor planteando como ejemplos los casos donde, si perece la cosa arrendada durante el arrendamiento, el arrendatario queda liberado de pagar el alquiler (Art. 1588 C.C.) y, recíprocamente, si el arrendatario no paga el alquiler prometido, tiene derecho el arrendador a desahuciarlo; e igualmente, si el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la resolución de la venta (Art. 1493 C.C.), y por su parte el comprador que sufre evicción tiene derecho a negar el pago o pedir reembolso de lo pagado.

De esta manera, concluye estableciendo que dicha extinción sobrevenida de la causa funge como fundamento a su vez para la acción de resolución del contrato bilateral, lo cual fundamentaría una acción de resolución contractual del socio sobre su vínculo jurídico bilateral con la sociedad mercantil una vez que este ve extinguida su causa dentro de dicho acuerdo, el cual no es más que su fin individual.

De lo anterior, puede inferirse que, si este socio no percibe lucro individual, o considera que se han dado supuestos materiales que imposibiliten la consecución del mismo, representando este su causa para contratar al momento de constituir la sociedad mercantil, este puede acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitar la resolución del vínculo contractual que lo une con la sociedad mercantil y obtener su cuota parte del patrimonio societario, sin que

---

<sup>30</sup> Ripert, G. *Traite Elementaire de Droit Commercial*. 328.

<sup>31</sup> Melich-Orsini, Jose. *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Politicas y Sociales. Centro de Investigacion Juridica. Caracas. 2014

<sup>32</sup> Colin, Ambrosio., & Capitant, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*

lo anterior afecte al resto de vínculos jurídicos establecidos en el contrato plurilateral de sociedad mercantil, de esta manera persistiendo la existencia de la persona jurídica.

## **CONCLUSIONES**

En base a lo anteriormente planteado, puede establecerse al contrato que da origen a la sociedad mercantil como un acuerdo de naturaleza plurilateral, por el cual cada socio se encuentra vinculado de forma paralela para con la sociedad, siendo las causas de cada uno de estos independientes entre sí y separadas a su vez de la causa de la sociedad. Lo anterior tiene como consecuencia que, siguiendo lo planteado por autores como Georges Ripert, al aplicar la disolución por justo motivo, la extinción de la causa de uno de estos de origen a la pretensión de disolución, por parte del socio, de su vínculo individual para con la persona jurídica comercial, sin que la misma, de resultar procedente, afecte de manera alguna la existencia de la persona jurídica comercial ni el vínculo entre esta y sus socios remanentes.

Dicha acción de separación queda plenamente sustentada a su vez por la extinción sobrevenida de la causa de dicho vínculo bilateral, el cual tiene como consecuencia directa la extinción de su obligación para con la sociedad y, por tanto, su habilitación para solicitar ante el órgano jurisdiccional la resolución de dicha relación contractual por medio del 1167 del Código Civil (1982), para obtener así su separación del ente societario con su correspondiente cuota parte del patrimonio social.

De esta manera, dicha acción de separación evita el ejercicio de la drástica pretensión de disolución anticipada de la sociedad mercantil por pérdida de *affectio societatis*, la cual no afecta únicamente la esfera jurídica del contratante disconforme y el ente societario, produciendo efectos en el resto de socios sin importar que los mismos pretendan permanecer en sociedad, lo cual produciría una lesión de sus derechos constitucionales a la libre asociación y al ejercicio de la actividad económica.

Así, se conserva la existencia de la persona jurídica frente a las vicisitudes personales de sus socios, generándose así una mayor seguridad jurídica en el derecho mercantil y cumpliéndose con los principios del derecho mercantil como lo son la confianza y la circulación del crédito.

Por otro lado, queda habilitada una vía alterna de defensa para los socios minoritarios frente a abusos de posición de dominio por parte de accionistas mayoritarios, los cuales, al ver su lucro disminuido en clara violación de sus derechos como socio a participar de los beneficios y pérdidas, pueden separarse de la sociedad mediante decisión del órgano jurisdiccional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Ascarelli, Tulio. *Sociedades y Asociaciones*. Buenos Aires: Ediar. 1947.

Burgos, Jose. «El derecho de receso como institucion de orden publico. Su justificacion.» *Revista de la Bolsa de Valores de Caracas*. Caracas. 1978.

Colin, Ambrosio, y H Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Vol. III. Madrid: Reus. 1943.

Garrigues, Joaquin. *Curso de Derecho Mercantil*. Mexico: Editorial Porrúa. 1977

Jimenez, Guillermo. *Derecho Mercantil*. Barcelona: Ariel Derecho. 2002.

Lagarde, Gaston. *Traite de Droit Commercial*. Paris: Librairie Dalloz.. 1954

Madrid, Alvaro Badell. «La Disolución de las Sociedades Mercantiles.» *XXIX Jornadas de Derecho Mercantil "J.M Dominguez Escovar"* 2004. 239-297.

Melich-Orsini, Jose. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigación Jurídica. 2014.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Vol. V. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971

Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Vol. II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2009

Núñez, Jorge. *Sociedades Mercantiles*. Maracaibo: Universidad del Zulia. 1976

Ripert, Georges. *Traite Elementaire de Droit Commercial*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. 1972

Salandra, Vittorio. *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*. Bologna: RDC. 1951.

Vaillant, Francisco Hung. *Sociedades*. Valencia: Vadell Hermanos. 2002.

# ***Riesgo legal en la aplicación de medios electrónicos y de biometría dactilar en la verificación de identidad en procesos registrales (SAREN)***

**Alexander Ocanto Portillo\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp- 243-256

**Resumen:** Venezuela, no se ha hecho ajena ante la implementación de nuevas tecnologías que faciliten el acceso de usuarios a sistemas de información, tanto en notarias como en registros mercantiles y públicos extendidos en todo el territorio nacional. Bajo esta premisa, el derecho debe acoplarse a los avances tecnológicos y a la promoción constante del *e-commerce*. No obstante, al garantizar la implementación de estas herramientas tecnológicas, ello trae consigo una serie de riesgos legales que, conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico patrio, están intrínsecos en esos procesos, los cuales a su vez se hacen necesarios para agilizar y hacer más prácticos todo tipo de acto jurídico, sin desmeritar el alcance ni la naturaleza legal de los mismos.

**Palabras claves:** Medios electrónicos, firmas, biométrico, tecnología.

***Legal risk in the application of electronic means and finger biometry in identity verification in registration processes (SAREN)***

**Abstract:** *Venezuela has not been immune to the implementation of new technologies that facilitate user access to information systems, both in notaries and in commercial and public registries spread throughout the national territory. Under this premise, the law must adapt to technological advances and the constant promotion of e-commerce. However, by guaranteeing the implementation of these technological tools, this brings with it a series of legal risks that, in accordance with the provisions of the national legal system, are intrinsic to these processes, which in turn become necessary to streamline and make more practical all types of legal acts, without detracting from their scope or legal nature.*

**Keywords:** *Electronic media, signatures, biometric, technology.*

**Recibido:** 18/11/2024  
**Aprobado:** 27/11/2024

---

\* 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.

# *Riesgo legal en la aplicación de medios electrónicos y de biometría dactilar en la verificación de identidad en procesos registrales (SAREN)*

Alexander Ocanto Portillo\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp- 243-256

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Alcance de la Providencia Administrativa mediante la cual se implementa la aplicación de medios electrónicos y biométricos para la prestación del servicio público registral y notarial en contraste con la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónica y demás leyes especiales. 2. Riesgo legal en cuanto a la aplicación de la providencia administrativa conjuntamente con la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

Los procesos y trámites que se ejecutan en las diferentes oficinas públicas adscritas al Servicio Autónomo de Registros y Notarías, en lo adelante SAREN, antecediendo a la extinta Dirección Nacional de Registros y del Notariado, según la Ley de Registro Público y del Notariado en el Decreto No. 1.554 del 13 de noviembre de 2001; tales como notarías públicas, registros inmobiliarios y registros mercantiles, con el devenir del tiempo, se han estado perfilando bajo el objetivo de coadyuvar al buen, más ágil y eficiente servicio con el usuario que hace uso de ellos, para el caso que interesa al presente artículo en materia estrictamente mercantil, la constitución de una sociedad mercantil, proceso de sellatura de libros legales o la inscripción de acta de asamblea de determinada compañía, entre otras. Y es que, en los últimos años, el país ha impulsado esfuerzos para modernizar su infraestructura estatal y facilitar el acceso a los servicios, incluyendo la adopción de tecnologías como la biometría y las plataformas electrónicas para agilizar los trámites registrales y notariales.

El SAREN atendiendo a estas necesidades de simplificación sistemática de procesos y trámites al usuario, se ha visto en la necesidad de adecuarse a las nuevas tecnologías de la información, en sus siglas TIC'S, no solo se ha ajustado al ecosistema económico y comercial del país, en la manera en la que se formalizan negocios u operaciones mercantiles, sino también en cuanto a los mecanismos que facilitan y permitan aún más, en el caso de los registros mercantiles, la consolidación de actuaciones en ese ámbito de manera electrónica, en atención a lo que dispone la norma rectora en ese rubro, como lo es el Código de Comercio y la Ley sobre Mensajes de Datos

---

\* 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.

y Firmas Electrónicas, según Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001<sup>1</sup> y ahora, a lo previsto en la Providencia Administrativa mediante la cual se implementa la aplicación de medios electrónicos y biométricos para la prestación del servicio público registral y notarial<sup>2</sup>.

No obstante, a lo anteriormente planteado, resulta ser un secreto a voces que la implementación de estas tecnologías no está exenta de riesgos legales que pueden afectar no solamente a los usuarios que hagan uso del servicio, sino también a las oficinas de registro mercantil a las cuales accederían aquellos. Entre los riesgos más significativos se encuentran los relacionados con la protección de datos personales y la privacidad, la seguridad jurídica de los actos realizados electrónicamente —constitución de sociedades mercantiles, firmas unipersonales, inscripción de actas de asamblea, etc.—, la validez de los documentos generados mediante estos sistemas, y la posibilidad de que surjan problemas derivados de la falta de infraestructura o capacitación adecuada para su correcta aplicación. Considerando, además, que la Providencia Administrativa que fue promulgada para regular la implementación de dispositivos biométricos, al ser un acto administrativo que regula estos procedimientos, debe estar en consonancia con los principios constitucionales y legales que rigen el Estado de Derecho, lo que incluye el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y la seguridad jurídica de los actos jurídicos que surjan con ocasión a ello.

Es por ende que, en esta investigación se abordará un breve estudio en cuanto a las incidencias de riesgo legal, respecto a la utilización de dispositivos biométricos de identidad para la ejecución de trámites ante registros mercantiles, su alcance y lineamientos que, desde el punto de vista legal, ese mecanismo ‘no tradicional’ trae consigo en la consecución de los procesos a ejecutar en sede registral.

### ***1. Alcance de la Providencia Administrativa mediante la cual se implementa la aplicación de medios electrónicos y biométricos para la prestación del servicio público registral y notarial en contraste con la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónica y demás leyes especiales***

El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) de Venezuela, el 17 de octubre de 2024, mediante la Providencia Administrativa No. 525 publicada en la Gaceta Oficial No. 42.987 de esa misma fecha, implementó sistemas biométricos y electrónicos para tres (3) particularidades puntuales: a) el procesamiento, b) registro (protocolización), autenticación (notaría) e inscripción (mercantil) y otorgamiento de documentos en oficinas notariales y registrales. Esta disposición, efectiva con aplicación inmediata, marca sin duda, un cambio crucial hacia la modernización digital en los procesos legales venezolanos.

El propósito u objetivo de esta providencia como norma de rango sublegal, no es más que regular el uso de medios electrónicos para mejorar la precisión y eficiencia del proceso de verificación de identidad de las partes que comparecen ante funcionarios públicos de notarias y registros (incluyendo los de índole mercantil), tal y como lo dispone su artículo 1. A través del

---

<sup>1</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

<sup>2</sup> Providencia SAREN, según la Gaceta Oficial No. 42.987 del 17 de octubre de 2024.

análisis biométrico de los elementos de identificación de los usuarios, el nuevo sistema busca agilizar los trámites notariales y mejorar la seguridad.

De igual manera, del texto de la norma, es viable tomar en consideración tres (3) aspectos esenciales que fungen a su vez, como columna vertebral del proceso de tecnología biométrica a ser implementado en las oficinas públicas indicadas:

1.- Solución electrónica: consistente en medios electrónicos destinados a la comprobación biométrica dactilar de los elementos de identificación de las(os) usuarias(os) (otorgantes de documentos contentivos de actos o negocios jurídicos), que implementará el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías, que serán utilizados por éstos en ejercicio de sus funciones.

2.- La interconexión: cooperación de conexión de línea de los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías con la base de datos del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME).

3.- La firma digital: rúbrica del usuario otorgando, sobre el medio magnético, el cual registrará los trazos característicos de esa firma y los estampará en el documento en otorgamiento.

Ahora bien, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), adscrito a la Vicepresidencia de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a lo antes descrito y dando cumplimiento al marco de los objetivos estratégicos que le son propios, previo a la promulgación de la providencia administrativa *ut supra* invocada, promovió la estandarización de una plataforma virtual para la ejecución y formalización de actos jurídicos, no solo en materia de registro mercantil, sino también ante registros inmobiliarios y notarías públicas. Entre tales objetivos o planes estratégicos, se encuentran: Proveer a los ciudadanos venezolanos, de un sistema de registros y notarías de fácil acceso a la información por medio de herramientas efectivas; Garantizar que los actos y solicitudes de los ciudadanos alcancen la máxima seguridad, eficiencia y rapidez, con la finalidad de obtener procesos oportunos y expeditos en los servicios solicitados; proveer una plataforma tecnológica y una conectividad que garantice por medio de la captación y la capacitación de recursos tecnológicos y humanos plenamente comprometidos eficiente y eficaz, una base de datos con información local y nacional, única, objetiva y confiable, con la participación de todos los actores del sistema<sup>3</sup>.

En aras precisamente de garantizar el cumplimiento de las premisas estructurales de SAREN, para cubrir con la formalización de actos jurídicos previstos y regulados en la Ley de Registro Público y Notariado, siendo el eje central en este caso, el ámbito especialmente mercantil, permitió el diseño, ejecución y control de una plataforma tecnológica que el usuario utilizaría como herramienta digital para la concreción de actos jurídicos, como lo son la constitución de sociedades mercantiles, bajo el contexto de compañías anónimas, inscripción de actas de asamblea y cualquier otra forma de actuación bajo esa modalidad y(o) premisa.

En ese mismo orden de ideas, no es posible analizar el alcance de la providencia administrativa, recientemente publicada el 17 de octubre de 2024, dejando de lado la norma rectora en materia de mensaje de datos y firmas electrónicas, publicada en el año 2001. Basado en ello, uno de los motivos fundamentales producto de la necesidad de actualización tecnológica en el país

---

<sup>3</sup> Servicio Autónomo de Registros y Notarías: <https://www.saren.gob.ve/valores-institucionales/>

—como lo es, esta implementación de sistemas biométricos para la verificación de identidad de los usuarios— fue justamente la consolidación de lo que, en la exposición de motivos de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas<sup>4</sup>, en lo adelante LSMDFE, se vislumbró bajo una premisa de “Gobierno Electrónico”, el cual incluye todas aquellas actividades fundamentadas en las modernas tecnologías de información, disponiendo:

*(...) en particular Internet, que el Estado desarrollará para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones del gobierno de un marco mucho más ágil y transparente que el actual.*

*Mediante la implementación del gobierno electrónico el ciudadano venezolano o extranjero tiene acceso, desde cualquier lugar del mundo, a la información sobre el funcionamiento y gestión de cada uno de los entes estatales y gubernamentales del país, la utilidad de estas tecnologías y de este Decreto-ley Que las hace más seguras, aumenta exponencialmente día a día (...)*

Y es justamente el tema de propiciar mejoría en los servicios que el Estado debería garantizar a los ciudadanos, a fin de facilitar procesos, en este caso de corte jurídico, como lo son la constitución de compañías anónimas, inscripción de actas de asamblea, etc., ahora con un adicional: el aplicativo de identificación biométrica. Ahora bien, debido a la evolución acelerada de la tecnología, los países con legislaciones más recientes sobre el tema, han optado al igual en el caso de Venezuela, por proyectos simples, tecnológicamente neutros y dinámicos, en los cuales se mantienen los grandes aciertos de modelos anteriores (aplicación indistinta a todo tipo de actos y contratos, tanto en el sector público como en el privado y la homologación con los documentos en formato tradicional). El mecanismo adoptado ha sido la elaboración de normas legales de carácter general, que validan y homologan los actos y contratos celebrados por estos medios, y que contienen provisiones reglamentarias para su implementación. Es por ello que, basándose en los elementos básicos y principales contenidos en el referido compendio normativo, el Estado pretende brindar seguridad y certeza jurídica no solo a las comunicaciones, sino también a las transacciones, actos —constitución de C.A., inscripción de actas de asamblea, proceso de sellatura de libros, por ejemplo— y negocios electrónicos en general.

Los avances tecnológicos en materia jurídica, pueden traer consigo la configuración de riesgos que, de no ser controlados, pudieren afectar el correcto desenvolvimiento que, en este caso, el SAREN, pretendió desde el momento inicial en que fue instaurada la plataforma virtual utilizada como medio para la ejecución de actos civiles y mercantiles, en términos generales, y hoy en día, con el complemento adicional para la determinación y verificación de identidad de los usuarios que hagan uso del sistema, a través de los métodos biométricos. La Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, con más de veinte años de vigencia en el sistema jurídico de leyes patrias, estipula tres conceptos básicos y fundamentales, que deben ser considerados para el apartado que se estudia y analiza en este artículo, traducido en la determinación del riesgo legal que trae consigo,

---

<sup>4</sup> Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

la ejecución de procesos de constitución de compañías anónimas, inscripción de actas de asamblea, con la implementación biométrica vía digital y electrónica. En este sentido, el artículo 2, expone:

*A los efectos del presente decreto-ley, se entiende por: (...)*

*Mensaje de datos: toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.*

*Emisor: persona que origina un mensaje de datos por sí mismo o a través de terceros autorizados.*

*Firma electrónica: información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.*

*Sistema de información: aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma, mensajes de datos.*

En los términos que interesan para este artículo, como lo es la constitución de sociedades anónimas, inscripción de actas de asambleas y demás procesos de índole mercantil, a través de la plataforma electrónica denominada “trámite en línea” de parte de SAREN, una vez que el usuario denominado como emisor a los fines de la ley especial *ut supra* invocada, y tratado a su vez como solicitante y responsable del proceso que instaura a través del sistema *in comento*, genera varios mensajes de datos que terminan siendo alojados en el servidor del organismo –SAREN-, de forma inteligible y en formato electrónico, esto es, cuando de manera digital son cargados por el usuario al sistema: documento constitutivo, balance de inventario o depósito bancario, documento de identidad del solicitante, carta de aceptación del comisario que se trate, por ejemplo; hasta la autenticación de su identidad al momento de presentar el trámite en cuestión, en persona.

Aunado al instrumento normativo que se cita en líneas precedentes, se hace necesario traer a colación otro compendio de instrumentos legales que, de igual manera, inciden directa o indirectamente en la formalización del acto jurídico, en virtud del cual se desarrolla este artículo. En consecuencia, es importante citar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado<sup>5</sup> aplicable precisamente a la Vicepresidencia de la República, las dependencias y demás unidades adscritas a estas, como lo es el SAREN.

Asimismo, la citada norma engloba un conjunto de fines en virtud de los cuales, esta fue creada, dando prioridad en cuanto a la implementación de un estándar de interoperabilidad entre órganos del Estado, con el sol objeto de:

*El presente Decreto con rango, valor y fuerza de ley, tiene los siguientes fines: 3. Promover el desarrollo de sistemas de información interoperables adecuados para los procesos del Estado y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos; 10. Coadyuvar en la simplificación de los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos y entes del Estado.*

Justamente, el SAREN ha promovido los fines que se citan en la disposición legal invocada, toda vez que, con la puesta en marcha de la plataforma “trámite en línea”, ha consolidado con el pasar del tiempo, un sistema de información que ha coadyuvado a descongestionar oficinas

---

<sup>5</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

públicas a nivel nacional, permitiendo a su vez la satisfacción de los ciudadanos, traducidos en destinatarios del servicio legal electrónico para, en este supuesto en específico, formalizar sociedades mercantiles, permitiendo además facilitar procesos en cuanto a la simplificación de trámites, que antes de la instauración de la plataforma electrónica de parte de SAREN, se hacían tediosos y tardíos.

Por otro lado, y en abundancia a lo indicado en ideas anteriores, en el ordenamiento jurídico venezolano, existe otro compendio normativo que necesario citarlo, a fin de abordar el tema con un mayor sustento. En ese sentido, se tiene el Decreto No. 825 del 10 de mayo del 2000, sobre acceso y uso del internet, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.955 del 22 de mayo del 2000, instrumento a través del cual se declara el acceso y uso de internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela.

Este, uno de los instrumentos legales, de los cuales el SAREN se hace valer para la aplicación dar marco jurídico al diseño y uso de la plataforma tecnológica destinada a la ejecución de trámites civiles y mercantiles, tal como ha sido explanado en líneas precedentes.

Planteado como ha sido la vinculación entre un instrumento normativo y otro, la reciente providencia administrativa SAREN, consagra que en su implementación, privará el principio de igualdad, de tal manera que en ningún caso se entenderá como un modo de restricción o discriminación para las personas, por lo que, el acceso a la prestación de los servicios públicos, de manera electrónica o digital, como a cualquier actuación del Poder Público, debe ser garantizada por cualquier medio existente, sin que las fallas o limitaciones de la solución electrónica sea obstáculo para ello.

De igual manera, SAREN se asegurará que permitan la aplicación de la informática forense a objeto de identificar, analizar y presentar los datos objeto de tratamiento tecnológico, a los fines de la determinación y aplicabilidad de los sistemas biométricos para la autenticación de identidad del usuario que se trate; por lo cual, toda la información manejada por esa vía, deberán ser susceptible de interoperabilidad, prospectiva tecnológica y seguridad de la información, bajo los principios de confidencialidad, integridad, privacidad y disponibilidad de la información, permitiendo además, garantizar la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas. En consecuencia, están sujetos a las limitaciones que establezca la ley sobre la materia.

En ese entendido, dispone además la providencia administrativa que, el sistema de comprobación de biometría dactilar de los elementos de identificación de los usuarios y usuarias del SAREN, podrá recaer sobre la determinación de distintos elementos de identificación, los cuales sólo podrán ser usados por este servicio para sus procedimientos de consultas, sin que en ningún caso pueda disponer de la data que obtenga de los mismos para otros fines ni cederlos a terceros, dado que se reputan datos personales de acceso restringido por ser solo de interés del o la otorgante y del órgano que otorga fe pública, salvo aquellos datos que formen parte de los documentos sujetos a la publicidad registral o notarial.

Ahora, en lo que estrictamente se refiere a su función de comprobación del elemento de identificación constituido por las huellas dactilares de los y las otorgantes, ello lo erige, regula y controla como una herramienta para la verificación de la identidad. Por lo cual, realizada la

comprobación y arrojada la coincidencia del cotejo, el funcionario o funcionaria competente del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) continuará con la fase correspondiente a la certificación de la identidad y procederá al otorgamiento del acto o negocio jurídico solicitado por las partes, con base al proceso dispuesto en el artículo 11 de esta Providencia Administrativa, se cita:

*“Artículo 11. El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), previo al procedimiento del otorgamiento, realizará a través de dispositivos electrónicos de interoperabilidad el cotejo y comparación biométrica de las huellas dactilares de los y las otorgantes de actos y negocios jurídicos, contra la base de datos del sistema automatizado del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), como organismo competente en materia de identificación de las personas.*

*Artículo 15. La solución biométrica, en su función de comprobación del elemento de identificación constituido por las huellas dactilares de los y las otorgantes, es una herramienta para la verificación de la identidad. Por tanto, realizada la comprobación y arrojada la coincidencia del cotejo, el funcionario o funcionaria competente del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) continuará con la fase correspondiente a la certificación de la identidad y procederá al otorgamiento del acto o negocio jurídico solicitado por las partes, con base al proceso dispuesto en el artículo 11 de esta Providencia Administrativa”.*

La providencia de igual forma, regula una serie de supuestos de hecho, en cuanto al proceso de cotejo respecto al proceso de autenticación de identidad del usuario, en los siguientes términos, basado en cinco (5) supuestos a saber:

- En caso que el o la otorgante resulte objetado con ocasión al proceso de cotejo mediante la solución biométrica por arrojar alguna discrepancia o error entre la huella dactilar de los otorgantes y la base de datos del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), se iniciará de inmediato el proceso de remediación, para lo cual el SAREN, dispondrá del personal calificado para tal fin. Una vez verificada satisfactoriamente la identidad del o la otorgante objetado, el funcionario o funcionaria competente procederá al otorgamiento del acto o negocio jurídico solicitado por las partes. (Artículo 17).
- En caso de persistir la objeción una vez agotado el proceso de remediación, el Registrador o Registradora, el Notario o la Notaria, realizará la revisión de los elementos contenidos en la cédula de identidad del o de la otorgante, luego de lo cual, de ser procedente, dará por validada la identidad y continuará con el procedimiento de otorgamiento del acto o negocio jurídico.
- En tal caso, el o la otorgante objetado deberá estampar su firma autógrafa y huellas dactilares, a través de medio húmedo, directamente sobre el documento y el Registrador

o Registradora, el Notario o Notaria dejará constancia en la nota de otorgamiento, salvo que exista impedimento justificado. (Artículo 18).

- En caso que la validación de la identidad (se interpreta de la(del) otorgante) resulte improcedente, el Registrador o Registradora, el Notario o la Notaria emitirá inmediatamente un acto motivado especificando los elementos que justifiquen la negativa de inscripción del acto o negocio jurídico. (Artículo 19).
- Una vez emitido el acto motivado en el que se especifiquen los elementos que justifiquen la negativa de inscripción del acto o negocio jurídico, se notificará al interesado o interesada, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a los efectos de intentar el Recurso Administrativo o el Recurso Contencioso-Administrativo correspondiente. (Artículo 20).

En lo que concierne a la interoperatividad e interconexión entre el SAIME con el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), se dispone:

*“Artículo 12. El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), para el cumplimiento de sus competencias, establecerá los acuerdos correspondientes con el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), como organismo competente en materia de identificación de las personas; para lo cual se establecerán conjuntamente los procedimientos y mecanismos que garanticen la seguridad y protección en el uso de la base de datos de huellas dactilares del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME)”.*

Para el otorgamiento de los actos y negocios jurídicos —en este particular, constitución de sociedades mercantiles, inscripción de actas de asamblea, proceso de sellatura de libros, etc.—, el SAREN, hará uso de la base de datos del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), de manera “EN LÍNEA”<sup>6</sup>, sin que en ningún caso pueda conformar un archivo propio, quedando archivadas exclusivamente las trazas que individualicen el trámite, como la fecha y hora del mismo. Asimismo, la comunicación con la base de datos del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), por parte del SAREN, será unidireccional, por lo que, en ningún caso, este Servicio podrá modificar, corregir, incorporar o suprimir datos de la misma, ni de alguna manera interferir con los contenidos de la data del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), cuya conformación y contenido son de su exclusiva competencia.

En concordancia con las premisas planteadas anteriormente, respecto a la providencia administrativa objeto de estudio, se sumamente relevante, considerar lo atinente a la firma o rúbrica

---

<sup>6</sup> Servicio Autónomo de Registros y Notarías: <https://tramites.saren.gob.ve/login>

digital. La firma del otorgante sobre el medio magnético, queda regulada en cuanto a su validez, con lo establecido en la norma:

*“Artículo 21. En los actos y negocios jurídicos objeto del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), que impliquen la voluntad del o la otorgante y de su firma, se implementará el uso de medios electrónicos para la ejecución de la firma manuscrita digital, en los términos siguientes:*

*1. La manifestación de voluntad mediante la firma manuscrita deberá realizarse en cumplimiento de las garantías de **libertad contractual y seguridad jurídica**, de manera presencial y con inmediatez ante el funcionario o funcionaria registral o notarial competente, quien dará fe de ello. (Subrayado y resaltado particular).*

*2. La firma manuscrita como expresión tangible que reposa en el Servicio Autónomo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), se iniciará de inmediato el proceso de remediación, para lo cual el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) dispondrá del personal calificado para tal fin. Una vez verificada satisfactoriamente la identidad del o el otorgante objetado, el funcionario o funcionaria competente procederá al de ello.*

*3. **La firma manuscrita como expresión tangible de la manifestación de voluntad implicará la ejecución de puño y letra del otorgante de los trazos de la firma sobre el medio electrónico, el cual capturará los signos distintivos y los estampará de manera inmediata sobre los documentos que contienen el acto o negocio jurídico objeto de registro o notaría.** (Subrayado y resaltado particular, por cuanto consagra, regula y da alcance a la firma manuscrita, respecto a la digital, basado en el principio de equivalencia funcional prevista en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>7</sup>)*

*4. La captura y plasmación en el documento de los trazos de la firma por medio electrónico tendrá las mismas garantías de la materialización a través de medio húmedo (tinta), esto es: fidelidad y exactitud comprobable del trazo incorporado al documento por el otorgante, exclusividad de la firma para el acto o negocio jurídico para el cual se ejecuta e inmediatez respecto a su incorporación al acto objeto de registro o notaría.*

*5. La exclusividad de la firma para testar la voluntad del negocio o acto jurídico que se otorga implica su fungibilidad, de tal manera que su plasmación en los documentos que contienen la naturaleza del negocio o acto jurídico agota su uso válido. A los efectos de la exclusividad de la captura, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) sólo archivará las trazas del trámite referidas a la fecha y hora del otorgamiento.*

---

<sup>7</sup> Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

*6. En el documento contentivo del acto o negocio jurídico objeto de registro o notaría y en el acta registral, se especificará la condición con que actúa cada otorgante de la firma manuscrita digital, así como la localización de las trazas correspondientes a la fecha y hora del otorgamiento provistas por el medio electrónico”.*

La providencia administrativa citada, establece expresamente que, sin perjuicio de la verificación de los elementos de identidad contenidos en la Cédula de Identidad y/o pasaporte que deben presentar los y las otorgantes de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías se implementará el examen biométrico de los dibujos de las crestas dactilares, acompañado del registro fotográfico y firma electrónica de los y las otorgantes, para así otorgar celeridad, seguridad y eficiencia a los procesos de validación de la identidad de los y las otorgantes y optimizar el proceso de consulta de la identidad por parte del SAREN, en los términos del artículo 10.

Finalmente, y dada la reciente entrada en vigencia de este instrumento normativo de rango sublegal, se dispone en una de sus disposiciones transitorias, la progresividad en cuanto a la implementación de esos medios electrónicos de biometría dactilar iniciando en las notarías públicas ubicadas en la región capital. Paulatinamente, se irán incorporando el resto de las oficinas notariales y registrales a nivel nacional.

En conclusión, tal y como se ha evidenciado en líneas que preceden, se interpreta e infiere que, una vez verificada satisfactoriamente la identidad de cada otorgante, éste procederá a suscribir -con su firma autógrafa- en un dispositivo electrónico, desde el cual se transferirán los trazos respectivos al documento en trámite, sea ya documento constitutivo de una sociedad mercantil, inscripción de un acta de asamblea, solicitud de copias certificadas de expediente; o incluso el proceso de sellatura de libros legales, conforme a lo previsto en el Código de Comercio<sup>8</sup>.

Asimismo, se infiere que, necesariamente, quienes funjan como otorgantes de documentos por ante notarías y registros mercantiles, deberán acudir personalmente a las sedes de los mismos, a menos que los dispositivos señalados en el contenido de la precitada providencia, en consideración puedan ser trasladados a otros sitios, en los casos de traslados, previstos en el artículo 88 de la Ley de Registros y Notarías, cuyo texto se publicó en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021, norma esta invocada, que de igual manera sigue permaneciendo vigente, con la expresa salvedad en cuanto a los mecanismos para determinar y validar la identidad de quien tramita bajo la cualidad de otorgante ante la oficina pública que se trate.

---

<sup>8</sup> Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

## **2. Riesgo legal en cuanto a la aplicación de la providencia administrativa conjuntamente con la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas**

Antes de entrar a desarrollar dicho punto, es necesario traer a colación algunas consideraciones doctrinales en cuanto a la determinación del término riesgo legal. El autor Quintas<sup>9</sup>, abarca y acuña el concepto así:

*“Riesgo jurídico (legal risk). Se define como el riesgo de que una operación no pueda ejecutarse por no existir una formalización clara o no ajustarse al marco legal establecido, así como el derivado de procedimientos y sentencias judiciales, en todos los casos con impacto en la cuenta de resultados de la organización. Este es el riesgo tradicionalmente gestionado por los departamentos de asesoría jurídica (...)”.*

Por otro lado, el referido autor, establece otro tipo de riesgo legal, en este caso de tipo “regulatorio”:

*“Riesgo regulatorio (regulatory risk). Se refiere a la probabilidad de que la regulación experimente cambios o transformaciones, incidiendo así en la proyección de los escenarios futuros a partir de los cuales se elaboran los planes estratégicos de la organización. En definitiva, es el riesgo que viene dado por la probabilidad de que el marco jurídico-operativo del sistema experimente modificaciones dentro del escenario previsible”.*

Por su parte, Cepparo<sup>10</sup> consagra al riesgo legal como aquel que:

*“Aflora cuando una modificación legal afecta, de manera significativa, a los términos establecidos inicialmente en una transacción; también puede derivar de la existencia de un vacío legal o de una falta de jurisprudencia al respecto. Además, el riesgo legal surge cuando una de las partes no goza de la autoridad legal necesaria para llevar a cabo una transacción económica. Como consecuencia, este tipo de riesgo puede hacer que los activos no se puedan recuperar con facilidad o que las obligaciones pudieran ser mayores de lo esperado debido a una asesoría incorrecta. Asimismo, las leyes pueden cambiar en los diversos países donde se ubiquen los activos, teniendo que llevar a la corte el reclamo de recuperación de los activos involucrados. Las empresas son susceptibles al riesgo legal cuando se involucran por ejemplo en el uso de nuevos sistemas de pago y de información, nuevos tipos de instrumentos y negociaciones, así como cuando el derecho legal de la contraparte no ha sido establecido de antemano”.*

Conforme a las posturas doctrinales indicadas, se infiere en cuanto al impacto que esta providencia administrativa, traería consigo respecto a los procesos de validación en cuanto a la autenticación biométrica de identificación de los usuarios que hagan uso en este caso, de los procesos y/o trámites por ante registros mercantiles, en cuanto a la generación o no de riesgos de

---

<sup>9</sup> Quintas, J. (2007). La gestión del riesgo normativo en el sistema financiero. Revista Galega de Economía, vol. 16, núm. extraord. Madrid, España.

<sup>10</sup> Cepparo, A. (SF). Basilea II y el Riesgo Operacional en las entidades financieras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina.

tipo legal, se traduce principalmente en cuanto a las eventuales fallas que se pudiesen suscitar respecto a la interconectividad entre el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME) y el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN).

Pues, en el primero de estos, se resguarda y respalda la data principal que aloja los datos de identificación de todos los venezolanos, residentes e incluso extranjeros, y bajo el principio de interoperatividad e interconexión con el SAREN, permite a este último que el usuario final, al momento de su validación y autenticación de identidad, por medio del sistema biométrico que a tal efecto tenga establecido la oficina de registro mercantil que se trate, sea exitoso, o eventualmente, genere inconvenientes al no poder ser validado de manera correcta y efectiva. Precisamente, este último supuesto queda regulado en los artículos 17, 18, 19 y 20 —error en cuanto al cotejo entre la identificación del usuario; su firma, etc., con la información y demás metadatos alojados en sistema—, respectivamente de la ya invocada providencia administrativa y que se encuentra establecido en líneas que preceden.

Estos procesos, a los fines de la mitigación de riesgos de tipo legal —o bien su regulación y control para evitarlos—, para el SAREN, es lo que se infiere de la norma objeto de estudio en este artículo, denominado como “objeciones y procesos de remediación”. Esto refiere a que, en casos de discrepancias o errores en la verificación biométrica, las disposiciones legales *ut supra* expresadas en el párrafo anterior, regulan y controlan un proceso de remediación, en el cual el personal notarial o registral verificará la identidad y autorizará la ejecución del documento —acto jurídico: constitución de sociedad mercantil, inscripción de actas de asamblea, solicitud de copias certificadas, sellatura de libros, etc.—. Si la discrepancia persiste, se revisará la cédula de identidad del usuario para confirmar o negar su identidad. Respecto a ello, surgen dos (2) situaciones: a) Si la confirmación de identidad es exitosa, procede a otorgar el documento que se trate; o b) Si la confirmación de identidad no es exitosa, el registrador o notario, que se trate, podrá emitir una negativa justificada para proceder, notificando a la parte interesada conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>11</sup>.

A todo evento, la exposición a riesgos legales con relación a instrumentos normativos, principalmente de reciente publicación y en virtud que abarcan aspectos estrictamente tecnológicos, siempre va a estar latente y por ende no van a dejar de estar presentes en este tipo de situaciones, no obstante, lo que si es necesario que prevalezca y permanezcan vigentes, son los mecanismos para su mitigación o que bien, tal exposición a situaciones sobrevenidas, si llegasen a afectar al usuario o al propio organismo, en este caso SAREN, el impacto sea menor, y por ende sus consecuencias no sean excesivas en detrimento de una u otra parte.

## **CONCLUSIONES**

Las formas tradicionales de cumplir y hacer cumplir con las normas que se encuentran vigentes y que datan desde hace más de 60 años (Código de Comercio), 24 años (Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), desde su promulgación, no deben ser motivo ni causa, para que

---

<sup>11</sup> Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial No. 2.818 Extraordinaria de 1° de julio de 1981.

estén desvinculadas de los constantes procesos de actualización y novación tecnológica, que a fin de cuenta van destinados a facilitar procesos, e incluso permitir que trámites y procesos que antes solían ser “engorrosos”, hoy en día sean mucho más flexibles, sin que ello implique, pierdan la esencia para la cual fueron creados.

Es decir, conservando y manteniendo la esencia, pero sin alejarse ni resistirse a los inminentes cambios que año tras año, las tecnologías de la información (TIC's) traen consigo para aliviar de cierto modo, los procesos legales que son ejecutados ante registros mercantiles, de parte de quienes hacen vida en el ejercicio profesional en esa rama del derecho.

En definitiva, como se planteó en ideas anteriores, cualquier acto de corte mercantil, llámese constitución de sociedad mercantil, inscripción de acta de asamblea, sellatura de libros mercantiles, etc., se seguirán presentando ante la sede de las habituales oficinas de registro mercantil a lo largo y ancho del territorio nacional, pero con la particularidad que, los procesos de determinación de identificación del usuario (persona natural) que los otorga, se realizará bajo estrictos parámetros de autenticación, por medio de sistemas biométricos estandarizados para ellos, dando incluso preeminencia, a la validez de la firma autógrafa de estos sobre medios magnéticos para su proceso definitivo de otorgamiento. En conclusión, a través del presente artículo, se determinó la practicidad, que, desde el punto de vista jurídico, este tipo de procesos implementados por SAREN, promueve para agilizar y hacer más prácticas los actos jurídicos no solo mercantiles, sino civiles, sin desmeritar su alcance ni su esencia jurídica, en comparación a la práctica que tradicionalmente se conoce.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Cepparo, A. (SF). Basilea II y el Riesgo Operacional en las entidades financieras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina.

Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Decreto No. 825 del 10 de mayo del 2000, sobre acceso y uso del internet, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.955 del 22 de mayo del 2000

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Providencia Administrativa No. 525 publicada en la Gaceta Oficial No. 42.987 del 17 de octubre de 2024.

Quintas, J. (2007). La gestión del riesgo normativo en el sistema financiero. Revista Galega de Economía, vol. 16, núm. extraord. Madrid, España.

# *El Buen Gobierno Corporativo como estrategia para prevención de los conflictos de intereses en las empresas familiares*

Mariagracia Mejías\*

Maximiliana Cerero\*\*

Samuel Franco\*\*\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 257-275

**Resumen:** El artículo sugiere una conceptualización para el término empresa familiar explicando que, aunque las mismas no poseen una definición en la legislación venezolana, estas se caracterizan porque la propiedad y administración se encuentran en manos de los miembros de una misma familia. Esta situación hace que se enfrenten a desafíos únicos en el manejo, resolución o prevención de los conflictos de intereses que atentan contra su continuidad en el tiempo y su prosperidad en el mercado. A pesar de que los conflictos de intereses en estas empresas son comunes, los mismos pueden ser mitigados con la implementación de prácticas de Buen Gobierno Corporativo, como los consejos de familia y los protocolos familiares que ayudan a regular las relaciones y decisiones dentro de la empresa y la familia.

**Palabras Claves:** Conflicto de intereses; empresas familiares, gestión de riesgo, buen gobierno corporativo.

## *Corporate Governance as a strategy for preventing conflicts of interest in family businesses*

**Abstract:** *The article suggests a conceptualization for the term family business, explaining that, although they do not have a definition in Venezuelan legislation, they are characterized by the fact that ownership and management are in the hands of members of the same family. This situation makes them face unique challenges in the management, resolution or prevention of conflicts of interest that threaten their continuity over time and their prosperity in the market. Although conflicts of interest in these companies are common, they can be mitigated with the implementation of good corporate governance practices, such as family councils and family protocols to regulate relationships and decisions within the company and the family.*

**Keywords:** *Conflict of interest; family businesses; compliance, good corporate governance.*

**Recibido:** 18/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado, Universidad de Carabobo. Estudios Avanzados en Derecho Corporativo UCAB; Abg. Semi-senior del Departamento Corporativo de Landáez - Abogados Consultores.

\*\* Abogado, Universidad Metropolitana; Consultor Jurídico Jr. del Departamento Legal de Aras Solutions Corp, C.A.

\*\*\* Abogado (UCAB) en el año 2020. Derecho Corporativo (UCAB) en el año 2024, actualmente cursando estudios de postgrado de Buen Gobierno Corporativo y Compliance (UCAB)

# *El Buen Gobierno Corporativo como estrategia para prevención de los conflictos de intereses en las empresas familiares*

Mariagracia Mejías\*

Maximiliana Cerero\*\*

Samuel Franco\*\*\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 257-275

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. La empresa familiar en el marco de la legislación venezolana. 1.1 Sociedad y empresa. 1.2 Empresa Familiar. 2. Diferencia entre empresas familiares y no familiares. 3. Conflicto y Conflicto de interés. 3.1 Origen de los conflictos de intereses en empresas familiares. 3.2 Problema de gestión y administración. 3.2.1 Conflicto de interés entre hermanos, padres e hijos. 3.4 Procesos sucesorales. 4. Gobierno corporativo como herramienta de gestión de conflicto de intereses en empresas familiares. 4.1 El Consejo de Familia y Asamblea de familia. 4.2 El Protocolo Familiar. 4.3 Contenido del Protocolo Familiar. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

Las empresas familiares surgen de iniciativas personales y su principal característica es que en ellas se cuenta con el respaldo y apoyo de una familia. En las empresas familiares conviven dos realidades distintas: la familia y la empresa. Cada una de estas realidades está compuesta por diversos elementos que pueden estar más o menos relacionados entre sí, pero que deben ser gestionados por separado para evitar los conflictos de intereses. El manejo del conflicto de interés en las empresas familiares debe ser foco de atención debido a las amplias repercusiones económicas y de sostenibilidad que puede acarrear el no abordar las mismas de forma preventiva.

En las empresas familiares es una práctica común y conocida que el control, dirección y manejo de estas se realice mediante sus propietarios, asumiendo estos últimos roles claves dentro del órgano de gobierno de la empresa, tal como presidencia o gerencia de la junta directiva. La dualidad de roles en las empresas familiares en donde se entrelazan aspectos objetivos como la propiedad, pero se combinan con vínculos afectivos de quienes forman parte de una misma familia, genera un aumento en la probabilidad de los conflictos entre sus integrantes.

---

\* Abogado, Universidad de Carabobo. Estudios Avanzados en Derecho Corporativo UCAB; Abg. Semi-senior del Departamento Corporativo de Landáez - Abogados Consultores.

\*\* Abogado, Universidad Metropolitana; Consultor Jurídico Jr. del Departamento Legal de Aras Solutions Corp, C.A.

\*\*\* Abogado (UCAB) en el año 2020. Derecho Corporativo (UCAB) en el año 2024, actualmente cursando estudios de postgrado de Buen Gobierno Corporativo y Compliance (UCAB)

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, su permanencia o crecimiento comercial presenta grandes dificultades o retos debido a que esta dualidad de roles genera un rechazo por parte del mercado.<sup>1</sup>

El propósito general de esta investigación es comprender y sugerir una forma de gestionar preventiva y desde un enfoque legal los problemas o conflictos de interés más comunes que se generan en las empresas familiares.

## ***1. La empresa familiar en el marco de la legislación venezolana***

### ***1.1 Sociedad y empresa.***

Los fenómenos asociativos abarcan una amplia gama de actividades humanas que incluye ámbitos culturales, sociales, políticos, religiosos, económicos y familiares. Las formas de asociación se eligen según la estructura organizativa que mejor se ajuste a los objetivos o necesidades del grupo

En Venezuela, las sociedades civiles y mercantiles representan las dos formas principales de asociación que permiten a las personas organizarse para perseguir un fin común. En este sentido, las dos leyes principales que regulan a las sociedades son el Código Civil y el Código de Comercio.

En este orden de ideas, el Código Civil define a las sociedades en su artículo 1.649 en los siguientes términos: El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.<sup>2</sup> Por su parte, el Código de Comercio define a las empresas o sociedades de comercio en su artículo 200 de la siguiente manera: las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio<sup>3</sup>

La principal diferencia entre las sociedades civiles y mercantiles radica en el fin perseguido y la naturaleza de sus actividades. Las sociedades civiles tienen como objetivo realizar actividades de carácter no comercial como, por ejemplo: la prestación de servicios profesionales. Mientras que, las sociedades mercantiles tienen como finalidad la realización de alguno o varios de actos de comercio señalados en la ley con el propósito de obtener lucro o beneficio económico del mismo.

Ahora bien, la legislación venezolana no posee una definición general para el término empresa. No obstante, Morles citando a Brunetti señala:

La sociedad es la forma (jurídica) típica de la empresa económica. Esto no significa, como generalmente se dice, que todas las sociedades sean empresas colectivas. Jurídicamente, sociedad y empresa son conceptos que se combinan, pero no se confunden. La empresa y la sociedad son dos cosas fundamentalmente distintas. La primera es una organización económica y humana. No es una noción

---

<sup>1</sup> *Desafíos de gobierno corporativo para empresas familiares*. Guía Práctica de Gobierno Corporativo, acceso el 13 de julio de 2024, <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/spanish-cg-guide-chapter5.pdf>

<sup>2</sup> Código Civil, Gaceta Oficial N° 2.990 del 26 de julio de 1982).

<sup>3</sup> Código de Comercio Venezolano Gaceta Extraordinaria N° 475, del 21 de diciembre de 1955).

jurídica, sino una noción económica y social (...). La segunda es una noción jurídica que le permite a la empresa acceder a la vida jurídica y organizarla.<sup>4</sup>

En base a lo anteriormente expuesto el término empresa es una noción económica y social, mientras que la sociedad es una estructura jurídica que facilita la operación legal de la empresa. En el ámbito jurídico venezolano las empresas para poder funcionar y ser reconocidas deben constituirse bajo alguna de las formas de asociación permitidas por el derecho positivo vigente.

Sin embargo, el término empresa no es ajeno nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito mercantil en el artículo 2 del Código de Comercio al momento de delimitar los actos de comercio en sus ordinales 5,6,7,8,9,10 y 11 se vincula a la empresa con la idea del acto de comercio. Así las cosas, podemos observar cómo empresa y la sociedad son conceptos complementarios pero diferentes en el ámbito jurídico y económico, donde la empresa se enfoca en la actividad económica y la sociedad en la estructura legal que la regula.

## ***1.2 Empresa Familiar***

En la legislación venezolana el término empresa familiar no se encuentra conceptualizado propiamente. No obstante, se puede inferir su significado a partir de la combinación de definiciones de “empresa” y “familia” presentes en diferentes textos normativos y doctrina.

Nuestra Constitución, reconoce la importancia de la familia como forma de asociación y unidad básica para el desarrollo integral de las personas. En este sentido, la concepción de familia ha sido definida por diferentes instrumentos legales y doctrinales a lo largo del tiempo.<sup>5</sup>

En este sentido, la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, proporciona una definición de familia en su artículo 4: Se entiende por familias las asociaciones naturales de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral de sus integrantes, constituidas por personas relacionadas por vínculos jurídicos, sociales o de hecho<sup>6</sup>. Por su parte, Raúl Sojo Bianco establece que el término familia podría entenderse como el conjunto de personas unidas por parentesco o por matrimonio, que conviven bajo un mismo techo, sometidos a la autoridad y dirección de un jefe, así como aquellas que se encuentran ligadas a estas por un vínculo parental.<sup>7</sup>

Dicho lo anterior se puede considerar que la familia es una asociación natural y fundamental dentro de la sociedad, constituida por personas unidas por vínculos jurídicos, sociales o, de hecho,

---

<sup>4</sup> Morles Hernández, Alfredo, 1.998 .*Curso de Derecho Mercantil*, Cuarta, vol. II .Caracas.

<sup>5</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999 Art. 75

<sup>6</sup> Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. Gaceta Oficial N 6.686, del 15 de febrero de 2022.

<sup>7</sup> Sojo Bianco, Raúl., *Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones.*, Décimo Cuarta edición (Caracas: Mobil Libros, 2000), 10

que conviven y se desarrollan juntas, bajo la autoridad y dirección de una figura de liderazgo, proporcionando un espacio esencial para el desarrollo integral de sus miembros.

El término familia se encuentra integrado por un amplio espectro de relaciones humanas que trascienden los lazos sanguíneos directos, incorporando diversas formas de unión reconocidas por la sociedad y el derecho.

En este orden de ideas, la empresa familiar puede definirse como una organización económica y humana que, además de cumplir con las formalidades jurídicas para operar, está constituida, dirigida y administrada por miembros de una misma familia, donde los vínculos que los unen pueden ser jurídicos, sociales o, de hecho, y cuyo objetivo es el desarrollo económico conjuntamente con el bienestar integral de sus integrantes.

En base a las definiciones anteriores, una empresa familiar posee las siguientes características: (A) La familia tiene una porción importante del capital social de la empresa; (B) la familia tiene el control en las decisiones económicas de la empresa; (C) La familia está activamente involucrada en la administración de la empresa.

Esta estructura organizacional genera una dualidad de roles entre los miembros de la familia, quienes al actuar como propietarios y administradores pueden encontrarse en situaciones que generen un conflicto de intereses ya que las decisiones económicas y estratégicas de gerencia podrían ser influenciadas por intereses personales o familiares, en lugar de lo que sea más beneficioso para la empresa en su conjunto.

## ***2. Diferencias entre empresas familiares y no familiares***

Las empresas familiares y no familiares, aunque para ser reconocidas y constituidas deben de cumplir con los mismos requisitos presentan características y dinámicas internas significativamente diferentes. Entender estas diferencias es crucial para abordar aspectos como la gestión, la sucesión y la resolución de conflictos dentro de cada tipo de empresa.

Así las cosas, dentro su principal o más característica diferencia se refleja al momento de toma de decisiones, generalmente en las empresas no familiares el proceso es racional, lento y burocrático, mientras que, en las empresas familiares es rápida porque depende de la intuición de los directivos familiares. Estas decisiones pueden cambiar la forma de comunicación intercompañía, las empresas no familiares tienden a ser más formales y solo se comunica lo necesario para la gestión, en cambio, las otras por su relación afectiva generan barreras.<sup>8</sup>

Otro aspecto característico diferenciador se evidencia en las relaciones, las empresas no familiares tienen relaciones basadas en vínculos profesionales y dependen del desempeño en el

---

<sup>8</sup> Dodero, S. 2.020. *El secreto para resolver conflictos en la empresa familiar*. Editorial El ateneo, acceso el 10 de julio de 2024, <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRsGEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=Conflictos+en+la+empresa+familiar+y+su+impacto+en+la+satisfacci%C3%B3n+de+la+vida+laboral+y+familiar.&ots=oFAFYtWCzh&sig=FcMPHIsWMZn1RWvkiUCW6MJz6Ag#v=onepage&q&f=true>

tiempo de las personas; por otro lado, las empresas familiares su relación está basada en la relación afectiva y no está vinculada con el desempeño.

En este orden de ideas, las reuniones e información son totalmente distintos, las reuniones en empresas no familiares siguen una agenda y minutas para hacer seguimiento a las decisiones; así como, el flujo de información es permanente por rendición de cuentas; mientras que, las reuniones en empresas familiares son informales y con poca información, mezclando agendas y sin seguimientos, esto hace que la información sea solo para un círculo en específico.<sup>9</sup>

### **3. Conflicto y Conflicto de interés**

El conflicto, en su sentido más restrictivo, es el choque o colisión de derechos o pretensiones.<sup>10</sup>

Para el autor Castagnino Diego Thomas, el estudio de los conflictos de intereses enfrenta varios retos: en primer lugar, por la dificultad conceptual, ya que no hay consenso en la doctrina continental sobre su definición y alcance debido a la diversidad de situaciones que pueden presentarse en distintos ámbitos. Por ejemplo, el conflicto de interés de un juez en un litigio es distinto al de un administrador en una sociedad, aunque compartan características, cada caso requiere consideraciones específicas. En segundo lugar, porque su regulación es escasa y dispersa, lo cual no siempre es negativo, pues la autonomía de las partes para autorregular sus relaciones jurídicas es valiosa, especialmente en el ámbito comercial, y, en tercer lugar, en el contexto de contratos societarios, múltiples sujetos pueden verse envueltos en conflictos de interés, tanto en relaciones internas como en interacciones con terceros, haciendo indispensable establecer reglas claras para su manejo.<sup>11</sup>

Así las cosas, el término conflicto de intereses se refiere a situaciones en las que los intereses personales de un individuo o grupo pueden interferir con sus deberes y responsabilidades profesionales, creando un riesgo de que decisiones o acciones se tomen en beneficio propio en lugar del interés de la organización o terceros involucrados.<sup>12</sup> Entendiéndose como el conjunto de condiciones y circunstancias que pueden influenciar indebidamente en el juicio profesional en relación con el interés primario por un interés secundario.

En este orden de ideas, el término conflicto de interés es común en el ámbito judicial y arbitral, refiriéndose a situaciones donde un juez o árbitro no puede conocer un caso debido a

---

<sup>9</sup> Dodero, S. 2.020 *El secreto para resolver conflictos en la empresa familiar* Editorial El Ateneo, acceso el 10 de julio de 2024, <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRsGEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=Conflictos+en+la+empresa+familiar+y+su+impacto+en+la+satisfacci%C3%B3n+de+la+vida+laboral+y+familiar.&ots=oFAFYtWCzh&sig=FcMPhIsWMZn1RWvkiUCW6MJz6Ag#v=onepage&q&f=true>

<sup>10</sup> Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.*, 33.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L., s. f.), 206.

<sup>11</sup> Castagnino, Diego Thomas, «La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 10 (16 de junio de 2024): 82, [https://www.sovedem.com/\\_files/ugd/de1016\\_9406ff9d8a0d444fb56ed8cd83cfac5.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_9406ff9d8a0d444fb56ed8cd83cfac5.pdf).

<sup>12</sup> Castagnino, Diego Thomas, 83.

causas establecidas en los códigos procesales o leyes arbitrales, como por ejemplo la afinidad con una de las partes o interés económico en el resultado, que afectan su imparcialidad. En el ámbito societario, aunque la situación es similar, requiere precisiones debido a la especialización, multiplicidad de vínculos e impactos.<sup>13</sup>

### ***3.1 Origen de los conflictos de intereses en empresas familiares***

En el ámbito de las empresas familiares los conflictos de intereses son comunes a los de las empresas no familiares. Sin embargo, el vínculo afectivo genera sin duda un mayor reto para su prevención, abordaje y solución.

El autor Obregon Miguel, citando a Belausteguigoita señala que son varias las causas que pueden dar origen a los conflictos de intereses en las empresas familiares, siendo una de las principales la confusión que se da entre los subsistemas de empresa y familia, es decir, por la superposición de estas dos entidades.<sup>14</sup>

Así las cosas, resalta el autor que el conflicto “per se” es inherente a la vida y se constituye a partir de choque de intereses, valores, acciones o direcciones entre dos o más individuos y este puede conducir a una confrontación que derivan en consecuencias negativas tanto para lo involucrados como para terceros y por ello es mejor asumir una postura proactiva frente a ellos, enfrentándose y cuando es posible adelantándose a los mismos y sus consecuencias.<sup>15</sup> Lo normal al presentarse el conflicto de intereses, es que las diferentes partes interesadas o involucradas esperen recibir lo que consideran justo según su propio criterio.

En las empresas familiares, es común que surjan conflictos de intereses debido a diferentes factores, dentro de los más importantes podemos mencionar disputas sobre la administración y gestión, y los procesos sucesorales.

### ***3.2 Problema de gestión y administración***

La gestión y administración efectiva de una empresa es fundamental para su éxito y sostenibilidad a largo plazo. Sin embargo, en las empresas familiares frecuentemente suelen ser un foco de conflictos de intereses en donde los intereses personales de los accionistas chocan con el fin económico perseguido por la empresa.

En este sentido, dentro de las situaciones más comunes donde se ven reflejada los mismos, podemos mencionar:

---

<sup>13</sup> Castagnino, Diego Thomas, 83.

<sup>14</sup> Obregon Cervantes, Miguel, 2.024 *Empresas Familiares y su Gobierno Corporativo*. (México: innovación, 2024), 42,  
[https://read.amazon.com/?\\_encoding=UTF8&asin=B0CZ5D93TF&consumptionLimitReached=false&deviceAccountId=A0245870V6BWDVY1HP1R&hasMultimedia=false&requiredCapabilities=EBOK\\_PURCHASE\\_ALLOWED&ref=yb\\_qv\\_ov\\_kndl\\_rn\\_rw&yourBooksUrl=https%3A%2F%2Fwww.amazon.com%2Fyour-books%3Fref\\_%3Dyb\\_ip\\_kwf\\_rn\\_a%26mode%3Dread](https://read.amazon.com/?_encoding=UTF8&asin=B0CZ5D93TF&consumptionLimitReached=false&deviceAccountId=A0245870V6BWDVY1HP1R&hasMultimedia=false&requiredCapabilities=EBOK_PURCHASE_ALLOWED&ref=yb_qv_ov_kndl_rn_rw&yourBooksUrl=https%3A%2F%2Fwww.amazon.com%2Fyour-books%3Fref_%3Dyb_ip_kwf_rn_a%26mode%3Dread). (20 de julio de 2024)

<sup>15</sup> Obregon Cervantes, Miguel, 43.

- **Liquidez para los propietarios:** esto ocurre cuando uno o varios propietarios desean convertir en efectivo parte de su participación en el capital, independientemente de los resultados económicos o la política de dividendos establecida. Esta situación es frecuente en la transición de la segunda a la tercera generación. Este problema afecta al subsistema de propiedad, donde las decisiones se toman en la asamblea de accionistas, pero su implementación puede influir en las relaciones entre los accionistas. Debido a sus vínculos familiares, esto puede perjudicar las relaciones y la armonía familiar, dificultando el logro de consensos en la toma de decisiones relacionadas con la gestión del patrimonio familiar.<sup>16</sup>

- **Políticas de distribución de dividendos:** la asamblea de accionistas, como máximo órgano de gobierno, toma las decisiones sobre los dividendos. En este sentido, la presencia de varios miembros familiares desempeñando roles tanto directivos como de propietarios puede generar una concentración de poder en la toma de decisiones y conflictos de interés debido al acceso a información privilegiada. Esto podría perjudicar a aquellos miembros de la familia empresaria que, siendo accionistas, no ocupan cargos directivos ni administrativos en la empresa.<sup>17</sup>

- **Diferencia en los intereses de los propietarios:** esta situación se observa en el subsistema de propiedad y las diferencias surgen principalmente de dos factores: generacional y número de propietarios. Inicialmente, una empresa fundada por un solo socio tiene un interés unificado. Sin embargo, al pasar a la segunda generación, aparecen múltiples miembros con intereses variados que necesitan ser reconciliados para establecer objetivos y estrategias organizacionales. Además, la percepción sobre la gestión de la propiedad puede cambiar de generación en generación. Aunque los propietarios sean familiares y compartan valores, suelen diferir en cómo administrar la propiedad, generando así conflictos de intereses. Los contextos en los que cada generación crece también influyen en su manera de pensar y percibir el entorno, afectando su visión sobre la gestión de la propiedad.<sup>18</sup>

- **Dilución de la propiedad:** este problema y riesgo es común en las empresas familiares. A medida que la propiedad se transmite de generación en generación, el número de socios familiares tiende a aumentar. Esto complica cada vez más alcanzar consensos entre los familiares en los procesos de toma de decisiones.<sup>19</sup>

- **Crisis duraderas en la estructura de responsabilidades:** este conflicto de interés surge de la falta de coherencia y alineación en la asignación de roles de responsabilidad (dirección y administración). Los sesgos en la elección de estos cargos pueden desencadenar una incoherencia entre la estrategia y la estructura de responsabilidades, lo que impacta en la operatividad y administración de la empresa.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> María Camila Blanco Briceño, 2021. «Identificación de riesgos estratégicos en empresas familiares como herramienta para la perdurabilidad empresarial en Colombia: caso Familia Blanco Rojas y Sociedades», 60, acceso 29 de junio de 2024, <https://bdigital.uextornado.edu.co/handle/001/4802>.

<sup>17</sup> Blanco Briceño, 60.

<sup>18</sup> Blanco Briceño, 61.

<sup>19</sup> Blanco Briceño, 61.

<sup>20</sup> Blanco Briceño, 61.

Este modo de administración genera varias situaciones que generan conflictos dentro del entorno familiar, como el nepotismo al realizar nombramientos de cargos y empleos basados en relaciones personales y familiares en lugar de la idoneidad o mérito; enfeudamiento, creación de feudos o cotos de poder impermeables a la acción de los demás, con actitudes de celos y encapsulamiento en la propia tarea; Autocracia: dominio de la voluntad de un solo individuo, generalmente cuando fundador muestra dificultad para delegar autoridad y Anquilosis rigidez organizacional causada por la dirección prolongada de una misma persona.<sup>21</sup>

### **3.2.1 Conflicto de interés entre hermanos, padres e hijos**

Dentro de los conflictos de intereses en la gestión y administración de las empresas familiares, los vínculos consanguíneos tienen un impacto significativo, ya que las relaciones personales influyen directamente en las dinámicas empresariales. La naturaleza de estos vínculos, como los que existen entre hermanos o entre padres e hijos, no solo determina la frecuencia de los conflictos, sino también su intensidad y las posibles vías de resolución. Las emociones y expectativas asociadas a estas relaciones suelen dificultar la toma de decisiones objetivas y el establecimiento de límites claros entre lo personal y lo profesional, lo que convierte a la gestión de los intereses familiares en un desafío constante para el éxito de la empresa.

En este orden de ideas, podemos señalar:

- Con respecto al vínculo de **madres e hijos**: por lo general es la menos conflictiva ya que las madres suelen ceder el control decisorio de la compañía a los hijos o alguno de ellos, lo cual estos no encuentran mucha resistencia en la implementación de nuevas ideas<sup>22</sup>. Según este autor, las madres pasan a segundo plano, dedicándose a papeles hogareños o la ocupación de cargos corporativos menos influyentes en la toma de decisiones de la empresa.
- Con respecto al vínculo de **padres e hijos**: este tipo de relación es mucho más diversa y compleja, normalmente el padre instruye a los hijos a su modo de pensar del cómo se dirige las riendas de la empresa, pero existen situaciones en que estos no concuerdan ya sea por considerarlos obsoletos o poco prácticos para el bien de la organización, lo cual genera conflictos entre ambos. Así mismo, hay más sentido de competitividad por parte de los hijos hacia los padres, resentimientos y frustraciones por acciones pasadas de la infancia que propician una bomba de tiempo en el que al estallar, propicie fricción entre ambos pares.<sup>23</sup>
- Con respecto al vínculo entre **hermanos**: así como cualquier relación, implica cooperación, comunicación, reciprocidad y tener objetivos en común. Todo esto bajo una rica cultura familiar, de valores y ética<sup>24</sup>. Si falta uno de estos factores, originan frustración y resentimiento, actuando desde un punto de vista emocional, en vez de forma profesional,

---

<sup>21</sup> Ayuzabet De La Rosa Albuquerque et al. 2.009 «Organization, business and family: from the family business to the family organization», *Gestión y Estrategia* 36 : pp 17-36, acceso el 28 de junio de 2024, <https://doi.org/10.24275/uam/azc/dcsh/gye/2009n36/delaRosa>

<sup>22</sup> Belausteguigoitia, Rius. *El Campo de las empresas familiares en Latinoamérica, nuevas perspectivas*. Centro para el Desarrollo de la Empresa familiar. 29-11-2.009

<sup>23</sup> Doderó, Santiago. 2.008 *El secreto para resolver conflictos en la empresa familiar*. Editorial El Ateneo

<sup>24</sup> Doderó, Santiago. 2.008 *El ciclo de vida de las empresas familiares*. Temas de Management.

en el que más que intercambiar ideas u opiniones diversas para solventar problemas relacionados a mantener la estabilidad de la empresa, pareciera más bien una guerra personal para imponerse sobre el otro y tener el control de facto de la misma.

### **3.4. Procesos Sucesorales**

En el ámbito de las empresas familiares una de las situaciones que genera conflictos de intereses se evidencia en los procesos sucesorales sin organización y que se abordan al momento del fallecimiento del socio fundador. En este sentido, cuando el socio fundador fallece y no se ha organizado su sucesión (otorgado un testamento) de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil se regirá por lo establecido para las sucesiones ab intestadas y en este caso en principio todos los herederos se encuentran en igualdad de condiciones y derechos sobre el patrimonio hereditario, así como también tendrán igualdad de votos en las asambleas de accionistas de la empresa.

Así las cosas, al no tener organizado o estructurado como funcionara la empresa al momento que los descendientes del causante (socio fundador) tomen las riendas de la empresa pueden generarse conflictos de diferentes magnitudes con consecuencias negativas que oscilan desde la merma o paralización de la operatividad o el giro diario de empresa hasta la quiebra, disolución o liquidación por el mal manejo de los recursos. Lo normal al presentarse los conflictos, es que las diferentes partes interesadas o involucradas aspiren a obtener lo que perciben como equitativo de acuerdo con su propia perspectiva y a los fines de conseguirlo terminan iniciando procesos judiciales que traen serias consecuencias y fracturas a los lazos familiares.

Uno de los momentos más significativos y delicados en las empresas familiares es el proceso de sucesión. La sucesión patrimonial en Venezuela se encuentra regulada principalmente por el Código Civil y la Ley de impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y Demas Ramas conexas. El Código Civil establece entre otros aspectos, quiénes pueden recibir una herencia y el orden en que esta se recibe (orden de sucesión); quiénes están impedidos de heredar (por causas de indignidad o incapacidad); las formas de suceder (mediante testamento o intestato); qué parte de la herencia es inalienable para los herederos forzosos (la legítima); y cómo opera la colación (retorno de bienes a la masa hereditaria).<sup>25</sup> Por su parte, La Ley de impuesto sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos establece cuánto deben pagar en impuestos los herederos por lo que reciben en herencia.<sup>26</sup>

Así las cosas, conforme lo dispuesto en el Código Civil, en Venezuela existen únicamente dos clases de sucesión la ab intestato y testamentaria: (A) Sucesión ab intestada que es una figura jurídica mediante la cual, por imperio de la ley, a la muerte de un sujeto de derecho se realiza una transferencia de sus derechos y obligaciones a otro u otros sujetos expresamente señalados por la misma ley, a no ser que exista una manifiesta declaración de voluntad del fallecido.<sup>27</sup> y (B) Sucesión testamentaria esta se origina cuando el causante en prevención de su muerte próxima o remota dispone voluntariamente de sus bienes señalando a quienes y en qué forma deben de

---

<sup>25</sup> Código Civil. Art. 807- 1.132

<sup>26</sup> Ley de impuesto Sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos, Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.391 de fecha 22 de octubre de 1999..

<sup>27</sup> Sojo Bianco, Raúl., Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones., 308.

transmitirse.<sup>28</sup> Así las cosas, el Código Civil Venezolano, en su artículo 833 define el testamento en los siguientes términos: el testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley.<sup>29</sup>

Ahora bien, en cuanto la sucesión gerencial o de administración de las empresas familiares al no estar reconocidas propiamente en nuestro ordenamiento jurídico no existen directrices o reglas estandarizadas sobre su procedencia. Así, en el ámbito empresarial venezolano, las sociedades mercantiles se rigen conforme lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 200 del Código de Comercio: las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este código y por las del código civil; es decir, por un marco normativo que combina la autonomía de la voluntad de las partes con las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil.

En este sentido, la libre autonomía de la voluntad de las partes es crucial para organizar los procesos sucesorales en las empresas familiares con intención de controlar o prevenir los conflictos de intereses que se puedan generar con los cambios generacionales, ya que permite a los socios diseñar y acordar las normas y procedimientos que mejor se adapten a las particularidades de su empresa y sus miembros. Este principio ofrece la flexibilidad necesaria para establecer procesos de sucesión personalizados que consideren las dinámicas internas y las aspiraciones de cada integrante, siempre y cuando no contravengan disposiciones de orden público ni normas imperativas del derecho venezolano. Al poder definir libremente estos acuerdos, se facilita una transición ordenada y consensuada, lo cual es vital para la continuidad y estabilidad de la empresa familiar.

#### ***4. Gobierno corporativo como herramienta gestión de conflicto de intereses en empresas familiares.***

Los conflictos de intereses tienen un impacto negativo en las prácticas de las empresas. En este sentido, pueden generar deterioro en la toma de decisiones, responsabilidad socavada y preocupaciones éticas<sup>30</sup>, es por ello que, se considera necesario el establecimiento de una estrategia basada en el buen gobierno corporativo.

Las buenas prácticas en Gobierno Corporativo aportan seguridad económica y jurídica; la estructuración de un gobierno corporativo permite desarrollar una cultura organizacional que conduzca a un óptimo rendimiento sostenible a largo plazo. Este es definido como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos

---

<sup>28</sup> Sojo Bianco, Raúl., 391.

<sup>29</sup> Código Civil.

<sup>30</sup> FASTER Capital. (2024, 22 de junio). *Conflicto de intereses gestión de conflictos de intereses salvaguardia de las practicas de gobierno corporativo*, acceso 4 de julio de 2024, <https://fastercapital.com/es/contenido/Conflicto-de-intereses--Gestion-de-conflictos-de-intereses--salvaguardia-de-las-practicas-de-gobierno-corporativo.html#El-impacto-de-los-conflictos-de-intereses-en-las-pr-cticas-de-gobierno-corporativo>

de gobierno de una empresa, estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor.<sup>31</sup>

Los componentes más importantes del gobierno corporativo es la coexistencia de elementos y criterios, con los cuales se deben responder a eventos disruptivos, capaces de atenuar y superar riesgos; y, capaces de cambiar la forma de actuar.<sup>32</sup> En consecuencia, se debe contar con mecanismos de supervisión permanentes e independientes, capacitaciones regulares.

En este orden de ideas, debe adicionalmente existir una supervisión minuciosa de cómo se llevan al cabo de esos procesos estructurados periódicamente, haciendo las correcciones y ajustes necesarios, según sea el caso, así como que en cada cierto tiempo debe haber una rendición de cuentas ante las instancias superiores, capacitadas y legitimadas, con el fin de tomar constancia de los resultados de cada proceso llevada al cabo.

Por ende, las estructuras de gobierno corporativo constituyen aspectos importantes para la profesionalización de una organización, con el fin de fijar y esclarecer las reglas claras a acatar para evitar conflictos internos entre los diferentes sistemas que constituyen la empresa.<sup>33</sup>

Por profesionalización se entiende a otorgar competencias y facultades a la empresa para tomar decisiones estratégicas y decisivas sobre el funcionamiento de la compañía, estos pueden ser a través de órganos de gobierno como las juntas directivas, en el que se le confiere capacidades e independencia en sus funciones.

Dicha profesionalización implica la implementación que atienda la acción entre el sistema de familia y de la empresa. El primero lo conforman asambleas y consejos de familia, en el cual debaten la visión e intereses del núcleo familiar con respecto a la organización; mientras que el segundo lo compone la asamblea de accionistas y el consejo de administración, encargados de los intereses de los accionistas adscritos a la empresa.

Los planes, estructuras y políticas de gobierno corporativo explicados sobre la dinámica familiar, se basa en el Modelo de los Tres Círculos de Taguini y Davis (Gersick, ET AL, 1.997)<sup>34</sup> las cuales se explican a continuación:

---

<sup>31</sup> ¿Qué es el Gobierno Corporativo? | Deloitte España | Gobierno Corporativo. (s.f.). Deloitte México. <https://www.deloitte.com/es/es/services/risk-advisory/perspectives/que-es-el-gobierno-corporativo.html>

<sup>32</sup>Zambrano, Adriana. (2023). Conflicto de Interés en el Gobierno Corporativo.

<sup>33</sup> Hernandez, Lissette; Medina, Rafael y Romero, Jeremy. Gobierno corporativo y profesionalización empresarial en hipermercados y supermercados familiares en Venezuela. Revista Venezolana de Gerencia, vol 20, num 69, ene-mar, 2.015, pag 9-13 .Documento en línea: [<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2202/1/protocolo-familiar-definicion-management.pdf>]

<sup>34</sup> Pérez Molina, Ana Isabel. El Modelo de empresa familiar: Los cuatro pilares fundamentales. Revista de Investigación, Área de Innovación y Desarrollo, 3 Ciencias. 01-06-2.012, pág 3-8.



- Sistema de familia: Compuesto por la asamblea y/o consejo de familia; el plan de familia y las políticas de funcionamiento de dichos órganos.
- Sistema de propiedad: Se conforma por la asamblea de accionistas y el consejo de administración. Estos son regulados por sus propias políticas de funcionamiento emanadas por este último.
- Sistema de empresa: Compuesto por el consejo directivo o los comités y las gerencias de la organización. Estos son regulados por el plan de desarrollo gerencial.

Entre el sistema propiedad y el sistema familia: debe prepararse oportunamente el testamento; entre el sistema propiedad y el sistema empresa: debe formularse el plan estratégico; y entre el sistema familia y el sistema empresa: deben figurar el plan de sucesión y el protocolo familiar.

En este sentido, los órganos de la familia deben referirse como institución de participación en la toma de decisiones sobre la responsabilidad y tareas sobre la empresa familiar. Además de favorecer la comunicación, la participación y la resolución de conflictos, permitiendo adicionalmente, la trasmisión de valores positivos y éticos a la siguiente generación que ocupara los cargos de la organización en el futuro.

Asimismo, es importante resaltar los principios del gobierno corporativo que pueden ser implementados en empresas familiares, el primero es propiedad y control, la cual puede denominarse como una ideología; es separar y distinguir la propiedad de la empresa y su control; la propiedad es quien corre el riesgo al aportar capital y el control es el que se encarga de la toma de decisiones sobre los recursos de la empresa, este tiene el mando sobre el funcionamiento y las actividades inherentes a la empresa.<sup>35</sup>

También, en segundo lugar, podemos aplicar la teoría de la agencia; en donde se designa un agente a quien se le delega el poder inmediato y el poder sobre la empresa, con acompañamiento

<sup>35</sup>Jaimes Chaparro, a. F. (2011). *Gobierno corporativo en empresas familiares* [Trabajo de Grado, Universidad Pontificia Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9532/tesis623.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

del propietario quien supervisa el trabajo del agente y puede participar en varias decisiones sobre el control. Por último, en tercer lugar, implementación de un plan de sucesión; teniendo en cuenta que esta es la principal barrera para el crecimiento y la durabilidad de la empresa.<sup>36</sup>

#### ***4.1 El Consejo de Familia y Asamblea de Familia***

Existe un marco normativo de leyes mercantiles que rigen el sistema de las sociedades, estas reglas o normas sirven para establecer hábitos y contenidos adecuados de comunicación. En las empresas familiares, se establecen órganos de gobierno familiar denominados: (i) El Consejo de Familia; y, (ii) Asamblea familiar, los cuales permiten implementar procesos para toma de decisiones basadas en criterios válidos.<sup>37</sup>

La asamblea de familia funge como un órgano estrictamente para el desenvolvimiento del sistema de familia de la empresa, de carácter informativo, en el que se discute sobre los intereses que se tiene sobre la organización, sus objetivos que pretende conseguir, así como el tipo de participación de la misma. Así mismo, se encarga de propiciar la armonía entre las relaciones familiares involucradas, así como de detectar los probables conflictos que surjan dentro del seno familiar y sus repercusiones en la empresa.

En cuanto al consejo de familia, es el órgano que representa a la familia en la empresa, en el que se delibera sobre expectativas y decisiones que adopta el grupo familiar en relación con la compañía. Por lo tanto, tiene carácter decisorio integrado por representantes de todas las ramas y generaciones de la estirpe, con independencia que trabajen o no en la empresa; así mismo, este consejo lo debe encabezar un presidente, en el que recae en el miembro más respetado del grupo familiar en uno de los fundadores de la empresa<sup>38</sup>

Este órgano se encargará de gestionar y solventar las disputas que surjan entre la familia y la empresa; diseñar, estructurar y establecer el proceso sucesorio de la compañía, de defender los derechos de determinados miembros familiares que no formen parte de la compañía, así como de diseñar, auditar y actualizar el protocolo familiar.

#### ***4.2 El Protocolo Familiar***

A lo largo de los años han surgido diversas opciones para preservar la continuidad de la empresa; donde los socios firman acuerdos como protocolos familiares para regular o reglamentar

---

<sup>36</sup> Jaimes Chaparro, a. F. (2011). *Gobierno corporativo en empresas familiares* [Trabajo de Grado, Universidad Pontificia Javeriana].

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9532/tesis623.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>37</sup>Chiner, A. 2.011 La necesidad de un buen gobierno de la familia en las empresas familiares. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/433/43320760008.pdf>. Universia Business Review, Num 32, pp 102-110. Portal Universia, S.A. Madrid, España.

<sup>38</sup> Álvarez Gómez, F., Bosch Carrera, A., De Juan Casadevall, J., Marqués Gou, P., Plana Farran, M., & Saldaña Gonzalvo, P. (2021). *Guía para las empresas familiares: el consejo de familia*. cuatrecasas. [https://www.ascef.com/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-las-EF\\_el-Consejo-de-Familia.pdf](https://www.ascef.com/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-las-EF_el-Consejo-de-Familia.pdf)

situaciones no previstas en los estatutos. Así, Tomás M. B., Remedios H., Cristina B.<sup>39</sup> citando diferentes doctrinarios delimitan el concepto de protocolo familiar en los siguientes términos:

Es el marco familiar -firmado por todos los integrantes de la familia- por el que se regulan las relaciones entre la familia y la empresa con la finalidad de consolidar la continuidad de la familia a lo largo de sus sucesivas generaciones. Además, es una declaración de intenciones consensuada por todos los miembros de la familia, que tiene como objetivo el mantenimiento de la empresa familiar, es decir: (A) defender e incrementar el patrimonio familiar evitando la dispersión del capital; (B) evitar la intromisión abusiva de la familia en la gestión, limitando el acceso de los familiares a la empresa, así como su presencia dentro del Consejo de Administración; y (C) evitar o ayudar a superar las crisis estructurales típicas de las empresas familiares.

En resumen, el propósito del protocolo familiar es reforzar la empresa abordando sus vulnerabilidades, protegiendo los intereses de ella ante posibles malos manejos o abusos por parte de los socios (interés social), al mismo tiempo que la establece como un respaldo patrimonial para la familia y una salvaguarda frente a posibles contratiempos (interés familiar).

Esto se plantea a través de un documento, cuya naturaleza es atípica; pues, se trata de un contrato entre privados, un convenio parasocietario que regulará aspectos societarios y no societarios.<sup>40</sup>

Este instrumento contractual funge como catalizador para establecer las funciones y atribuciones de cada miembro familiar involucrado; de cómo se transmitirán las acciones o participaciones de la compañía; determinar el proceso sucesorio que se llevará al cabo y cualquier otro asunto pertinente e interés para el buen funcionamiento de la compañía.<sup>41</sup>

La elaboración del protocolo familiar requiere de la participación y aceptación voluntaria de todos los miembros familiares involucrados, siendo además necesario de adaptar dicho instrumento a los cambios familiares como corporativos que surjan a lo largo de los años a fines de mantener su vigencia, por el cual es indispensable de realizar las revisiones periódicas para ello.

Bariona Mario, sostiene que este acuerdo es una figura que puede ser válidamente implementada en las empresas venezolanas en base el principio de la libre autonomía de las partes. No obstante, también resalta que la autonomía de libre voluntad tiene ciertos límites como lo son la imposibilidad de eliminar los órganos de gobierno establecidos en el Código de Comercio o

---

<sup>39</sup> Bañegil Palacios Tomás M., Remedios Hernández Linares, y Barriuso Iglesias Cristina. 2.024 «El protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo en las empresas familiares de Extremadura», s. f., <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=388743870015>., pag 141.

<sup>40</sup> Hernandez, E. 2.024 Algunos aspectos de la implementación del buen gobierno corporativo en las empresas familiares peruanas, acceso el 11 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/3268/articulo-algunos-aspectos-de-la-implementacion-del-buen-gobierno-corporativo-en-las-empresas-familiares-peruanas.html>

<sup>41</sup> Lucero Bringas, María de los Ángeles. 2.017. El protocolo familiar: Una definición desde el management. Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, pág 10-22. Buenos Aires, acceso 12 de julio de 2024, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2202/1/protocolo-familiar-definicion-management.pdf> .

reducir la responsabilidad de los administradores, debido que esto pudiese afectar la comprensión del mecanismo de representación de la sociedad frente a terceros.<sup>42</sup>

Finalmente, el mencionado autor señala que los protocolos familiares tienen las siguientes características: (A) Naturaleza esencialmente contractual. (B) Pueden ser objeto de revisión y modificación. (C) Deben interpretarse e integrarse conforme a las reglas generales de interpretación del contrato en Venezuela, es decir, se debe aplicar el método de interpretación establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

### **4.3. Contenido del protocolo familiar**

Al ser un acuerdo integral regulador y armonizador de los diversos aspectos entre la familia, la propiedad y la empresa; no hay un formato estándar válido para todas las empresas familiares, ya que cada una de ellas está moldeada por una idiosincrasia y cultura únicas. Por ende, lo crucial es que el documento refleje un correcto proceso de creación y que su aceptación sea resultado del acuerdo unánime de todos los miembros de la familia empresaria o, al menos, de aquellos que tienen el control de la empresa.

En este orden de ideas, en lo que respecta a las materias que deberían regularse o tratarse dentro del protocolo familiar, la CAF a través de sus Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo sugieren que al menos se traten los siguientes puntos en él:<sup>43</sup>

- **Ámbito y objetivo del protocolo:** exposición las razones fundamentales que justifican la firma del Protocolo y se especifica la extensión de su aplicación
- **Principios de la familia empresaria:** resaltar elementos fundamentales que ya son parte integral de la trayectoria de la empresa y la familia, además de incorporar aquellos necesarios para establecer pautas de actuación frente a los desafíos futuros.
- **Órganos de gobierno:** establecimiento de los principios para la clara separación entre la familia y la empresa. Por lo tanto, se aborda la creación o ajuste de los órganos de gobierno tanto de la empresa como de la familia
- **Relación entre familia y empresa:** regulación de esta relación, particularmente en la incorporación de los miembros familiares a la empresa, desde la definición de condiciones de ingreso, formación, promoción, retribución, o alcance de sus funciones, entre otros. Así como también sucesión y transición generacional, especialmente en lo que se refiere a los mecanismos que deben operar en los procesos de sucesión.
- **Relación entre empresa y familia:** en esta sección, se establecen directrices con respecto a la relación entre la empresa y la familia, abordando sobre la compraventa de acciones en

---

<sup>42</sup> Bariona G Mario. 2.023 «El Buen Gobierno Corporativo en las empresas familiares.», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, pp 187-188. Acceso 15 de julio de 2024 [https://www.sovedem.com/files/ugd/de1016\\_e54339341f794a9dae2902a647ce9e88.pdf](https://www.sovedem.com/files/ugd/de1016_e54339341f794a9dae2902a647ce9e88.pdf)

<sup>43</sup> Oneto, A., & Rojas, C. 2023. Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo. Distrito Capital: CAF- banco de desarrollo de América Latina y el Caribe, acceso el 15 de julio, <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/2165>

posesión de la familia, las decisiones relacionadas con los dividendos, la transmisión de las acciones y inclusión de otros temas que se determinen para la resolución de conflictos.

- **Ejecución, cumplimiento y ajustes del protocolo:** se establecen las medidas para llevar a cabo las decisiones adoptadas y se delimitan los criterios para realizar modificaciones en el futuro

Por ende, este instrumento sirve de gran ayuda para orientar y regular las actuaciones familiares en la empresa, y que su vez, contribuya a la resolución de posibles conflictos que se generen dentro del seno familiar relacionados con la empresa. De hecho, el protocolo familiar cobra mucha importancia ya que formulan las reglas y estándares de acción que promueven la operación pacífica, el mantenimiento y desarrollo de la empresa.

Esto va de la mano, en que las relaciones en las empresa familiares son variables y complejas, sobre todo si hay varios miembros familiares involucrados en la misma, por lo que se requiere una adecuada orientación y coordinación para gestionar tales cuestiones.<sup>44</sup>

De esta manera, la utilización de este instrumento protocolar provee herramientas muy útiles para asegurar la estabilidad familiar relacionado con la organización, mejora la continuidad de la empresa al establecer pautas que prevén que hacer ante los posibles cambios dentro de la estirpe, así como los de la compañía.

## **CONCLUSIONES**

El análisis de la empresa familiar en el contexto de la legislación venezolana revela una clara distinción entre los conceptos de sociedad y empresa, donde la primera se define como una estructura jurídica necesaria para la operación legal de la segunda, que se concibe como una organización económica y humana. A pesar de la ausencia de una definición explícita de "empresa familiar" en la legislación venezolana, se puede inferir su significado combinando las nociones de empresa y familia. Así, la empresa familiar se configura como una entidad económica dirigida por miembros de una misma familia, quienes comparten tanto vínculos jurídicos como afectivos, y donde la familia tiene un control significativo sobre el capital y las decisiones empresariales.

Así las cosas, este elemento característico de concurrencia de propiedad y control se presenta como una de las grandes diferencias con las empresas no familiares, y a su vez una fuente de conflictos de interés ya que los vínculos afectivos agregan un toque de complejidad para el manejo de la empresa y la toma de decisiones objetivas. En las empresas familiares, es común que los intereses personales de los miembros de la familia interfieran con los objetivos empresariales, generando situaciones de nepotismo, autocracia y conflictos intergeneracionales.

En este sentido, la gestión anticipada de los posibles conflictos de intereses que puedan surgir durante la vida societaria se presenta como un factor crucial para la longevidad y éxito de la empresa familiar, la anticipación a los desafíos que pueden generar los conflictos de intereses

---

<sup>44</sup> Sanchez, Angie Gabriel y Zuleta, Andrea Gabriela 2.022 La importancia de aplicar protocolos familiares en compañías ecuatorianas. Polo de Conocimiento., Pág 12-15

mediante normativas internas vinculantes emerge como una contribución significativa para garantizar continuidad de la empresa.

En el artículo se resalta la importancia de las prácticas de Buen Gobierno Corporativo como una herramienta fundamental para la gestión de conflictos de intereses en las empresas familiares, debido que el mismo promueve la transparencia, la rendición de cuentas y la profesionalización de la gestión empresarial. La implementación de los consejos de familia y protocolos familiares puede ayudar a regular las relaciones entre la familia y la empresa, asegurando una transición ordenada y consensuada entre generaciones, y a su vez fomentando la continuidad y estabilidad de la empresa familiar.

En Venezuela, es posible la implementación de las prácticas de buen gobierno corporativo en las empresas familiares solo es necesario tener en cuenta el marco normativo que regula a las sociedades mercantiles y concatenarlo con el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bañegil Palacios, Tomás M., Remedios Hernández Linares, y Barriuso Iglesias. 2012. «El Protocolo Familiar y sus Instrumentos de Desarrollo en las Empresas Familiares de Extremadura». *Tourism & Management Studies*, no. 8: 141. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=388743870015>.
- Bariona, Mario G. 2023. «N° 11 / Revista Venezolana de Derecho Mercantil, RVDM». Nro. 11, pp. 187-188. [https://www.sovedem.com/\\_files/ugd/de1016\\_e54339341f794a9dae2902a647ce9e88.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_e54339341f794a9dae2902a647ce9e88.pdf).
- Blanco Briceño, María Camila. 2001. «Identificación de riesgos estratégicos en empresas familiares como herramienta para la perdurabilidad empresarial en Colombia: caso Familia Blanco Rojas y Sociedades». <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4802>.
- Castagnino, Diego Thomas. 2023. «La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, no. 10: 79-107. [https://www.sovedem.com/\\_files/ugd/de1016\\_9406ff9d8a0d444fb56ed8cd83cfac5.pdf](https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_9406ff9d8a0d444fb56ed8cd83cfac5.pdf).
- De La Rosa Albuquerque, Ayuzabet, Oscar Lozano Carrillo, Juan Carlos Ramírez Segura, y Universidad Autónoma Metropolitana. 2009. «Organization, business and family: from the family business to the family organization». *Gestión y Estrategia*, no. 36: 17-36. <https://doi.org/10.24275/uam/azc/dcsh/gye/2009n36/delaRosa>.
- Dodero, S. 2008. *El secreto para resolver conflictos en la empresa familiar*. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRsGEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5>.
- Escalona, J. 2010. *Empresas familiares: problemas existentes en los círculos familia y sucesión en las organizaciones pertenecientes a los medios de comunicación impresas en Venezuela*, vol. 4.

Feffer, David. *Desafíos de gobierno corporativo para empresas familiares*.  
<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/spanish-cg-guide-chapter5.pdf>.

Ghislieri, J. *Gobierno corporativo en empresas familiares*.  
[https://pa.bibdigital.ucc.edu.ar/3046/1/TM\\_Ghislieri.pdf](https://pa.bibdigital.ucc.edu.ar/3046/1/TM_Ghislieri.pdf).

Hernández, E. 2024. «Algunos aspectos de la implementación del buen gobierno corporativo en las empresas familiares peruanas».  
<https://www.worldcomplianceassociation.com/3268/articulo-algunos-aspectos-de-la-implementacion-del-buen-gobierno-corporativo-en-las-empresas-familiares-peruanas.html>.

Jaimes, A. s. f. *Gobierno Corporativo en Empresas Familiares*.  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9532/tesis623.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Laya Castro, Carlos Eduardo, y Larissa Sofia Senan Vidal. 2003. *La continuidad de la empresa familiar en Venezuela, según el modelo teórico de Joan M. Amat*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Escuela de Ciencias Sociales.

Messing, Sergio Daniel. 2015. *La planificación sucesoria en las pequeñas y medianas empresas familiares: herramientas para su evaluación*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Económicas.

Morles Hernández, Alfredo. 1998. *Curso de Derecho Mercantil*. 4.a ed. Vol. II. Caracas.

Oneto, A., y C. Rojas. 2023. *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo*. Distrito Capital: CAF - Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe.  
<https://scioteca.caf.com/handle/123456789/2165>.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 33.a ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L., s. f.

Sojo Bianco, Raúl. 2000. *Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones*. 14.a ed. Caracas: Mobil Libros.

## **Legislación**

Código Civil. Gaceta Oficial N.º 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Comercio Venezolano. Gaceta Oficial N.º 475 del 21 de diciembre de 1995.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. Gaceta Oficial N.º 6.686, del 15 de febrero de 2022.

# ***Buen Gobierno Corporativo y la conformación de directorios en las Empresas de Propiedad Estatal***

**Jorge P. Freitas Di tomo\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 276-296

**Resumen:** Las empresas de propiedad estatal (EPE), por su condición se exponen a mayores riesgos que las empresas privadas, como estar al servicio de intereses políticos disímiles del interés societario o exponerse al flagelo de la corrupción de bienes públicos. El Buen Gobierno Corporativo surge como una institución sistemática, proveyendo lineamientos para minimizar dichos riesgos. Se abordan los lineamientos del Banco de Desarrollo de América Latina sobre el Buen Gobierno Corporativo de las EPE, en especial los que refieren a la conformación de los directorios y se observan como un medio idóneo para disminuir la exposición a los riesgos. Utilizando como caso de estudio las buenas prácticas para el gobierno corporativo en la Autoridad del Canal de Panamá.

**Palabras clave:** Buen Gobierno Corporativo, empresas de propiedad estatal y directorios.

## ***Good Corporate Governance and the formation of boards of directors in State-Owned Companies***

**Abstract:** *State-owned companies (SOEs), due to their condition, are exposed to greater risks than private companies, such as being at the service of political interests dissimilar to corporate interests or exposing themselves to the scourge of corruption of public assets. Good Corporate Governance emerges as a systematic institution, providing guidelines to minimize such risks. The guidelines of the Development Bank of Latin America on Good Corporate Governance of SOEs are addressed, especially those that refer to the formation of boards of directors and are observed as an ideal means to reduce exposure to risks. Using as a case study the good practices for corporate governance in the Panama Canal Authority.*

**Keywords:** *Good Corporate Governance, state-owned enterprises and boards of directors.*

**Recibido:** 18/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diploma mención Excelente en Transporte y Comercio Marítimo, Centro Internacional de Actualización Profesional, UCAB. Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil, UCAB. Cursante del Máster en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo, Universidad de Deusto, España. Miembro Titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.

# ***Buen Gobierno Corporativo y la conformación de directorios en las Empresas de Propiedad Estatal***

**Jorge P. Freitas Di tomo\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 276-296

## **SUMARIO:**

INTRODUCCIÓN. 1.- El Estado propietario en Venezuela. 1.1 Estatus del Buen Gobierno Corporativo en las EPE venezolanas. 2.- Los riesgos en las EPE, una visión regional. 3.- Conformación de Directorios. 3.1 Instrumentalización Política. 3.2 Lineamientos para buenas prácticas. 4.- Caso de estudio: Autoridad del Canal de Panamá. CONCLUSIONES

## **INTRODUCCIÓN**

El nacimiento y afianzamiento dentro del ideal social de la teoría del Estado del bienestar, en el largo plazo trajo como consecuencia el fortalecimiento de la figura del Estado como empresario; de acuerdo a los defensores de esta figura con miras a garantizar la prestación de bienes o servicios esenciales a los ciudadanos.

En la actualidad, la figura del Estado empresario se ha ampliado, llegando a ser el Estado, en algunos casos, el mayor contribuyente al producto interno bruto de las naciones, interviniendo drásticamente en la economía. Dentro de este paradigma se acrecientan los riesgos a los que normalmente están expuestas las empresas privadas, generando toda una novísima variedad de riesgos que deben ser evaluados y controlados.

En este contexto, se observa al Buen Gobierno Corporativo como un medio idóneo para la minimización de los riesgos empresariales que se acrecientan con la participación del Estado en las sociedades mercantiles, cuestión prevista para los sujetos de derecho privado.

El Buen Gobierno Corporativo es un sistema por medio del cual las compañías son dirigidas y controladas, que se caracteriza por la “voluntariedad, autorregulación, ética, transparencia y responsabilidad, disciplina la administración y control de la sociedad mercantil, así como las relaciones existentes entre la gestión societaria, el accionariado y los grupos de interés”<sup>1</sup>.

---

\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diploma mención Excelente en Transporte y Comercio Marítimo, Centro Internacional de Actualización Profesional, UCAB. Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil, UCAB. Cursante del Máster en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo, Universidad de Deusto, España. Miembro Titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.

<sup>1</sup>Rodrigo Alfredo Quintero Bencomo, «La noción de Gobierno Corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves», *Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (2021), 297. [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/6/RVDM\\_2021\\_6\\_297-321.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/6/RVDM_2021_6_297-321.pdf)

\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diploma mención Excelente en Transporte y Comercio Marítimo, Centro Internacional de Actualización Profesional, UCAB. Cursante de la

Aunque son múltiples los riesgos a los que se ven expuestas las empresas de propiedad estatal, estimamos que uno propio a su condición, es el peligro de convertirse en un instrumento de la realización política de los gobiernos a los cuales esté sometida o del cual dependa, sea a nivel nacional, regional o municipal.

En el presente esfuerzo investigativo, se analiza la relación que existe entre la debida conformación de los directorios en las EPE y la disminución de los riesgos corporativos, estimando que la indebida conformación del directorio no solo es un riesgo, sino que deriva en la concreción de múltiples riesgos de amplísima naturaleza.

Con lo cual, se estudia muy concretamente como la politización de las EPE es una desviación que perjudica principalmente la confirmación del directorio, la selección de la alta gerencia y el libre ejercicio de los derechos de los accionistas distintos al Estado. Es así como se examina y proponen los lineamientos de Buen Gobierno Corporativo, como una respuesta a tal problemática.

### ***1. El Estado propietario en Venezuela***

A mediados del siglo XIX en Europa se dan las primeras manifestaciones de lo que se denominaron “modernas empresas públicas”<sup>2</sup>, hecho motivado a diversas secuelas de la primera guerra mundial; seguidamente, producto de la segunda guerra mundial, los Estados desarrollan un gran interés por convertirse en propietario de empresas, generalmente de tipo estratégicas, pero eventualmente de tipo industrial general.<sup>3</sup>

El auge de la estatización se da en favor de asegurar, desde la figura del poder estatal, el suministro de bienes o la prestación de servicios a la población. Sin duda, la estatización es un fenómeno que no solo responde a un interés económico sino también a uno político o estratégico en general.

Con la difusión de la teoría del Estado de Bienestar, según la cual debía el Estado garantizar un conjunto de elementos en favor de mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, se impulsa la gran expansión del modelo económico donde figura el Estado como propietario o empresario.

Posteriormente, alrededor de la década de 1970, debido a la proyección de las teorías liberales se plantea el debate sobre el grado de intervención del Estado en la economía y si era verdaderamente el papel que debía de jugar. Bajo este clima de debate, en Europa y los EEUU se dan grandes privatizaciones en favor de reducir la intervención estatal en la vida empresarial de la nación. América Latina no fue una excepción, para el año 1990 también se dieron grandes procesos de privatización o de apertura a la participación de capital privado en sectores regulados.

---

Especialidad en Derecho Mercantil, UCAB. Asistente Académico de Contratos Especiales I (Derecho), Pregrado, UCAB.

<sup>2</sup> Francisco Comín y Daniel Díaz, «Auge y Decadencia de la Empresa Pública en Europa», *Cuadernos de Información Económica de la Universidad de Cantabria*, n.º 162 (2011): 137-45, file:///Users/jorge/Downloads/AugeYDecadencia.pdf.

<sup>3</sup> Francisco Comín y Daniel Díaz, ..., 140.

En Venezuela a partir del año 1999, con la aplicación de las teorías políticas del llamado Nuevo Socialismo del Siglo XXI, se incrementa significativamente la figura del Estado como propietario de las denominadas empresas de propiedad estatal (EPE), esto en aras de convertirse en el garante de la producción de bienes y servicios en favor del bienestar social, lo cual cabe decir tiene un fundamento constitucional.

En nuestra legislación patria, las EPE o empresas del Estado se encuentran definidas específicamente en el Artículo 103 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual indica que:

“Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.”<sup>4</sup>

Es así como el legislador regula el tratamiento inherente a la personalidad jurídica de las EPE, a la vez que indica cuál es el criterio objetivo al que debemos atenernos para determinar cuáles de todas las empresas donde el Estado tenga participación serán consideradas EPE. A la luz de la norma *ut supra* mencionada, estarán sujetas al tratamiento legal propio de las empresas públicas todas aquellas en la que el Estado, por medio de los entes previstos en la norma, tengan una participación accionaria que supere el cincuenta por ciento del capital social de la empresa.

La tendencia del Estado venezolano a ser propietario de empresas queda en evidencia cuando se revisan los datos e informes en esta materia. Aunque son escasas las fuentes de información en la materia, se estimó que para el año 2017 el Estado era propietario de al menos 526 empresas, de las cuales un setenta por ciento fueron constituidas a partir del año 2001<sup>5</sup>.

En contraposición al dato anterior, para el mismo momento, la República Federal de Brasil, un país con más de 200 millones de habitantes<sup>6</sup>, solo era propietario de aproximadamente el equivalente al veinte por ciento de las EPE venezolanas. Esto deja en evidencia la tendencia de Estado propietario y el modelo económico que existe en Venezuela, donde el Estado interviene activamente en la economía con la producción de bienes y servicios, para así asumir un papel de participación activa en la economía nacional.

Las cifras antes expuestas y su comparación, permiten dejar en evidencia la importancia que las EPE tienen en Venezuela. Algunas de las más grandes empresas de Venezuela, sobre todo en

---

<sup>4</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, de 17 de noviembre del 2014, (Gaceta Oficial Extraordinaria N. 6.147 del 17 de noviembre de 2024).

<sup>5</sup> «Empresas Propiedad del Estado en Venezuela», Transparencia Venezuela, acceso el 12 de enero del 2024. <https://transparenciave.org/wp-content/uploads/2017/09/Empresas-propiedad-del-Edo.-2017-TV-sin-linea-de-corte.pdf>

<sup>6</sup> «Demografía de la República Federativa de Brasil», Instituto Brasileño de Geografía y Demografía, acceso el 04 de enero de 2024, <https://www.ibge.gov.br/>

sectores como los hidrocarburos, la energía y minería, que por tanto realizan considerables inversiones y aportes a la economía nacional, son EPE.

Los derechos inherentes al Estado en materia de la industria petrolera, demuestran la importancia que el rol de Estado-Propietario tuvo para el constituyente de 1999, al menos en materia petrolera, por lo que posee rango constitucional. Aunque lo anterior se circunscribe a una industria en específico, las normas previstas en nuestra Carta Magna y sus motivaciones, han servido de fundamento para que el Estado intervenga activamente en otros sectores económicos, por lo tanto, su revisión es de sumo interés para la comprensión general del tema.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la figura de Estado-Propietario la encontramos regulada por medio de diversos preceptos constitucionales; entre ellos destacan, el Art. 12 de la Constitución en lo que respecta a lo relativo al Espacio Geográfico y la División Política de la Nación, en el Capítulo I dedicado al Territorio y demás Espacios Geográficos, el cual establece que “Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, (...) son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles.”<sup>7</sup>

A su vez, debemos concordar lo anterior con el Art. 11 *eiusden* que regula la plena soberanía que la República ejerce sobre diversos espacios debidamente indicados por el mismo artículo. A opinión del Msc. Cesar Mata, ambos preceptos constitucionales previamente señalados, configuran lo que se conoce como el Estado-Propietario<sup>8</sup>; consideración que compartimos.

En el caso venezolano podemos encontrar otra manifestación de la intervención del Estado en la actividad empresarial nacional, allende de ser Estado-Propietario sobre algunos sectores, tal como se expuso el caso del petrolero, puede ser Estado-Empresario o Estado-Socio<sup>9</sup>, esta última figura es donde el Estado mantiene participación accionaria en conjunto con otros sujetos de derecho privado.

La manifestación del Estado como Empresario/Socio se encuentra en el Art. 303 de la Constitución, el cual regula, entre otras cosas, que el Estado conservará la totalidad de las acciones correspondientes a Petróleos de Venezuela, S.A., en lo sucesivo PDVSA, o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las “filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra (...) como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.”<sup>10</sup>

En cuanto al tratamiento legal que las EPE tienen en Venezuela, más allá de estar definidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, podemos decir que estas se encuentran reguladas en una multiplicidad de instrumentos normativos. Bien como ya se indicó, el papel del Estado como propietario o empresario/socio, específicamente en

---

<sup>7</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 19 de diciembre de 1999, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999.)

<sup>8</sup> César Mata Millan, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela* (Caracas: Editorial Arte 2016), 85.

<sup>9</sup> César Mata Millan..., 95.

<sup>10</sup>Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..., Art. 303.

el sector petrolero, está manifestado en la Constitución, pero la regulación de su actividad en otros sectores económicos se encuentra disgregada en todo nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a un informe en materia de gobernanza de las EPE de la organización no gubernamental Transparencia Venezuela, en el cual analizaron el ordenamiento jurídico venezolano, sostienen que identificaron al menos veintiocho códigos, leyes, decretos o resoluciones que tiene como objeto, en todo o en parte, regular la actividad empresarial del Estado venezolano.<sup>11</sup>

### ***1.1 Estatus del Buen Gobierno Corporativo en las EPE venezolanas***

Ante la realidad e importancia del papel que juega el Estado como propietario de diversas empresas, lo que da lugar a las así denominadas empresas de propiedad estatal (EPE), debemos plantearnos cuáles son los grandes retos que estas afrontan y de qué manera se puede garantizar el correcto ejercicio de las funciones de propietario que tiene el Estado. Lo anterior reviste gran interés, ya que los Estados suelen ser propietarios de empresas cuyo objeto es un sector estratégico, por ejemplo: salud, energía, transporte, entre otros; por lo que el debido funcionamiento de las empresas es de interés general de todos los ciudadanos.

En el contexto latinoamericano esto tiene una connotación especial, ya que el papel que juegan las grandes EPE en sectores estratégicos suele ser de gran interés desde el punto de vista económico para las naciones, ya que son estas empresas las que principalmente aportan al PIB del Estado o, en otras ocasiones, poseen el monopolio de la prestación de un bien o servicio.

En Venezuela existen muchos casos que evidencian lo antes comentado, pero por citar un ejemplo podemos referir el de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), empresa de propiedad Estatal que centraliza todas las operaciones aguas arriba y aguas abajo del sistema eléctrico nacional, manteniendo el monopolio del sector de la electricidad en Venezuela. En las últimas décadas, el funcionamiento de las EPE en Venezuela se ha caracterizado por estar marcado por amplias irregularidades que afectan su gobernanza y por tanto su funcionamiento. La falta de transparencia y apertura en la cual se desenvuelven las EPE venezolanas no son una simple hipótesis; producto de esa dificultad, la información a la que se puede tener acceso es escasa.

Gracias a un importante esfuerzo de investigación por parte de la organización no gubernamental Transparencia Venezuela, se tienen relevantes datos sobre la situación de las EPE para el año 2017. Es preciso advertir, que la referencia de dicho informe es con meros fines estadísticos y no compone una suscripción de las interpretaciones o conclusiones de los resultados propuestos en dicha investigación.

En el trabajo “Empresas de Propiedad del Estado en Venezuela” de la organización antes referida, podemos encontrar diversos indicadores y datos que se han obtenido a partir de la información disponible publicada por las EPE, la Contraloría General de la República, el Sistema

---

<sup>11</sup>«Gobernanza para las Empresas del Estado venezolano», Transparencia Venezuela, acceso el 11 de enero del 2024. <https://transparenciave.org/wp-content/uploads/2021/11/Gobernanza-Empresas-Propiedad-del-Estado-estilo-nuevo.pdf>

de Registro de Órganos y Entes (SISROE), los Ministerios a los cuales están adscritas y en la Gaceta Oficial de la República y medios de investigación especializados.

Aunque es diversa la información, mencionaremos aquellos datos que nos parecen relevantes para comprender la situación del Gobierno Corporativo de las EPE. En relación a una muestra de 526 EPE, para el año 2017, solamente veinticuatro por ciento (24%) hizo saber el nombre de su máxima autoridad directiva, el veintiuno por ciento (21%) informaban sobre su distribución accionaria, y apenas el seis por ciento (6%) publicó quienes conforman la totalidad de las juntas directivas<sup>12</sup>.

Lo anterior, deja en evidencia la situación de las EPE venezolanas en cuanto a su Gobierno Corporativo, que no es para nada un modelo de Buen Gobierno Corporativo<sup>13</sup>. Las referidas estadísticas nos llevan a preguntarnos sobre cuáles son las razones que causan que las EPE en Venezuela posean escasas o, cuando mucho, débiles estructuras de Buen Gobierno Corporativo.

En este sentido, estimamos que existe una relación bilateral de causa-efecto entre las conductas antiéticas, por algunos denominadas riesgos empresariales, que son desplegadas por los miembros de la organización y, por otra parte, la existencia de débiles sistemas de Gobierno Corporativo.

Así las cosas, en la medida en que no se implementen mecanismos de Buen Gobierno Corporativo en las EPE, se crea un ambiente propenso al aumento y materialización de riesgos empresariales; al igual que mientras se consuman tales riesgos dentro de la organización y esto genere beneficios para algunas personas, como los miembros de la alta dirección o accionistas, no existirá ningún compromiso por establecer mecanismos de prevención o mitigación de riesgos.

## ***2. Los riesgos en las EPE, una visión regional***

Como se comentó, el funcionamiento de las EPE se ve afectado por múltiples flagelos, algunos que abarcan a las empresas en general y otros que son inherentes a las EPE por la participación estatal. De acuerdo con el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), se considera que las empresas del Estado, en sentido general y no solo las venezolanas, se ven expuestas por sobremanera a ciertos peligros que este ente denomina como “riesgos a la integridad”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>«Empresas Propiedad del Estado en Venezuela», Transparencia Venezuela,...

<sup>13</sup>El Gobierno Corporativo está orientado en que las empresas autorregulen su comportamiento en el desarrollo de su actividad comercial, ello no significa que dicho sistema esté funcionando de forma adecuada en los términos que requiere la sociedad mercantil. Mientras, el Buen Gobierno Corporativo comprende las mejores prácticas en esta materia; en otras palabras, aquellas medidas o acciones que constituyen un sistema eficiente para velar por la preeminencia de un ambiente empresarial adecuado de acuerdo a los estándares legales, societarios y de terceros interesados.

<sup>14</sup>«Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas», Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, acceso el 15 de enero del 2024, <https://www.cippec.org/textual/para-prevenir-la-corrupcion-en-las-empresas-publicas-primero-hay-que-identificar-los-riesgos-de-integridad-que-enfrentan/>

Concordamos con lo señalado por CIPPEC al indicar que entre los riesgos a la integridad que afectan el correcto desenvolvimiento de las EPE, que suelen ser focos para la corrupción dentro del sistema empresarial, podemos mencionar el nepotismo, el favoritismo político, el fraude al interés social de la empresa, los sobornos, robo de bienes materiales, fraude económico, tráfico de información y los conflictos de interés<sup>15</sup>.

Siguiendo lo propuesto por el ente *ut supra* referido, en materia de riesgos que afectan la integridad de la empresa y que ha nuestra consideración las hacen mucho más susceptible de ser víctima de conductas antiéticas y/o corruptas, podemos caracterizar dichos riesgos en cuatro apartados, a saber: los que favorecen a sujetos afines al funcionario, los que defraudan a la empresa, los que sustraen propiedad de la empresa y aquellos que afectan la toma de decisiones.

En relación a los que favorecen a sujetos afines al funcionario, encontramos el nepotismo y el favoritismo político. El nepotismo se manifiesta como la “utilización de un cargo para designar a familiares o amigos en determinados empleos o concederles otros tipos de favores, al margen del principio de mérito y capacidad.”<sup>16</sup>, siendo una desviación ética que puede manifestarse en todo tipo de empresas.

En el contexto de las EPE tiene especial relevancia el favoritismo político, que conceptualizamos como el uso de una posición en la organización para designar cargos o hacer todo tipo de favores motivados por un interés político. Es imperativo decir que esto no solo afecta a la organización, sino que permite la instrumentación de las EPE como un ente que, en lugar de procurar la realización del objeto social, está al servicio de la realización política de una corriente o partido, causando perjuicios al sistema político del Estado.

En segundo lugar, encontramos los fraudes a la empresa, tal es el caso del fraude económico, que son "distorsiones de la información financiera con el fin de causarle daños o perjuicios a terceros que tengan contacto con esta."<sup>17</sup> y, añadimos, también a la empresa en sí misma; las manifestaciones son diversas, pero va desde la desviación de recursos económicos hasta el fraude fiscal.

Paralelamente, hallamos el fraude al interés social de la empresa, el cual consiste en “brindar un servicio deficiente o producir un bien que no cumpla con los estándares mínimos de calidad”<sup>18</sup>. Observamos que este tipo de fraude no solo se manifiesta cuando media la intencionalidad, pudiendo llamarse fraude activo, sino también cuando ocurre de forma involuntaria, pero es a causa de un deficiente desempeño de las funciones o del cargo de alguno de los miembros de la organización, en esta caso podemos denominarlo como fraude pasivo.

---

<sup>15</sup>«Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas», Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento...

<sup>16</sup>«Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.», Real Academia Española, acceso el 10 de diciembre del 2023, <https://dle.rae.es>.

<sup>17</sup>Consultorio Contable EAFIT, «Fraude Financiero», Boletín Financiero, 2020, acceso el 16 de enero de 2024, <https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/A%20Fraude%20Financiero.pdf>

<sup>18</sup>«Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas», Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento...

La tercera clasificación, se refiere a la sustracción de propiedad de la empresa, engloba la apropiación indebida de bienes materiales y el tráfico de la información empresarial. En cuanto al riesgo sobre los bienes materiales, aunque concordamos con el criterio del CIPPEC, estimamos que es una concepción limitada y que a nuestro criterio debe ampliarse para abarcar también el deterioro o destrucción de la propiedad de la EPE aunque no ocurra la apropiación indebida del bien.

En línea con lo anterior, encontramos el tráfico de información, que en empresas privadas suele darse para favorecer a un competidor con información privilegiada, pero en las EPE tiene mayores consecuencias. Al no existir una clara independencia funcional de la EPE del Estado, pueden ocurrir supuestos de tráfico de información con fines políticos. Ejemplo de lo anterior son las EPE en el área de las telecomunicaciones, que ante débiles sistemas de Gobierno Corporativo pueden comprometer la información privada de sus usuarios con fines políticos.

Los riesgos a los que se encuentran expuestas las empresas tienen serías connotaciones propias para las EPE; a saber, la implantación de políticas de corrupción sistematizada en la empresa como parte del modelo de gestión de la alta dirección, y la politización de la EPE en detrimento de la realización de su objeto social. Es en este escenario emerge el Buen Gobierno Corporativo como un mecanismo que permite minimizar significativamente todo tipo de riesgos empresariales.

Es imprescindible aclarar que, sin perjuicio de las particularidades del caso venezolano, las debilidades en materia del gobierno de las corporaciones en las EPE no es una situación exclusiva de nuestro país, en realidad, es una tarea pendiente por fortalecer en gran parte de América Latina.

Lo antes indicado queda demostrado en un trabajo del Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF, las siglas de su anterior nominación) en su Serie de Políticas Públicas y Transformación Productiva que, aunque fue realizado en el año 2015, es único en su clase por su estructura, precisión y la fiabilidad de la información; por ello estimamos útil su estudio para identificar las principales carencias en este asunto. El trabajo *ut supra* indicado elaboró un estudio sobre la transparencia del Gobierno Corporativo en las EPE en América Latina, para lo que utilizó una muestra de 105 EPE de trece países, incluyendo Venezuela. Bien como es interpretado por los investigadores de la CAF, este estudio nos lleva a comprender la condición de este tipo de empresas.

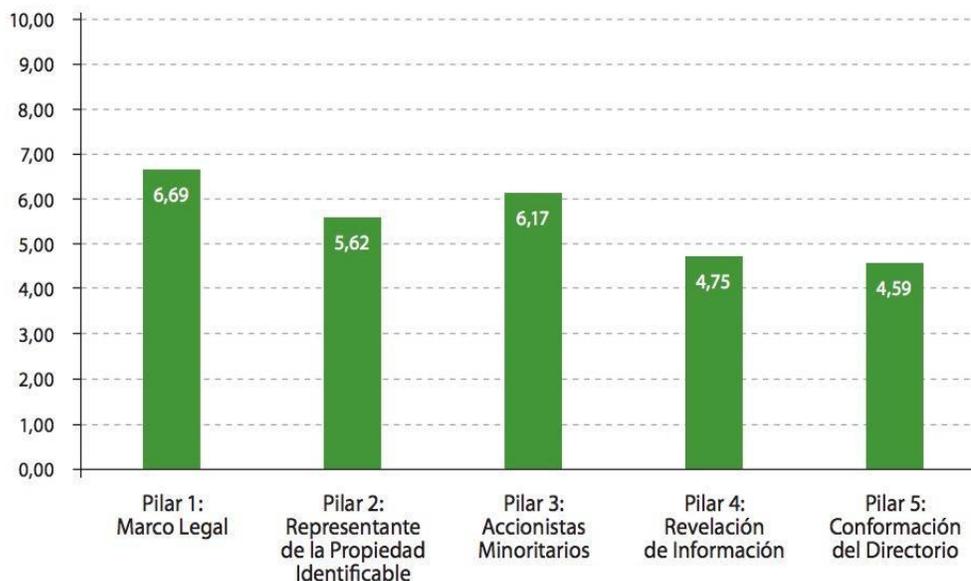
Previo a la revisión de este útil recurso, es esencial compartir la advertencia que emplaza la CAF al aclararnos que el índice al que hacemos referencia fue elaborado a partir de la información disponible, por lo que debemos interpretarlo de manera referencial en vez de factual, aunque resaltan que mantiene su utilidad como herramienta para reconocer carencias generales que se manifiestan en instituciones de esta naturaleza.

Los autores del trabajo *in comento* sostienen que en concordancia con los lineamientos de la OCDE<sup>19</sup>, el Banco Mundial y la CAF, son al menos cinco los pilares fundamentales que estructuran un sistema de Gobierno Corporativo para las EPE, siendo: “i) el marco legal y regulatorio al cual

---

<sup>19</sup>Siglas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

están sujetas las EPE; ii) el grado en que el representante de la propiedad ejerce su rol de manera efectiva; iii) la existencia y trato equitativo de accionistas minoritarios (en caso que existan); iv) la transparencia y revelación de información; y v) conformación del Directorio.”<sup>20</sup>



Fuente: <sup>20</sup>

Los resultados expuestos dejan en evidencia las grandes carencias que las EPE tienen en materia de su sistema de Buen Gobierno Corporativo; siendo el primer pilar, referente al marco legal y regulatorio, el cual tiene mayor observancia apenas con 6,69 puntos. En contraposición, el quinto pilar, sobre la conformación del directorio, es el que reporta mayores oportunidades de mejora con un puntaje de 4,59.

Además de los bajos índices generales que superan poco más de los 5 puntos promedio, llama la atención que el quinto pilar sobre la conformación del directorio se encuentra por debajo de la media general con 4,59 puntos, poseyendo el índice más bajo de todos. Lo comentado tiene relevancia en la medida que comprendemos que los directorios deben servir como órganos colegiados que marcan las líneas para el funcionamiento de la empresa; y cuyos miembros deberían de actuar orientados sólo por el mejor interés de la empresa y en acatamiento de los estatutos sociales de la misma.

### 3. Conformación de Directorios

En vista del impacto e importancia que tienen las decisiones que se toman a nivel directivo en las empresas, y porque sostenemos que el ejercicio adecuado de tales facultades de alta dirección es uno de los grandes factores que impulsan o desincentivan realmente la

<sup>20</sup> Michael Penfold, Andrés Oneto y Guillermo Rodríguez Guzmán, «La transparencia del gobierno corporativo en las Empresas de Propiedad del Estado en América Latina», *Serie de Políticas Públicas CAF* 20 (2015): <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/767/CAF%20N20%20FINAL%20con%20cambios%20adicionales.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

implementación de un sistema de Buen Gobierno Corporativo; estimamos relevante la revisión del índice referente a la conformación de directorios y, de forma pormenorizada, sus mecanismos.

Debemos entender por directorio el “órgano al que incumbe la representación y la administración de la sociedad”<sup>21</sup>, a la vez que le corresponde ejercer como mecanismo de control de la alta gerencia, la gestión en general y es en su seno se decide sobre las líneas de acción a ejecutar por la empresa para la realización de su objeto social.

Continuando con el análisis de los resultados del índice previamente expuesto, cuyos resultados pormenorizados son referidos en este aparte, en cuanto al criterio de conformación de directorios, se utilizaron ciertos indicadores específicos para la construcción de dicho índice, esto nos permite tener una imagen mucho más clara en cuanto a la conformación de directorios en el marco del Buen Gobierno Corporativo de las EPE.

Los resultados nos permiten señalar que aunque son los representantes de la propiedad, o en su defecto el ente estatal especializado designado para tal fin o la Asamblea de Accionistas, quienes en su mayoría designan a los miembros del directorio, aún el 43% de los nombramientos son realizados de forma discrecional por el Presidente de la República o dichos puestos son ocupados por los altos cargos de los ministerios asociados<sup>22</sup>; esto demuestra el alto grado de politización que persiste en este criterio.

Otra práctica positiva a considerar, es la inclusión de un grupo o porción de directores independientes dentro del directorio para así fortalecer el proceso de toma de decisiones y disminuir los riesgos de favoritismo político. Sin embargo, los datos nos permiten determinar que el 69% de las EPE no poseen normas o políticas para la designación de directores independientes, es decir, no contemplan un mecanismo objetivo para que se materialice dicha práctica.

Por otra parte, la idoneidad de los miembros del directorio destaca como un elemento decisivo para el buen funcionamiento de la empresa. Como ya se estableció, son los miembros del directorio quienes se encuentran en el ejercicio de las facultades para aprobar la implementación de los grandes cambios estructurales y de funcionamiento dentro de las empresas, como el de un sistema de Buen Gobierno Corporativo. Aun así, el 59% de las EPE no tienen como requisito que para una persona formar parte del directorio deban de cumplir con un perfil específico que garantice su idoneidad para el buen desempeño del cargo.

En relación a la duración del ejercicio de las funciones como director, en América Latina el 46% de las EPE han establecido un período determinado para ello. Bajo nuestro criterio, los casos en los que es inexistente la previsión para la caducidad del ejercicio del cargo, se pueden generar un grave contexto que facilite el tráfico de influencias, la nominación de directores por interés o pago de favores, en otras palabras, la proliferación de actos de corrupción que debilitan la organización.

---

<sup>21</sup>«Diccionario Panhispánico del Español Jurídico», Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Asociación de Academias de la Lengua Española, acceso el 16 de enero del 2024, <https://dpej.rae.es/lema/directorio>.

<sup>22</sup>Michael Penfold, Andrés Oneto y Guillermo Rodríguez Guzmán...

Sin restar importancia a los preocupantes datos antes indicados, resulta verdaderamente alarmante que en el 93% de las EPE el período de selección para la conformación del directorio coincide con el ciclo de elección de las autoridades políticas. De esta forma se fomenta una dinámica donde las nuevas autoridades políticas tienen la oportunidad, legalmente legitimada, para realizar los cambios en los directorios que consideren a discreción y, muy probablemente, en beneficio de sus intereses políticos.

Una de las más importantes funciones que debe ejercer el directorio de toda empresa es servir como una instancia que no solo debate, aprueba o rechaza el desempeño de la empresa o la implementación de todo tipo de acciones estratégicas, sino que debería de fungir como un órgano de control y supervisión de la gerencia de la EPE; teniendo el deber-derecho de su designación y remoción. Empero, resulta igual de alarmante que en 60% de las EPE las designaciones de los gerentes o administradores sean realizadas discrecionalmente por quienes ejercen el poder político de un determinado territorio.

### ***3.1 Instrumentalización política***

Aunque los datos antes indicados y comentados causan una grave preocupación sobre el estado de los sistemas de Buen Gobierno Corporativo en las EPE de la región, nos llama especialmente la atención el indicador que refiere a la inexistencia de mecanismos para prevenir la coincidencia de los ciclos de renovación de los miembros del directorio y el de elección de nuevas autoridades políticas de gobierno.

Bien como hemos establecido con anterioridad, existe una relación directa entre la implementación de medidas de Buen Gobierno Corporativo y la disposición de los miembros de su directorio. Esto solo deja en evidencia la relevancia que tiene la adecuada conformación de los directorios para el buen desempeño de las sociedades.

La instrumentación política de las EPE, se manifiesta con la indebida intervención del gobierno central, o el ente de naturaleza política que ostente tales funciones, en el normal desarrollo del objeto social; en este sentido, el funcionamiento normal de la empresa se ve marcado por la desviación hacia lineamientos de orden político. Los notorios y conocidos casos de corrupción en las EPE en América Latina, son evidencia de múltiples manifestaciones de EPE que se han convertido en instituciones al servicio de los intereses particulares de quienes ejercen el poder político, en lugar de los intereses generales del Estado en su más amplia acepción.

Aunque la conformación de los directorios con la designación discrecional de sus miembros de acuerdo a una afiliación política es, en principio, el mecanismo que permite la instauración de las ideas políticas dentro de la estructura funcional de la empresa, esta acción solo es el capitel del problema, ya que de tales directivos se espera es la implementación de otras medidas que devengan en una mayor politización de la empresa. En este orden de ideas, encontramos los despidos de miembros del personal e incluso altos cargos gerenciales, derivado de la participación de ellos en cualquier tipo de actividades, no solo de tipo político en términos estrictos sino además en organizaciones sociales, organizaciones no gubernamentales, actividades religiosas, entre muchas otras cuyo ejercicio contravengan los intereses del gobierno.

Otra práctica implementada para procurar el control político dentro de la EPE, son las limitaciones o restricciones al ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores. Lo anterior se materializa por medio del gobierno que, en concomitancia con directorios politizados, procuran la prohibición de todo tipo de organizaciones sindicales que denotan una alineación que contraría tanto el desempeño de la empresa como el del gobierno en materia de sus políticas públicas. Cabe decir que no solo se restringe la conformación de sindicatos, también se puede implementar coacción a los trabajadores para que se sindicalicen.

El control y utilización de los mecanismos de contratación, que la empresa debería de usar para proveerse de los mejores bienes y servicios al mejor precio posible de acuerdo a las condiciones propias del mercado, para fines políticos; es uno de los grandes objetivos a alcanzar por parte de los gobiernos con la instrumentalización política de las EPE.

La contratación pública en las EPE suele convertirse en un espacio que permite el pago de favores políticos, bajo una imagen de presunta legitimación. Concediendo la empresa contratos de compra de bienes o prestación de servicios a determinados concursantes, esto en línea con las orientaciones dadas por el gobierno a los fines de utilizar este sistema como un mercado de favores. En decir, en lugar de contratar con quien ofrezca el mejor producto y al mejor precio, se contrata a quien pueda verse beneficiado en razón del pago de un favor político.

Otra medida que suele derivarse de la politización de los directorios, además del nombramiento de los gerentes, es el uso de la promoción o ascenso de los miembros del equipo de trabajo en los diversos niveles de la organización. Esto quiere decir, que se utilizan los mecanismos de ascensos laborales, tanto en los niveles inferiores como superiores del organigrama o escalafón, como un mecanismo para ejercer presión e incluso coaccionar a los trabajadores a que desarrollen actividades en un determinado partido político o en concordancia con una ideología.

Lo antes descrito, deja en evidencia dos cuestiones fundamentalmente; a saber: cómo la politización es uno de los grandes riesgos a los que se enfrentan las EPE, que tiene una fuerte relación con la conformación de los directorios y con los escasos sistemas de Buen Gobierno Corporativo; y, como la conformación de un directorio, fundado en intereses político, no es un problema concreto, sino que es mucho más amplio ya que gracias a ello pueden instaurarse un sistema de control político.

### ***3.2 Lineamientos para buenas prácticas.***

Como se estableció, la implementación de un sistema de Buen Gobierno Corporativo en las empresas de propiedad estatal tiene un gran impacto en cuanto acrecienta las posibilidades del adecuado crecimiento y sostenibilidad en el tiempo del proyecto en cuestión, siendo un medio idóneo para disminuir el riesgo de politización y corrupción en las EPE. Dada su relevancia, múltiples organizaciones internacionales se han abocado a producir instrumentos de *soft law* con miras a facilitar a los Estados, y cualesquiera otros interesados, la implementación del Buen Gobierno Corporativo en las EPE.

En estos términos, el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF por su antigua denominación como Corporación Andina de Fomento) en el año 2021 publicó un amplio instrumento denominado Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. El antes referido, desarrolla múltiples dimensiones de este sistema, sin embargo, procuraremos comentar aquellas que la CAF denomina como Lineamientos de Mejores Prácticas para el Funcionamiento del Gobierno Corporativo en las EPE, pero que atañen a la conformación de los directorios.

En los propios términos del instrumento *ut supra* referido, el objetivo del desarrollo de una sección específica de los Lineamientos para los directorios, responde a sugerir “...prácticas concretas de Gobierno Corporativo que permitan fortalecer (...) los Directorios de las EPE de la región para, una vez implementadas, lograr tener mejores cuerpos colegiados que contribuyan en la mayor medida al fortalecimiento del gobierno y dirección efectiva de las EPE.”<sup>23</sup>.

El impacto que tiene el directorio en el desarrollo de la empresa ya ha quedado lo suficientemente explicado, no en vano la CAF en sus Lineamientos dedica la mayor cantidad de ellos, un total de dieciséis, a lo implementación de las mejores prácticas para velar por el buen funcionamiento de los directorios.

Así, se estima conveniente desarrollar aquellos Lineamientos de Mejores Prácticas propuestos, pero solo aquellos que se enmarcan en la conformación de tal instancia; es preciso añadir que de ninguna manera esto implica una suerte de primacía de los aquí revisados por sobre los demás Lineamientos.

El Lineamiento 35 del precitado instrumento se refiere a la necesidad de que cada EPE posea un reglamento interno para su directorio, “el cual regule su organización, funcionamiento y dinámica, constituyendo éste un documento de autorregulación con carácter vinculante para los directores, cuya trasgresión acarrearía responsabilidad legal.”<sup>24</sup>. En los términos planteados por la CAF, el reglamento interno del directorio debe fungir como un documento que desarrolla más profundamente, y de forma especializada, lo atinente a los deberes y derechos de los directores, complementando así lo ya regulado por vía legal y en los estatutos de la sociedad.

En definitiva, el reglamento interno del directorio debe puntualizar, en los términos más pragmáticos, todo en cuanto al funcionamiento de este órgano; a saber: las funciones, las categorías de directores, los requisitos que deben de cumplirse para ser director, elementos propios de la organización interna, deberes, derechos y obligaciones de los directores, el cese de estos últimos, la gestión de los conflictos de interés, entre otros elementos.

Resulta interesante que este Lineamiento 35 contiene la regulación de muchos aspectos que son susceptibles de ser lineamientos en sí mismos, dejando en evidencia la relevancia de una adecuada reglamentación interna. A su vez, se destaca la necesidad de que dicho reglamento sea

---

<sup>23</sup>Alfredo Ibarguen, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla, «Lineamientos para el Buen Gobier Corporativo en las Empresas del Estado», *Serie de Políticas Públicas CAF* 37 (2021): <https://acortar.link/ZsdzIC>

<sup>24</sup>Alfredo Ibarguen, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla...

promulgado por el propio directorio para así velar por su idoneidad, a nuestra consideración, esto permite evitar la injerencia indebida de otros sujetos dentro de los asuntos propios del directorio.

En segundo lugar, el Lineamiento 36 dicta parámetros sobre el debido tratamiento de cara al régimen de las suplencias de los directores y sobre el número de miembros que debe poseer el directorio; aunque ambos son aspectos importantes, de cara a seguir abordando las mejores prácticas de Buen Gobierno Corporativo para la conformación de directorios, nos centraremos en el número de miembros.

Los directorios suelen tener su máximo y mínimo de miembros determinado dentro de los estatutos sociales de la EPE, sin embargo, pueden existir casos en los que dentro de dichos estatutos se establece un parámetro general pero la decisión final recae sobre otro ente de responsabilidad dentro de la organización. El antes mencionado Lineamiento reconoce que los directorios no deben ser muy amplios, pero a su vez no deben ser tan reducidos, puesto que ambos extremos pueden reducir la eficacia de un ente colegiado.<sup>25</sup>

En concreto, recomienda la CAF que el directorio esté conformado por un número impar de miembros, lo cual es una práctica muy común dentro de corpos colegiados de diversa índole pues evita los casos de empates en las votaciones, y sostiene que la dimensión no debe ser inferior a cinco, pero tampoco mayor a once miembros; buscando tener un número acorde al tamaño o alcance de la EPE.

Además de recomendar la cantidad de miembros que debe tener el directorio, se sugiere que para poder velar por el correcto desempeño de las funciones de cada uno de los miembros del directorio, es preciso que la confirmación de este se encuentre compuesta por directores de diversa naturaleza, es decir, en su Lineamiento 37 la CAF insta a que las EPE prevean la tipología de sus directores. La institución en favor del desarrollo de Latinoamérica recomienda dos clasificaciones generales para los directores, internos y externos.

En cuanto a los directores internos, son aquellos que a la vez poseen responsabilidades o cargos de alta gerencia dentro de la empresa, es decir mantiene una relación laboral o de subordinación para con la organización. En contraposición, los directores externos son aquellos que su única relación con la empresa es su papel en el directorio<sup>26</sup>, en otros términos, no forman parte de la gestión diaria de la empresa, no trabajan formalmente allí, aunque reciban una remuneración por su papel de director.

Los externos, a su vez se subdividen en tres categorías, las cuales son los externos patrimoniales, externos independientes y una categoría residual. Los directores externos patrimoniales son aquellos accionistas que a la vez son miembros del directorio, o también los directores que son nombrados por los accionistas; los directores externos independientes, quienes no poseen ninguna relación con la empresa, su alta dirección o accionariado y por tanto su designación no responde a los intereses de ninguno de estos últimos; finalmente la categoría

---

<sup>25</sup>Alfredo Ibarguen, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla...

<sup>26</sup>Alfredo Ibarguen, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla...

residual que agrupa a todos aquellos quienes por alguna circunstancia no se subsumen en los supuestos de las dos categorías anteriores.<sup>27</sup>

La CAF sugiere que, para procurar una mayor independencia del directorio, debe procurarse que la mayoría de los miembros sean externos, esto para que exista un verdadero control o supervisión imparcial por parte de ellos sobre las actividades de la empresa; añaden que la participación de directores internos debe no solo ser menor a la de externos sino lo más reducida posible. El papel de los directores internos es poder brindar al directorio información de primera mano sobre el desarrollo de las actividades cotidianas.

En definitiva, los directorios juegan un papel trascendental en el idóneo desarrollo de las EPE, fungiendo como una entidad que supervisa la actividad de la alta gerencia y la empresa en general, es parte vital del sistema de pesos y contra pesos corporativo. En este sentido, los parámetros de su conformación determinan en gran medida su funcionamiento y éxito, por ello resulta necesario sentar fuertes bases normativas que regulen la creación y el funcionamiento de estos organismos.

#### ***4. Caso de estudio: Autoridad del Canal de Panamá***

Pudieran citarse diversos casos de éxito donde se evidencia la implementación de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo en la conformación de los directorios en las EPE; sin embargo, un modelo de éxito a nivel del continente americano está muy cerca de nuestras latitudes, es el caso del sistema escalonado para la conformación de directorios de la Autoridad del Canal de Panamá, en lo sucesivo referido indistintamente como “Canal”.

Como se ha comentado en el aparte anterior, un sistema escalonado para la conformación de directorios previene que la designación de sus miembros coincida con el inicio de nuevos ciclos políticos en el gobierno e, idealmente, posee un régimen de separación del deber-derecho de nombramiento sobre los directores para evitar la concentración unipersonal de tal poder, creando un sistema de pesos y contrapesos.

El caso de la Autoridad del Canal de Panamá, es un hito para nuestra región, ya que desafía por completo el modelo típico del presidencialismo latinoamericano, que, por supuesto se ve exacerbado en materia de gestión de las EPE, modelo este que dificulta la adecuada separación de poderes y tiende a causar centralización.

Decir llanamente que el Canal es un interés económico que sólo guarda relación con Panamá es ser miopes en la dimensión del impacto de esta obra para el comercio mundial y el desenvolvimiento adecuado de los mercados. Por décadas el Canal ha sido el puente que conecta los océanos Atlántico y Pacífico, permitiendo materializar el transporte de bienes al menor precio posible en favor del comercio mundial.

---

<sup>27</sup>Alfredo Ibarguen, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla...

De una breve revisión cronológica de los hechos, se puede observar que en el año 1994 la República de Panamá, mediante el Acto Legislativo N. 2 de 1994<sup>28</sup>, modificó su Constitución Política incluyendo sendas disposiciones en materia del Canal, que tenían por objeto dotar del más amplio nivel de seguridad jurídica a una empresa de tal envergadura, como son las garantías constitucionales.

Aunque todo el Título XIV de la Carta Magna panameña vigente está dedicado al Canal de Panamá, resulta de especial interés a los efectos de nuestro estudio analizar su artículo 318<sup>29</sup>, que establece:

La administración de la Autoridad del Canal de Panamá estará a cargo de una Junta Directiva compuesta por once directores, nombrados así:

1. Un director designado por el Presidente de la República, quien presidirá la Junta Directiva y tendrá la condición de Ministro de Estado para Asuntos del Canal.
2. Un director asignado por el Órgano Legislativo que será de su libre nombramiento y remoción.
3. Nueve directores nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Gabinete y ratificados por el Órgano Legislativo, por mayoría absoluta de sus miembros.

La Ley establecerá los requisitos para ocupar el cargo de director, garantizando la renovación escalonada de los directores señalados en el numeral 3 de este artículo, en grupos de tres y cada tres años. A partir de la primera renovación, el período de todos los directores será de nueve años.

Como se denota, la Constitución de Panamá prevé cómo debe estar conformada la administración del Canal. En referencia a los nueve directores del apartado tres, introduce no solo los típicos mecanismos de control entre diferentes instancias del Poder Público, sino que crea un mecanismo cronológico en el cual debían ser nombrados en un primer momento, la duración del ejercicio de sus cargos y la periodicidad de las renovaciones.

Es preciso indicar que el período presidencial en Panamá tiene una duración de cinco años y es sin posibilidad de reelección inmediata, debiendo esperar al menos otros dos períodos para poder volverse a postular un expresidente como candidato<sup>30</sup>. Concatenando lo anterior con el contenido del Art. 318 *ut supra* transcrito, que plantea ciclos de renovación en triadas de directores para mandatos por nueve años y cuyo momento de renovación es con una diferencia trianual entre cada grupo; se observa un esquema que por regla general imposibilita que durante un único período presidencial puedan hacerse el cien por ciento de las renovaciones de los miembros directores de la Junta Directiva del Canal.

El presente modelo plantea un esquema para prevenir la politización del directorio del Canal, ello con miras a proferir verdaderamente un directorio que, aunque sus miembros son nombrados

---

<sup>28</sup> «Conocer la Historia del Canal de Panamá», Autoridad del Canal de Panamá, acceso el 15 de septiembre del 2024, <https://pancanal.com/conoce-la-historia-del-canal-de-panama/>

<sup>29</sup> Constitución Política de la República de Panamá de 1972 y Actos Reformatorios (Gaceta Oficial N° 25,176 de 15 de noviembre de 2004).

<sup>30</sup> Constitución Política de la República de Panamá...

por entidades de orden político, no se convierta en una instancia completamente alineada con los intereses de quienes ostentan el poder.

Aunque este no es un sistema perfecto, ya que su equilibrio depende de que no se instauré en el ejercicio de los Poderes Públicos del Estado un determinado grupo de forma prolongada en el tiempo, no es menos cierto que genera un fuerte mecanismo de prevención que protege al Canal, minimizando su exposición a desviaciones éticas a las cuales puede verse expuesto derivadas de su condición de EPE.

Una medida para asegurar el Buen Gobierno Corporativo del Canal de esta naturaleza reviste una connotación especial, ya que no estamos hablando solamente de una simple norma para ordenar la adecuada conformación del directorio escalonadamente, sino que tiene rango de garantía constitucional. Hablar de Gobierno Corporativo constitucionalizado es comprender el nivel de importancia que la buena gestión de este aspecto tiene para el éxito de las empresas y en especial en aquellas de propiedad del Estado.

El rango constitucional que posee esta medida, junto con muchas otras disposiciones en materia del Canal, demuestran la auténtica voluntad del constituyente panameño de asegurar al máximo de las posibilidades que una empresa que es de interés general de todos los ciudadanos y las futuras generaciones, se mantenga alineada con un ideal de gestión marcado por el equilibrio y neutralidad.

Que la Constitución regule ciertos aspectos esenciales en cuanto a la gestión y existencia del Canal, imposibilita que estos puedan ser modificados por normas jerárquicamente inferiores a dicha Constitución, por tanto, su cambio está sujeto a los complejos sistemas previstos para las reformas al propio texto constitucional. Todo esto consolida así el máximo nivel de protección jurídica en la cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado constitucional.

En cuanto al nivel de impacto económico y estratégico, es para el caso venezolano la empresa PDVSA, lo que es para Panamá el Canal. Siendo así que el constituyente venezolano del año 1999, estableció que el Estado venezolano debía ser el único propietario de la antes referida EPE o del ente que en su lugar se crease para la gestión de nuestra industria petrolera<sup>31</sup>.

Sin embargo, a criterio de quien suscribe, esta disposición en relación a PDVSA resulta insuficiente. Nuestro constituyente se limitó esencialmente a establecer la nacionalización de todos los yacimientos petroleros en el territorio de la República y de reservar la totalidad de la propiedad de las acciones de PDVSA, siendo ésta la entidad para la explotación de la industria.

Haciendo un breve ejercicio de derecho comparado con el caso panameño, podemos constatar que mientras su Constitución además de establecer la propiedad del Canal como bien del Estado y su inalienabilidad, también establece un conjunto de disposiciones específicas para su administración. Mientras en nuestra norma constitucional patria, como ocurre en muchas otras jurisdicciones donde se pueden ver EPE cuya propiedad tiene rango constitucional, sólo se limita a establecer la propiedad y no hace referencia a los modos de ejercerla.

---

<sup>31</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...

Estimo que nuestro constituyente patrio debió proferir un mayor desarrollo a otros importantes aspectos en relación a PDVSA, en lugar de delegar su regulación en normas de inferior jerarquía como las leyes o los reglamentos; ya que esto supone la posibilidad de que dichas normas o reglamentos puedan ser modificados con relativa facilidad a través de un trámite legislativo común.

Lamentablemente, a diferencia del caso panameño y muy concretamente del Canal, el enfoque venezolano para el momento fue centrado en resguardar nuestro derecho constitucional a ser propietarios, pero se dejó de lado nuestro deber de ser buenos gerentes, ignorando componentes de suma relevancia para el éxito de cualquier empresa como la conformación de un directorio con un robusto mecanismo de selección, que entre otras cosas y como ya se expuso, permite tener mayores garantías en cuanto a mejor gestión PDVSA como bien de nuestra República.

## **CONCLUSIONES**

La figura del Estado propietario en Venezuela se encuentra fuertemente afianzada en la tradición política y económica de la nación, y trasciende más allá de la temporalidad de nuestro Siglo el gran debate nacional sobre cuál es el papel que debe jugar el Estado en algunos sectores industriales, como por ejemplo los recursos naturales de la nación. Actualmente, en el marco de nuestra Constitución del año 1999, la figura del Estado empresario se ve reforzada, en algunos sectores más que en otros, tal como se demostró con la revisión de nuestra legislación en materia de hidrocarburos, donde el Estado tiene el derecho exclusivo de todas las fases del proceso en dicha industria.

La conformación de los directorios es un pilar esencial o base para poder sostener el crecimiento saludable de las grandes empresas, ante el debilitamiento institucional del directorio surge el quebrantamiento de tan importantes funciones como la capacidad de supervisión de la alta gerencia, el establecimiento de un procedimiento imparcial para la selección de la alta gerencia, la minimización de los conflictos de interés e incluso velar por la existencia de un proceso transparente para la toma de decisiones.

Quedó demostrado que la conformación de los directorios es uno de los pilares más débiles en cuanto al sistema de Buen Gobierno Corporativo en las EPE de América Latina, lo cual a nuestro criterio tiene que ver, en gran medida, con una tradición de presidencialismo autoritario en nuestra región, que se manifiesta en favor del debilitamiento de las instancias de gobierno propias en las EPE, para así poder ejercer desde el poder político una mayor esfera de influencia dentro de las empresas; tendiendo así lo que denominamos como instrumentalización política de las EPE y eventualmente la consolidación de desviaciones éticas como la corrupción o la discriminación por causas políticas.

Se evidencia que existen los instrumentos para solventar esta problemática, como los emitidos por la CAF o la OCDE, que proponen soluciones para minimizar los riesgos en las EPE, velando por la realización efectiva de su objeto social.

Al observar el mecanismo escalonado para la conformación del directorio de la Autoridad del Canal de Panamá, se evidenció que no basta con constitucionalizar la propiedad de las EPE estratégicas, hace falta plantearnos introducir por la misma vía y con la misma intención de dotarlos de la mayor protección con su carácter de supremacía constitucional, elementos de Buen Gobierno Corporativo como la conformación de los directorios. La constitucionalización de prácticas para el gobierno de las EPE, al menos en los particulares esenciales que determinan toda la gestión de la empresa como es el planteamiento *sub studio*, constituyen un ejemplo que estimo debe ser emulado en otras jurisdicciones, aún más en nuestra región donde ha existido históricamente una clara tendencia hacia modelos de gobierno presidencialistas y autoritarios.

Por último, quedó demostrado que la intervención del Estado en la economía empresarial, al menos en los niveles actuales que se manifiestan en algunas naciones, como es el caso venezolano, donde el Estado es propietario no solo de empresas en sectores estratégicos de interés nacional sino en otras áreas naturalmente del sector privado, acrecienta los riesgos en dichas empresas. Desnaturalizando el verdadero papel del Estado, pasando a ser un agente económico más importante que los ciudadanos o las sociedades mercantiles por ellos constituidas. Por lo que estimo necesario que se revise el nivel de participación del Estado en el sector privado, a los fines de llevarlo a su mínima expresión necesaria.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 19 de diciembre de 1999, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999).

Asamblea Nacional. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, de 17 de noviembre del 2014, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 del 17 de noviembre de 2024).

Autoridad del Canal de Panamá. «Conocer la Historia del Canal de Panamá». Acceso el 15 de septiembre del 2024, <https://pancanal.com/conoce-la-historia-del-canal-de-panama/>.

Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. «Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas». Acceso el 15 de enero del 2024. <https://www.cippecc.org/textual/para-prevenir-la-corrupcion-en-las-empresas-publicas-primero-hay-que-identificar-los-riesgos-de-integridad-que-enfrentan/>

Comín, Francisco y Daniel Díaz. «Auge y Decadencia de la Empresa Pública en Europa», *Cuadernos de Información Económica de la Universidad de Cantabria*, n.º 162 (2011): 137-45. <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/24997>.

Congreso Nacional. Constitución Política de la República de Panamá de 1972 y Actos Reformatorios, (Gaceta Oficial N° 25,176 de 15 de noviembre de 2004).

Consultorio Contable EAFIT, «Fraude Financiero», Boletín Financiero, 2020, acceso el 16 de enero de 2024, <https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/A%20Fraude%20Financiero.pdf>

Ibarguen, Alfredo, Andrés Oneto, Jose Gómez-Zorrilla, «Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo en las Empresas del Estado», *Serie de Políticas Públicas CAF* 37 (2021): <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/767/CAF%20N20%20VFINAL%20con%20cambios%20adicionales.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

Instituto Brasileño de Geografía y Demografía. «Demografía de la República Federativa de Brasil». Acceso el 04 de enero de 2024, <https://www.ibge.gov.br/>.

Mata Millan, César. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. Caracas: Editorial Arte, 2016.

Penfold, Michael, Andrés Oneto y Guillermo Rodríguez Guzmán, «La transparencia del gobierno corporativo en las Empresas de Propiedad del Estado en América Latina», *Serie de Políticas Públicas* 20 (2015): <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/767/CAF%20N20%20VFINAL%20con%20cambios%20adicionales.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

Quintero, Rodrigo Alfredo. «La noción de Gobierno Corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves». *Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (2021): 297. [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/6/RVDM\\_2021\\_6\\_297-321.pd](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/6/RVDM_2021_6_297-321.pd).

Real Academia Española. «Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed.». Acceso el 10 de diciembre del 2023, <https://dle.rae.es>.

Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Asociación de Academias de la Lengua Española. «Diccionario Panhispánico del Español Jurídico». Acceso el 16 de enero del 2024. <https://dpej.rae.es/lema/directorio>.

Transparencia Venezuela. «Empresas Propiedad del Estado en Venezuela» Acceso el 12 de enero del 2024. <https://transparenciave.org/wp-content/uploads/2017/09/Empresas-propiedad-del-Edo.-2017-TV-sin-linea-de-corte.pdf>.

Transparencia Venezuela. «*Gobernanza para las Empresas del Estado venezolano*». Acceso el 11 de enero del 2024. <https://transparenciave.org/wp-content/uploads/2021/11/Gobernanza-Empresas-Propiedad-del-Estado-estilo-nuevo.pdf>.

# *Desafíos de la regulación de la Inteligencia Artificial en el Derecho Mercantil Venezolano*

**Claudia Carolina Perez\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 297-309

**Resumen:** La inteligencia artificial ha revolucionado el ámbito empresarial a nivel mundial, impulsando la automatización, optimización de procesos y la innovación de productos y servicios. En Venezuela muchas empresas han incluido progresivamente estas tecnologías, aún sin existir una regulación específica dentro del derecho mercantil que aborde las implicaciones legales de la inteligencia artificial. En el derecho mercantil venezolano la regulación de la inteligencia artificial (IA) presenta varios desafíos respecto a la responsabilidad en caso de incumplimiento o errores, la protección de datos y la ética de decisiones automatizadas, para evitar sesgos que pueden afectar la equidad de las relaciones comerciales. Además, respecto a los contratos mercantiles aún existen interrogantes sobre la validez y ejecución de los contratos generados por sistemas automatizados y la necesidad de adaptarse a los riesgos legales asociados a las nuevas tecnologías.

**Palabras Claves:** Inteligencia Artificial (IA), derecho mercantil venezolano, regulación tecnológica.

## *Challenges of Regulating Artificial Intelligence in Venezuelan Commercial Law*

**Abstract:** Artificial intelligence has revolutionized the business world worldwide, driving automation, process optimization, and product and service innovation. In Venezuela, many companies have progressively included these technologies, even without a specific regulation within commercial law that addresses the legal implications of artificial intelligence. In Venezuelan commercial law, the regulation of artificial intelligence (AI) presents several challenges in terms of liability in case of non-compliance or errors, data protection and the ethics of automated decisions to avoid biases that can affect the fairness of business relationships. In addition, with respect to commercial contracts, there are questions about the validity and execution of contracts generated by automated systems and the need to adapt to constantly evolving legislation that seeks to address the risks associated with new technologies.

**Keywords:** Artificial Intelligence (AI), Venezuelan commercial law, technological regulation.

**Recibido:** 18/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado, Universidad Católica Andres Bello, 2023. Centro Europeo de Postgrado, Corporate Compliance  
297

# *Desafíos de la regulación de la Inteligencia Artificial en el Derecho Mercantil Venezolano*

Claudia Carolina Perez\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 297-309

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Consideraciones Generales. 2. Implicaciones de la Inteligencia Artificial dentro del Derecho Mercantil 2.1. Afectación de los Contratos y la naturaleza de las obligaciones. 2.2. Responsabilidad en las Relaciones Comerciales. 3. Marco Ético y Regulatorio adaptado a la realidad mercantil Venezolana 3.1. Principios Éticos de la Inteligencia Artificial. 3.2 Marco Regulatorio para la Inteligencia Artificial en Venezuela. 4. Nuevas necesidades de Compliance Corporativo. CONCLUSIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

La inteligencia artificial (IA) ha irrumpido en diversos sectores a nivel global, y su implementación en América Latina, incluyendo Venezuela, plantea tanto oportunidades como desafíos importantes para el ámbito legal. Aunque el desarrollo tecnológico en el país enfrenta ciertos retos, el avance de la IA en sectores específicos como la banca, servicios de nueva generación y el sector mercantil, está generando transformaciones significativas y plantea una serie de implicaciones complejas para el marco legal venezolano.

La integración de sistemas automatizados en procesos comerciales, la toma de decisiones basada en algoritmos y la gestión de contratos mediante inteligencia artificial suponen cambios profundos en la manera en que las empresas llevan a cabo sus relaciones comerciales y sus operaciones y, en consecuencia, en cómo se deben regular estas actividades para garantizar un entorno justo, ético y seguro.

En el derecho mercantil venezolano, la regulación de la inteligencia artificial representa un desafío multifacético. Por un lado, están las cuestiones relacionadas con la responsabilidad: ¿quién responde ante un error o incumplimiento contractual generado por una máquina o sistema inteligente? ¿Cómo se determina la responsabilidad de las decisiones automatizadas que afectan a clientes, socios o empleados de una empresa? Estas preguntas se vuelven especialmente relevantes en un contexto donde la automatización de contratos, servicios y operaciones empresariales podría reemplazar, en parte, la intervención humana en áreas críticas de la actividad mercantil.

Por otro lado, la ética en el uso de decisiones automatizadas es un área crítica de debate, ya que los algoritmos de IA no están exentos de sesgos que podrían afectar la equidad en las transacciones y acuerdos mercantiles. Las empresas en Venezuela, al adoptar estos sistemas, deben considerar la posibilidad de que sus algoritmos podrían discriminar o favorecer ciertas decisiones

---

\* Abogado, Universidad Católica Andres Bello, 2023. Centro Europeo de Postgrado, Corporate Compliance

sin intención explícita, lo que podría desencadenar disputas legales, incumplimientos y afectar la confianza en el comercio automatizado.

Por último, la regulación de la IA en el derecho mercantil venezolano plantea el desafío de mantenerse a la par de un entorno tecnológico en constante evolución. La necesidad de actualizar constantemente las leyes y reglamentos mercantiles para que respondan a los nuevos usos y aplicaciones de la inteligencia artificial genera una presión adicional sobre el sistema jurídico. De este modo, la interacción entre innovación tecnológica y regulación plantea no solo problemas de adecuación normativa, sino también de interpretación y aplicación práctica en un contexto comercial que cada día depende más de las tecnologías emergentes.

## 1. Consideraciones Generales

Definir la Inteligencia Artificial es fundamental para entender los retos regulatorios que plantea en el ámbito legal. John McCarthy, conocido como el “padre de la inteligencia artificial”, la definió como la ciencia e ingeniería de crear máquinas inteligentes<sup>1</sup>, destacando su enfoque en replicar procesos de razonamiento humano en sistemas computacionales. Según McCarthy, esta tecnología intenta simular habilidades humanas, desde el procesamiento de información hasta la toma de decisiones<sup>2</sup>.

Autores como Stuart Russell y Peter Norvig, en su obra *Artificial Intelligence* han definido la IA como la creación de sistemas que pueden realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el reconocimiento de patrones, el aprendizaje de nuevos conceptos y la toma de decisiones autónomas<sup>3</sup>. Esta definición abarca tecnologías como el aprendizaje automático, el procesamiento del lenguaje natural y las redes neuronales, que hoy son ampliamente aplicadas en áreas como el comercio, la contratación y la administración de justicia.

En el ámbito del derecho mercantil, la Inteligencia Artificial facilita transacciones comerciales, mejora los procesos de gestión y permite el análisis de datos a gran escala, optimizando la toma de decisiones empresariales<sup>4</sup>. Sin embargo, su adopción también plantea desafíos significativos en cuanto a la responsabilidad, transparencia y protección de derechos, especialmente en países con sistemas legales en desarrollo, como Venezuela.

Es importante analizar el contexto legal actual para comprender los desafíos de la inteligencia artificial en el derecho mercantil venezolano. En Venezuela, el derecho mercantil se rige principalmente por el Código de Comercio de 1955, una legislación que fue innovadora en su momento, pero no está diseñada para abordar los desafíos modernos de tecnologías avanzadas como la IA y el comercio electrónico.

---

<sup>1</sup> John McCarthy, Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, Conferencia de Dartmouth, (1956).

<sup>2</sup> John McCarthy, Conceptos en Inteligencia Artificial, Cambridge: MIT Press, (1969), 87

<sup>3</sup> Stuart Russell y Peter Norvig, Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno Madrid: Pearson, (2010), 45.

<sup>4</sup> Brynjolfsson, Erik, y Andrew McAfee. The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. Nueva York: W.W. Norton & Company (2014).

Las características propias del sistema venezolano limitan la capacidad de adaptación rápida a estos avances. Según la investigación de Ángel Caballero, el derecho mercantil en Venezuela enfrenta “un rezago regulatorio en materia de tecnología e innovación”<sup>5</sup>, lo cual afecta no solo al comercio sino también a la competitividad empresarial.

La falta de un marco legal específico para la IA y la escasa implementación de normas para la protección de datos y la privacidad, como las que existen en países desarrollados, dejan a las empresas y a los consumidores en una posición de incertidumbre. Según Rojas-Suárez, la obsolescencia de este marco regulatorio impide que Venezuela se adapte a la rápida evolución de los mercados internacionales y de las plataformas digitales<sup>6</sup>.

## **2. Implicaciones de la Inteligencia Artificial en el Derecho Mercantil**

Dentro del Derecho Mercantil, la Inteligencia Artificial (IA) tiene un alcance amplio. Uno de los aspectos más destacadas es la automatización de contratos. Los contratos inteligentes (*smart contracts*) son programas que ejecutan automáticamente las obligaciones contractuales cuando se cumplen ciertas condiciones. Esto reduce la necesidad de intermediarios, minimiza los errores y garantiza la transparencia en las transacciones comerciales<sup>7</sup>.

Para las empresas la Inteligencia Artificial tiene un papel destacado ya que les permite la automatización de la redacción y la revisión de contratos, siendo capaz de generar borradores basado en plantillas y datos históricos, facilitando así la redacción rápida de documentos. Así como también, la IA permite realizar la revisión de contratos previamente redactados, con la capacidad de identificar cláusulas desfavorables y sugerir términos adecuados, para de esta forma reducir la carga de trabajo de los equipos legales.

Plataformas impulsadas por IA permiten gestionar el ciclo de los contratos, monitoreando automáticamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como fechas límite, términos de pago y cláusulas de renovación. Esto permite que las empresas mantengan relaciones comerciales fluidas y minimizando situaciones de incumplimiento, ya que la IA, además, puede predecir escenarios de incumplimiento, dándole a las empresas la capacidad de reaccionar ante estas situaciones, mitigando conflictos y litigios. En Venezuela, aunque el uso de contratos inteligentes aún está en una etapa inicial, ya existen proyectos basados en blockchain que utilizan este tipo de tecnología para automatizar acuerdos comerciales en sectores como el financiero<sup>8</sup>.

En la actualidad, el uso de la inteligencia artificial en el comercio está regulado solo por normas generales que regulan los contratos mercantiles y la responsabilidad civil. Sin embargo, no hay una legislación específica que aborde de manera más amplia la inteligencia artificial en el ámbito mercantil venezolano. Este vacío es especialmente problemático en el derecho mercantil,

---

<sup>5</sup> Caballero, Ángel. “El impacto de la tecnología en el derecho mercantil venezolano.” *Revista Venezolana de Derecho Comercial*, (2019) vol. 12, no. 3: 115-130.

<sup>6</sup> Rojas-Suárez, Liliana. *La economía venezolana: retos y desafíos*. Caracas: Editorial Economía (2021)

<sup>7</sup> Szabo, Nick. “La idea de los contratos inteligentes.” (1997) *Extropy Journal*, 16.

<sup>8</sup> Castellanos, José. “Aplicaciones de blockchain en el sector financiero venezolano.” *Revista Venezolana de Derecho y Tecnología*, (2019) vol. 8, no. 2: 45-62.

donde la IA se implementa para procesar grandes volúmenes de datos, tomar decisiones de inversión y evaluar riesgos financieros.

Según David Freeman Engstrom, la falta de un marco jurídico específico para la IA crea un vacío legal que aumenta los riesgos para los consumidores y limita el potencial de innovación<sup>9</sup>. El desarrollo de una normativa específica permitiría a los operadores de IA en el ámbito mercantil tener una guía clara de las responsabilidades y limitaciones de esta tecnología. El vacío legislativo actual dificulta la asignación de responsabilidades en casos donde una decisión tomada por un algoritmo autónomo cause daños a terceros. Esto lleva a problemas de incertidumbre jurídica tanto para empresas como para consumidores.

Por otro lado, la Inteligencia Artificial también está avanzando respecto a la resolución alternativa de disputas mercantiles. Existen sistemas de arbitraje impulsados por IA que permiten facilitar la mediación entre las partes, esta se encarga de analizar la documentación presentada arrojando soluciones basadas en casos similares. La implementación de IA en la resolución alternativa no solo acelera el proceso resolutorio, sino que también recude costos del litigio tradicional.

La integración de la inteligencia artificial (IA) en el derecho mercantil está revolucionando la forma en que las empresas establecen sus relaciones comerciales, gestionan contratos, optimizan operaciones y mitigan riesgos legales. Esta tecnología no solo ha transformado el ámbito de los actos mercantiles, sino que también nos adentra en un entorno legal que está en constante evolución. Tal como lo señala el académico Frank Pasquale, la IA no solo trae beneficios en términos de eficiencia, sino que también plantea nuevas interrogantes sobre la ética y la regulación en los negocios<sup>10</sup>.

La aplicación de la IA en el derecho mercantil conlleva numerosas ventajas, como la automatización de procesos, la mejora en la toma de decisiones y una mayor precisión en el análisis de datos legales. Sin embargo, esta transformación también presenta desafíos importantes, especialmente en áreas críticas como la privacidad y el cumplimiento normativo. La recopilación y uso masivo de datos, aunque útiles para la personalización y optimización de servicios, deben manejarse con extremo cuidado para evitar violaciones a los derechos de privacidad de individuos y empresas.

Por tanto, para maximizar los beneficios que la IA puede aportar al ámbito mercantil, es esencial que las corporaciones y sus asesores legales gestionen adecuadamente estos desafíos éticos y normativos. De lo contrario, los riesgos asociados —como sanciones regulatorias o daños a la reputación corporativa— podrían eclipsar las ventajas tecnológicas que esta integración promete. En este sentido, la clave radica en desarrollar un marco regulatorio adaptado a los avances de la IA, que permita aprovechar su potencial sin comprometer los principios fundamentales del derecho mercantil.

---

<sup>9</sup> Engstrom, David Freeman. “Artificial Intelligence and the Law: The Need for a Regulatory Framework.” *Journal of Technology and Law*, (2018) vol. 10, no. 1: 23-45.

<sup>10</sup> Pasquale, Frank. *New Laws of Robotics: Defending Human Expertise in the Age of AI*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, (2020) 45.

## **2.1. Afectación de los Contratos y la naturaleza de las Obligaciones**

La aparición de la inteligencia artificial (IA) ha generado un cambio significativo en diversos aspectos del derecho, incluyendo la manera en que se conciben y gestionan los contratos y las obligaciones que de ellos derivan<sup>11</sup>. En un mundo cada vez más digitalizado, las innovaciones tecnológicas no solo facilitan la automatización de procesos, sino que también plantean desafíos y transformaciones en los principios tradicionales que rigen la contratación mercantil<sup>12</sup>.

En el contexto venezolano, esta evolución ha comenzado a influir tanto en la doctrina como en la práctica jurídica, obligando a una necesaria evasión de conceptos establecidos en la legislación comercial para adaptarlos a las nuevas realidades tecnológicas. Los contratos, definidos como acuerdos de voluntades que generan derechos y obligaciones para las partes, se basan en principios fundamentales como la libertad contractual, la buena fe y la obligatoriedad<sup>13</sup>, en su sentido más amplio, es un acuerdo entre dos o más partes que se obligan a cumplir con determinadas prestaciones, bien sea de dar, hacer o no hacer.

Esta noción, ampliamente aceptada tanto en el derecho civil como en el derecho mercantil, sirve como fundamento para la creación y regulación de relaciones jurídicas que, al materializarse, generan derechos y obligaciones para las partes involucradas. Sin embargo, la afectación de estos contratos y la naturaleza de las obligaciones en el contexto del derecho mercantil venezolano tiene particularidades que deben ser analizadas a la luz de doctrinas nacionales e internacionales.

La implementación de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito contractual ha comenzado a cuestionar la forma en que estos principios se aplican en la práctica. La libertad contractual se ve impactada por la creciente automatización en la negociación y ejecución de contratos, lo que puede disminuir la intervención directa de las partes en la toma de decisiones<sup>14</sup>.

En el derecho venezolano, la legislación civil y mercantil establece que la buena fe y la equidad son principios fundamentales en la interpretación de los contratos, esto contemplado en el Código Civil Venezolano en sus artículos 1.159 y 1.271<sup>15</sup>. Sin embargo, cuando las decisiones contractuales son delegadas a sistemas de IA, surge la pregunta de si estos sistemas pueden cumplir con el estándar de buena fe al que están obligadas las partes humanas.

El principio de buena fe, entendido como un estándar de conducta leal y honesto en las relaciones contractuales, se enfrenta a nuevos desafíos con la irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito mercantil. En un sistema en el que la toma de decisiones está parcialmente delegada a algoritmos, la contratación plantea interrogantes sobre la flexibilidad en la interpretación de los contratos y la capacidad de adaptación de las partes a cambios imprevistos. Para el autor francés

---

<sup>11</sup> Surden, Harry. "Artificial Intelligence and Law: An Overview." *Annual Review of Law and Social Science* 15 (2019): 69-88.

<sup>12</sup> Susskind, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, (2021).

<sup>13</sup> Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ª ed. Madrid: Civitas, (2020).

<sup>14</sup> Floridi, Luciano, y Cowls, Josh. "The Ethics of Artificial Intelligence: Mapping the Debate." *Minds and Machines* 30, no. 1 (2020): 1-14.

<sup>15</sup> Código Civil Venezolano, *Gaceta Oficial*, Caracas, (1982).

François Ost, la automatización en los contratos debe ser supervisada para asegurar que no se vulneren los principios fundamentales del derecho contractual<sup>16</sup>.

## **2.2. Responsabilidad de las Relaciones Comerciales**

En un mundo empresarial cada vez más globalizado y digitalizado, las organizaciones buscan constantemente formas de mejorar su eficiencia, productividad y competitividad. La adopción de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial (IA), puede ser una herramienta clave para mejorar la eficiencia y promover la innovación. Sin embargo, la aplicación de IA en las relaciones comerciales trae consigo retos éticos, regulatorios y de responsabilidad que deben ser cuidadosamente considerados para garantizar prácticas sostenibles, transparentes y justas.

Las relaciones comerciales en Venezuela están marcadas por factores como la inestabilidad económica y un marco regulatorio cambiante. En este entorno, las empresas buscan ser más eficientes y competitivas, y la IA puede ayudar a mejorar sus operaciones. Sin embargo, la falta de regulaciones claras y la poca implementación de nuevas tecnologías suponen un desafío adicional en la implementación ética y responsable de la inteligencia artificial.

La responsabilidad en las relaciones comerciales implica que las empresas deben actuar de manera transparente, justa y ética, respetando tanto los derechos de sus clientes como los de otros *stakeholders*. En un entorno tan volátil como el venezolano, donde la confianza del consumidor es frágil y la protección de datos aun es un tema en desarrollo, la implementación de IA debe estar orientada a fortalecer las relaciones comerciales en lugar de erosionarlas.

Uno de los principales desafíos que puede enfrentar la implementación de Inteligencia Artificial respecto a la responsabilidad son los sesgos en los algoritmos, la falta de datos actualizados puede conllevar a que los algoritmos contengan sesgos que afectan injustamente a cierto grupo de consumidores. Además, el acceso desigual puede profundizar en una brecha entre empresas grandes y pequeñas, así como consumidores de diferentes niveles socioeconómicos.

En países de la Unión Europea cuentan con marcos regulatorios como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), en Venezuela las regulaciones respecto a privacidad de datos son limitadas, lo que supone otro desafío respecto a la responsabilidad comercial. Las empresas que quieran implementar IA deben asegurarse de proteger la información de sus clientes y prevenir el uso indebido de datos personales, en especial en un contexto donde la confianza institucional es baja.

Lo que nos lleva a un tercer desafío, la desconfianza en las instituciones y en las empresas suele ser común, es por ello que la transparencia en el uso de IA artificial es fundamental para construir relaciones comerciales sostenibles. Las empresas que implementan el uso de IA para decisiones automatizadas deben asegurar algoritmos auditables para cuestionar decisiones que se consideren injustas dentro de los contratos.

---

<sup>16</sup> Ost, François. La automatización en los contratos: una necesidad de supervisión para proteger los principios fundamentales del derecho contractual. (2023).

Por ello, es crucial que las empresas adopten un enfoque responsable y ético para evitar impactos negativos en los consumidores, en las relaciones comerciales y en la sociedad en general. Las empresas que logren implementar IA de forma transparente y justa no solo mejorarán su reputación, sino que también podrán fortalecer la confianza en sus relaciones comerciales, un activo esencial en un país donde la estabilidad económica y social sigue siendo un desafío.

### ***3. Marco Ético y Regulatorio adaptado a la realidad mercantil Venezolana***

En Venezuela, el contexto es particularmente complejo. La implementación de nuevas tecnologías enfrenta barreras como la limitada infraestructura tecnológica, la escasez de recursos económicos y las brechas en materia de formación profesional. Estas condiciones hacen que el diseño de un marco ético y regulatorio sea un desafío crítico para garantizar que la IA sea utilizada de manera responsable y en beneficio de la sociedad. Adicionalmente, los problemas estructurales del país, como la debilidad institucional y la falta de acceso equitativo a servicios básicos, amplifican los riesgos asociados al uso inadecuado o desregulado de estas tecnologías.

A pesar de estas limitaciones, Venezuela también tiene una oportunidad única para integrar principios éticos en la adopción de la inteligencia artificial desde sus primeras etapas. Esto permitiría al país posicionarse como un modelo en la región para el desarrollo de tecnologías que no solo sean eficaces, sino también responsables y equitativas. Según la UNESCO (2021), los marcos éticos deben ser el cimiento sobre el cual se construyan las políticas públicas relacionadas con la IA, especialmente en países en vías de desarrollo.

El entorno mercantil venezolano presenta dinámicas particulares que deben ser tomadas en cuenta al diseñar regulaciones para la IA. Sectores clave como el bancario, el comercial y el asegurador han comenzado a explorar las aplicaciones de esta tecnología, especialmente en áreas como la evaluación de riesgos, la personalización de servicios y la optimización de cadenas de suministro. No obstante, el uso de IA en estos sectores puede tener implicaciones éticas importantes, como la exclusión financiera de ciertos grupos poblacionales o la falta de transparencia en las decisiones automatizadas.

#### ***3.1 Principios Éticos de la Inteligencia Artificial***

En primer lugar, la transparencia y rendición de cuentas es un principio esencial para garantizar que las partes involucradas en relaciones jurídicas mercantiles comprendan los algoritmos empleados en los sistemas de IA y, además, conozcan sus posibles impactos. Este principio es particularmente relevante en el derecho mercantil venezolano, donde las operaciones empresariales están reguladas por el Código de Comercio y otras normas específicas. La transparencia fomenta la confianza entre comerciantes y consumidores, un activo fundamental en sectores clave como el bancario y el asegurador, donde las decisiones automatizadas pueden afectar desde contratos hasta pólizas y créditos. Según Floridi, la transparencia es un requisito indispensable para fomentar la confianza en la IA<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Floridi, Luciano. *La Cuarta Revolución: Cómo la IA está Transformando el Mundo*. Editorial XYZ, (2019).

El segundo principio es la no discriminación, esencial en el ámbito mercantil venezolano para evitar prácticas sesgadas en sistemas de IA que puedan generar desigualdades. Esto incluye decisiones sobre concesiones de créditos, cláusulas contractuales o resoluciones en disputas mercantiles, que podrían afectar a determinados grupos de comerciantes o consumidores de manera injusta. Según los estudios de Noble, los sesgos algorítmicos pueden amplificar desigualdades ya existentes, lo que en el contexto venezolano podría impactar gravemente en la igualdad de condiciones dentro del comercio<sup>18</sup>. El marco mercantil debe garantizar que las decisiones automatizadas respeten los principios de equidad y justicia, alineándose con las disposiciones de buena fe y lealtad comercial consagradas en la legislación venezolana.

Como tercer principio se establece la sostenibilidad y responsabilidad social, particularmente relevante en un país con desafíos ambientales y sociales significativos. En el derecho mercantil venezolano, las empresas que utilicen IA deben asegurar que estas herramientas contribuyan a un desarrollo sostenible, promoviendo prácticas que optimicen procesos comerciales sin dañar el medio ambiente y que sean socialmente responsables. Esto adquiere especial importancia en sectores como la manufactura y la distribución, donde la IA puede mejorar la eficiencia operativa mientras reduce el impacto ambiental, en consonancia con las obligaciones de los comerciantes de actuar conforme a principios éticos y sostenibles, reconocidos en el ámbito jurídico y empresarial venezolano.

### ***3.2 Marco Regulatorio para la Inteligencia Artificial en Venezuela***

En Venezuela, la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI) y la Ley de Infogobierno proporcionan un marco básico que podría adaptarse para regular las nuevas tecnologías, incluida la Inteligencia Artificial (IA). Estas actualizaciones deben incluir disposiciones sobre la protección de datos personales en el uso de sistemas de IA, la supervisión de algoritmos en sectores regulados como el bancario y el asegurador, y la definición de criterios de seguridad para garantizar el despliegue responsable de sistemas automatizados. Tales adaptaciones resultan esenciales para que el derecho mercantil venezolano integre la regulación de la IA en sus normas, promoviendo la transparencia y la seguridad jurídica en las relaciones comerciales.

Por otro lado, se plantea la necesidad de un órgano regulador especializado, capaz de supervisar la implementación de la IA en el ámbito mercantil. Este tendría como función la revisión y aprobación previa de los sistemas de IA destinados a sectores sensibles como la banca o los seguros, donde las decisiones automatizadas pueden tener un impacto significativo en contratos y operaciones mercantiles. Asimismo, dicho órgano promovería estándares técnicos orientados a reducir riesgos éticos y tecnológicos, además de imponer sanciones a las empresas que incumplan las regulaciones establecidas. La existencia de un ente regulador específico fortalecería el marco jurídico-mercantil venezolano, brindando mayor confianza a los actores económicos que interactúan con tecnologías de IA.

---

<sup>18</sup> Noble, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. New York University Press, (2018).

Finalmente, dada la naturaleza global de la inteligencia artificial, Venezuela deberá alinear su normativa con los estándares internacionales en la materia, como los establecidos en la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO (2021). Esta armonización permitiría a las empresas venezolanas integrarse más fácilmente en mercados internacionales, favoreciendo la competitividad y asegurando que las prácticas comerciales vinculadas a la IA se desarrollen conforme a principios éticos y técnicos universalmente aceptados. Un marco regulatorio que contemple estas adaptaciones posicionaría al país como un actor responsable y competitivo en el comercio internacional, sin descuidar las particularidades de su entorno mercantil.

#### ***4. Nuevas necesidades de Compliance Corporativo***

El *compliance* y el derecho mercantil están intrínsecamente vinculados, ya que ambos se ocupan de regular y garantizar el comportamiento empresarial en el marco legal y ético de las actividades comerciales<sup>19</sup>. En términos generales, el *compliance* se refiere al conjunto de políticas, procedimientos y controles implementados por una empresa para cumplir con las leyes, regulaciones y normas aplicables, así como con los estándares éticos y de buen gobierno corporativo. Por su parte, el derecho mercantil regula las relaciones entre los comerciantes y las operaciones comerciales, definiendo las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes involucradas.

La inteligencia artificial (IA) ha irrumpido como una herramienta transformadora en diversos sectores económicos, incluyendo el mercantil. La creciente integración de la IA en los procesos mercantiles plantea desafíos éticos, legales y operativos que exigen una actualización del enfoque tradicional del *compliance*<sup>20</sup>. En el contexto venezolano, donde el marco normativo relacionado con las tecnologías emergentes aún es limitado, las empresas deben anticiparse a estos retos para operar de manera responsable y alineada con las mejores prácticas internacionales, garantizando el cumplimiento normativo y la ética corporativa en un entorno que evoluciona constantemente.

El rol del *compliance* no se limita a la supervisión interna. En muchos casos, las empresas actúan como interlocutores entre las regulaciones gubernamentales y la implementación práctica de las tecnologías. Venezuela necesita un marco normativo que regule de manera específica el uso de la IA en el derecho mercantil, y las empresas pueden contribuir a este desarrollo mediante la adopción de políticas proactivas que se alineen con estándares internacionales. Documentos como la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO (2021) ofrecen guías claras para diseñar sistemas de IA que respeten principios éticos y derechos humanos<sup>21</sup>, promoviendo la sostenibilidad y la inclusión.

Además de las cuestiones regulatorias, el *compliance* debe abordar la dimensión ética de la inteligencia artificial. El impacto de estas tecnologías va más allá de lo legal, afectando la

---

<sup>19</sup> *Audidat*, “El Impacto de la Inteligencia Artificial en Compliance: Retos y Perspectivas,” *Audidat*, noviembre, (2023), 27

<sup>20</sup> Foro Económico Mundial, “Gobernanza de la IA: Cómo la regulación, la colaboración y la demanda de habilidades están configurando las tendencias,” Foro Económico Mundial, noviembre (2023).

<sup>21</sup> UNESCO, Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, París: UNESCO, (2021)

percepción pública y la confianza de los consumidores. Empresas que emplean IA de manera opaca o irresponsable arriesgan no solo multas, sino también su reputación y posición en el mercado. Así lo señala Luciano Floridi, filósofo y experto en ética digital, quien argumenta que la ética debe integrarse desde la fase de diseño de las tecnologías inteligentes<sup>22</sup>. Para el *compliance*, esto significa implementar políticas que promuevan la transparencia, la inclusión y la responsabilidad social en todos los aspectos del uso de la IA.

De las principales necesidades que tendrá el *compliance* será mantenerse al día con las regulaciones emergentes que buscan mitigar los riesgos asociados con la IA, como la reciente regulación propuesta por la Unión Europea<sup>23</sup>. Esta normativa se centra en asegurar que los sistemas de IA sean transparentes y no discriminatorios, y que protejan los derechos fundamentales de los individuos. Las empresas deberán desarrollar capacidades para cumplir con estos marcos, que incluyen auditorías periódicas y documentación rigurosa del uso de IA en sus operaciones.

La llegada de la inteligencia artificial al derecho mercantil venezolano redefine prioridades del *compliance* corporativo, demandando un enfoque más amplio que abarque la supervisión técnica, la ética y la alineación regulatoria. Las empresas que adopten un enfoque proactivo estarán mejor posicionadas para afrontar los retos y aprovechar las oportunidades que esta tecnología ofrece, contribuyendo al desarrollo de un entorno mercantil más transparente, ético y competitivo. Al integrar la IA de manera responsable, el *compliance* se convierte en un pilar clave para garantizar que la innovación tecnológica se traduzca en beneficios sostenibles para las empresas y la sociedad en general.

## CONCLUSIÓN

La regulación de la inteligencia artificial (IA) en el derecho mercantil venezolano plantea una serie de desafíos significativos que deben abordarse para garantizar la transparencia y la justicia en las relaciones comerciales. Aunque la IA ofrece beneficios claros en la automatización de procesos y la mejora en la eficiencia empresarial, su implementación sin un marco regulatorio específico conlleva riesgos legales y éticos. En Venezuela, donde el desarrollo tecnológico aún enfrenta barreras importantes, es esencial desarrollar un marco normativo que proteja tanto a las empresas, a los consumidores y los negocios jurídicos de potenciales perjuicios derivados de la utilización de tecnologías avanzadas.

Los contratos automatizados, como los contratos inteligentes, presentan oportunidades para agilizar las transacciones mercantiles, pero también generan interrogantes sobre la validez jurídica de los acuerdos celebrados sin intervención humana. La falta de claridad en la legislación actual puede llevar a conflictos en la asignación de responsabilidades cuando ocurren fallos en sistemas automatizados. Es fundamental que el derecho mercantil venezolano evolucione para abarcar estos nuevos escenarios, de manera que se garantice la seguridad jurídica en un entorno cada vez más digitalizado.

---

<sup>22</sup> Floridi, Luciano. *The Ethics of Information*. Oxford: Oxford University Press, (2013).

<sup>23</sup> Comisión Europea, Propuesta de Reglamento de la Inteligencia Artificial, Bruselas, (2023)

Por otro lado, el uso de sistemas de inteligencia artificial en la toma de decisiones comerciales puede introducir sesgos no deseados, afectando la equidad en las transacciones. La falta de transparencia en los algoritmos puede resultar en discriminación no intencionada, lo que podría erosionar la confianza en el comercio digital y los negocios mercantiles. Por tanto, es imperativo que las regulaciones incluyan principios éticos que prevengan el uso indebido de la IA y promuevan un entorno comercial justo y equitativo.

El avance en la integración de la IA en el comercio también requiere un enfoque robusto en compliance corporativo. Las empresas deben adoptar políticas que no solo se alineen con las normativas vigentes, sino que también promuevan la ética y la responsabilidad social. En un país como Venezuela, donde la regulación tecnológica es limitada, las empresas que se adelanten a estos desafíos estarán mejor posicionadas para competir tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente, el desarrollo de un marco regulatorio para la IA en el ámbito mercantil venezolano debe considerar no solo la actualización de las leyes, sino también la creación de un ente regulador especializado. Este ente no solo supervisaría la aplicación de la IA en sectores críticos como la banca y los seguros, sino que también garantizaría que las empresas cumplan con altos estándares de transparencia y seguridad. Alinearse con normativas internacionales no solo mejoraría la competitividad del país, sino que también promovería un uso responsable y ético de la inteligencia artificial en el ámbito mercantil.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Caballero, Ángel. *Rezago Regulatorio en Materia de Tecnología e Innovación en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- Engstrom, David Freeman. "Legal Implications of Artificial Intelligence." *Journal of Law and Technology* 45, no. 3 (2020): 289-315.
- Floridi, Luciano. *The Ethics of Artificial Intelligence*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- McCarthy, John. "Artificial Intelligence – Science and Engineering." *Artificial Intelligence Review*, 2006.
- Noble, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. New York: New York University Press, 2018.
- Pasquale, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- Rojas-Suárez, Liliana. *La Obsolescencia del Marco Regulatorio Venezolano en la Era Digital*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2022.

Russell, Stuart, y Peter Norvig. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 4th ed. Boston: Pearson, 2020.

UNESCO. *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2021.

# ***Sandbox regulatorio en materia de la actividad aseguradora: ¿Un mecanismo de innovación regulatoria o de intervencionismo regulatorio?***

**Víctor Corredor\***

**Alonso Flores\*\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 310-324

**Resumen:** El crecimiento de la industria tecnológica en Venezuela ha tenido gran influencia en las actividades comerciales, esto representa un gran reto para el Estado al momento de establecer regulaciones eficientes, sin que eso paralice los intereses de los empresarios. La reciente normativa emitida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora: “Normas que Rigen los Canales de Comercialización y el Uso de las Tecnologías del Mercado Financiero (Fintech) y Las tecnologías del Mercado de la Actividad Aseguradora (Insurtech)”, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 6835 de fecha 3 de septiembre de 2024, trae consigo el nombramiento de las medidas regulatorias “Sandbox”, marcando un hito en la regulación en materia de tecnología. En el presente artículo se evaluarán los retos o avances que puede significar la aplicación de un “Sandbox” en Venezuela.

**Palabras clave:** Innovación, tecnología financiera, regulación, sandbox, fintech, insurtech, TIC’S.

## ***Regulatory Sandbox in the Insurance Sector: A Mechanism for Regulatory Innovation or Regulatory Interventionism?***

**Abstract:** *The growth of the technology industry in Venezuela has significantly influenced commercial activities, posing a significant challenge for the Venezuelan State to regulate efficiently without stifling innovation and the interests of entrepreneurs. The recent regulation issued by the Superintendence of Insurance: Regulations Governing the Commercial Channels and Use of Financial Market Technologies (Fintech) and Insurance Market Technologies (Insurtech). Official Gazette Extraordinary No. 6835 dated September 3, 2024, introduces the first mention of regulatory "sandbox" measures. This article will assess the challenges and potential advances of implementing a "sandbox" in Venezuela.*

**Keywords:** *Innovation, Financial technology, Regulation, Regulatory sandbox, FinTech, Insurtech, ICTs*

**Recibido:** 18/11/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado, Universidad Católica Andres Bello. Especialización de Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela.

\*\* Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana.

# *Sandbox regulatorio en materia de la actividad aseguradora: ¿Un mecanismo de innovación regulatoria o de intervencionismo regulatorio?*

Víctor Corredor\*

Alonso Flores\*\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 310-324

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. 1. ¿Qué debe entenderse como un Sandbox en el mundo del desarrollo tecnológico? Una mirada desde algunos países de Latinoamérica. 1.1 Concepción de Sandbox. 1.2 Antecedentes en la región. 1.3. Tipos de sandbox y su posible implementación en Venezuela. 2. ¿Qué significa para los negocios en FINTECH, sus reguladores y clientes, hablar de sandbox desde una perspectiva regulatoria?. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.**

## **INTRODUCCIÓN**

El avance tecnológico en Venezuela ha ido en crecimiento en los últimos años, permitiendo que industrias como la banca, las Fintech, e incluso, el auge de las billeteras digitales y empresas de servicios de pago no bancarios, permitiendo que crezca el rubro comercial tecnológico, mientras los ciudadanos encuentran en la tecnología una solución a problemas cotidianos presentes en la economía venezolana.

Es así, como estos nuevos modelos de negocio representan para los entes reguladores un reto importante, ya que al formar parte de la rutina de los usuarios, es necesario conocer que hay detrás de las operaciones, pero, es sano asumir, que el crecimiento tecnológico de estas empresas no va a la par de la revisión que hacen los organismos reguladores generadores de normas particulares de control, lo cual hace que se genere una reacción tardía o una regulación ex post por parte del Estado, que puede convertirse en una normativa castigadora del avance continuo de las innovaciones.

Esto es comprobable en distintos escenarios, tal como fue el caso de la publicación que hizo el estado Venezolano el seis (06) de julio de 2021 en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.151 contentiva de la Resolución No.001.21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) denominada “Normas que Regulan los Servicios de Tecnología Financiera (FINTECH)”, las cuales regulan los servicios financieros prestados a través de nuevas tecnologías, ofrecidos por las Instituciones de Tecnología Financiera (ITF), que

---

\* Abogado, Universidad Católica Andres Bello. Especialización de Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela.

\*\* Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana.

ofrecen innovaciones dirigidas a: Productos de pago y almacenamiento de dinero, productos dentro de las instituciones bancarias y nuevos modelos de negocios.<sup>1</sup>

Esta comúnmente denominada “Normativa Fintech”, es la primera regulación fundamentada en estos modelos de negocios actuales y, actualmente, solo se encuentran dos empresas bajo la tutela de la SUDEBAN con la denominación de Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB)<sup>2</sup> y tres empresas reguladas por el Banco Central de Venezuela (BCV) que funcionan como Proveedores no Bancarios de Servicios de Pago (PSP)<sup>3</sup>. Asimismo, de parte de la SUDEBAN, solamente se ha presentado una incidencia contra una sociedad mercantil que presta servicios e-commerce de movilidad (transporte), suspendiendo la posibilidad de recibir pagos en bolívares para la prestación del servicio, bajo el argumento de incumplimiento de la normativa Fintech ya que dicha empresa ejercía funciones de empresa ITFB al poder crear billeteras digitales a sus usuarios, realizando entonces de manera directa actos de recaudación y compensación de fondos sin autorización<sup>4</sup>.

Este caso particular trajo consigo mucha discusión en el sector jurídico, especialmente en el mercantil y regulatorio, pues se discutía sobre el efecto sancionatorio y paralizador de la interpretación de la normativa, y posteriores limitaciones hacia la supuesta empresa infractora, ratificando que esta regulación penaliza la innovación de las empresas de tecnología pues no ofrecía mecanismos o procedimientos de negociación o restaurativos, sino una sanción al desarrollo del modelo de negocios, como la continuidad de uso de clientes usuarios.

Sin embargo, y pese a este mediático caso, según el Informe realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en Venezuela se encuentran más de diecisiete (17) empresas Fintech en el país enfocadas principalmente en pago de remesas y envío de fondos, pues el informe afirma que la mayoría de estas empresas están dirigidas a la bancarización<sup>5</sup>.

Este crecimiento en el área de FINTECH, aunque parece estar hiper focalizado en el sector bancario, ha generado un interés por parte de otros rubros debido a su crecimiento agigantado, lo que ha llevado a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora a implementar nuevos mecanismos más allá de experimentos regulatorios o directrices regulatorias. Tan es así, que el día

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 42.151. 21 de Junio de 2021. [http://spgo.in.prentanacional.gob.ve/cgi-win/be\\_alex.cgi?Documento=T028700036166/0&Nombrebd=spgo.in&CodAsocDoc=2567&Sesion=100073735](http://spgo.in.prentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700036166/0&Nombrebd=spgo.in&CodAsocDoc=2567&Sesion=100073735) (último acceso: 11 de Noviembre de 2024).

<sup>2</sup> SUDEBAN. Instituciones de tecnología financiera del sector bancario. <https://sudeban.gob.ve/index.php/instituciones-de-tecnologia-financiera-del-sector-bancario/> (último acceso: 2024).

<sup>3</sup> Banco Central de Venezuela. Proveedores no bancarios de servicios de pago. 2024. <https://www.bcv.org.ve/sistemas-de-pago/proveedores-servicios-pago>.

<sup>4</sup> Luján, RaylÍ. *Bloomberg Línea*. 28 de Septiembre de 2022. <https://www.bloomberglinea.com/2022/09/28/sudeban-prohibe-a-entidades-bancarias-venezolanas-la-apertura-de-cuentas-o-transacciones-de-yummy/#:~:text=Sudeban%20proh%C3%ADbe%20a%20entidades%20bancarias%20transacciones%20en%20cuentas%20concentradoras%20de%20> (último acceso: 11 de Noviembre de 2024).

<sup>5</sup> Banco Interamericano de Desarrollo. *IV Informe. Fintech en América Latina y el Caribe*, 42-43 2024 <https://publications.iadb.org/es/fintech-en-america-latina-y-el-caribe-un-ecosistema-consolidado-con-potencial-para-aportar-la>

tres (03) de septiembre de 2024 en Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835, fue publicada una Providencia Administrativa emitida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora<sup>6</sup>, en lo sucesivo “SUDEASEG”, la cual contiene Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora, dentro de las que se encuentran las Normas que rigen los Canales de Comercialización y el uso de las tecnologías del Mercado Financiero (Fintech) y las tecnologías del Mercado de la Actividad Aseguradora (Insurtech).

Estas normas vienen a desarrollar el artículo 57 de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora<sup>7</sup>, explicando que las empresas que se encuentren autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora y cualquiera que realice una alianza comercial, integración tecnológica o desarrollos tecnológicos para facilitar los servicios que presenten las empresas de seguros, deberán estar inscritos en los respectivos registros de la SUDEASEG, en base a las siguientes definiciones:

1. **Canales Alternativos:** Persona jurídica con la que la Aseguradora celebra un convenio con el objeto de utilizar su infraestructura, sus activos tecnológicos y sus relaciones con un gran número de afiliados o potenciales asegurados, con las que tiene nexos comerciales o de otros tipos, a los fines de servir como mecanismo para facilitar la adquisición de un producto de seguro o de medicina prepagada; Los canales alternativos, involucran a las instituciones financieras regidas por la ley que regula el sector bancario, las empresas de servicios públicos o privados, establecimientos comerciales e industriales, gremios y asociaciones, previa inscripción en el registro que a tal fin establezca la Superintendencia de la Actividad Aseguradora<sup>8</sup>;

2. **Medios de Comercialización:** Mecanismos utilizados para acceder a distancia o de modo no presencial a los potenciales tomadores, asegurados, beneficiarios, contratantes, usuarios o y afiliados, a los fines de promocionar, ofrecer o comercializar microseguros o microplanes; seguros o planes masivos; seguros o planes inclusivos; tales como: telefonía, mensajería, correo físico o electrónico, telemarketing, redes sociales, aplicaciones, entre otros. Estos medios incluyen el uso de Tecnología del Mercado

---

<sup>6</sup> Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>7</sup> Artículo 57. “Las empresas de seguros y de medicina prepagada podrán colocar los microseguros, seguros inclusivos y seguros masivos de forma directa, o a través de intermediarios de la actividad aseguradora o los canales alternativos. Los productos colocados a través de los canales alternativos deben estar disponibles para ser contratados de forma directa o mediante intermediarios de la actividad aseguradora. Las empresas de seguros, de medicina prepagada y los canales alternativos podrán contratar proveedores especializados en servicios a distancia, así como el uso de tecnología financiera (FINTECH). La Superintendencia de la Actividad Aseguradora regulará a través de normas el uso de estos mecanismos.” Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Extraordinaria Nro. 6.770. Caracas, miércoles 29 de noviembre de 2023

<sup>8</sup> Artículo 2, numeral 3. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

Financiero (FINTECH) y de la Tecnología del Mercado de la Actividad Aseguradora (INSURTECH)<sup>9</sup>;

3. **Puntos de Comercialización:** Establecimientos que no constituyan una oficina, sucursal o sede de la aseguradora por medio de los cuales su personal o sus intermediarios de la Actividad Aseguradora, brindan información, promocionan y comercializan los productos a que se refiere estas normas; Los puntos deben ser aprobados mediante acta de junta directiva de la aseguradora, la cual debe ser asentada en el libro correspondiente, dejando constancia de su ubicación, así como los productos a comercializar<sup>10</sup>;

4. **Tecnología del Mercado Financiero (FINTECH):** Soluciones financieras propiciadas por la tecnología que involucra a todas aquellas empresas de servicios financieros que utilizan procesos y sistemas tecnológicos de avanzada para servir de auxiliar como sistema de pago o prestador de servicios<sup>11</sup>;

5. **Tecnología del Mercado de la Actividad Aseguradora (INSURTECH):** Empresas emergentes, que desarrollan y ofrecen productos de seguros en un entorno digital y bajo nuevos modelos de negocios, empleando nuevas tecnologías y procesos; tales como: computación en la nube, blockchain, big data, inteligencia artificial, redes inalámbricas, entre otras.<sup>12</sup>

Las definiciones anteriormente referidas vienen a dar contexto a la regularización que se pretende implementar dentro del sector asegurador, específicamente para regular las “INSURTECH”, esta palabra se encuentra en el sector tecnológico y puede ser definida como aquellas sociedades mercantiles que innovan en el sector de seguros, como empresas aseguradoras cien por ciento digitales, seguros o productos de la actividad aseguradora vendidos de manera digital o intermediarios, consultoras o proveedores de datos<sup>13</sup>.

Una nomenclatura implementada por primera vez por el regulador en cualquier normativa Venezolana, lo que es un resultado directo de la innovación regulatoria presente en los últimos años en el ordenamiento jurídico venezolano; adicionalmente, y es uno de los elementos más interesantes de la norma desde el punto de vista de innovación, se plantea la

---

<sup>9</sup> Artículo 2, numeral 5. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>10</sup> Artículo 2, numeral 6. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>11</sup> Artículo 2, numeral 7. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>12</sup> Artículo 2, numeral 8. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>13</sup> Digital Insurance. LATAM INSURTECH JOURNEY. Edición Nro. 8. 87-89 <https://insurtechile.org/biblioteca/>

implementación de un “sandbox regulatorio” o “ambientes de prueba”, con el objetivo de facilitar y promover el desarrollo de la tecnología, según propias palabras del regulador<sup>14</sup>.

Esta innovación no solo es para el regulador, sino también para los que hacen vida en el sector tecnológico, pues aun cuando es un concepto conocido en este rubro, es necesario detallar de qué trata el desarrollo de ambientes controlados de prueba y: ¿cómo se establece su implementación? y ¿cuáles son los retos dentro de Venezuela? especialmente después de haber dado una brevísima introducción en esta norma. Para dar respuesta a esta pregunta, se realizarán una serie de disertaciones en el presente artículo.

## ***1. ¿Qué debe entenderse como un Sandbox en el mundo del desarrollo tecnológico? Una mirada desde algunos países de Latinoamérica***

### ***1.1 Concepción de Sandbox***

Es importante mencionar que la palabra sandbox es traducida literalmente como la conocida “caja de arena”, un área física destinada a que infantes jueguen aislados de otros niños, texturas, terrenos, juegos; es literalmente un espacio identificable y separable del resto del área de recreación.

En el aspecto financiero, su definición no dista tanto de este popular juego, ya que se definen, como expresado anteriormente, como un espacio documentalmente aislado del resto donde los reguladores hacen excepciones en la actuación de las empresas, para poder experimentar y aprender sandbox es un espacio controlado por el regulador en el que se puede experimentar; es una representación mental tecnológico de un ambiente de prueba para destinado monitorear un nuevo software o proceso<sup>15</sup>.

Esta definición es importante porque se separa y aleja de conceptos como laboratorios de prueba, tratados internacionales y demás regulaciones no apalancadas en los beneficios que otorgan los sandbox. En este sentido, y como se ha venido discutiendo, la razón fundamental de la creación de estos espacios normativos es que los entes reguladores "apoyen la innovación en servicios financieros mediante la colaboración con la industria para comprender mejor la dinámica del mercado Fintech"<sup>16</sup> permitiendo que los Estados y las industrias FINTECH por

---

<sup>14</sup> Artículo 28: “La Superintendencia de la Actividad Aseguradora podrá coordinar e implementar ambientes de prueba (sandboxes regulatorios), para facilitar y promover el desarrollo de la tecnología del mercado y promover el desarrollo de la Tecnología del Mercado de la Actividad Aseguradora (Insurtech)...” Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH). Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora.

<sup>15</sup> Fintech, Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios, de Gurrea, A., y Remolina, N. (2020).

<sup>16</sup> Arner, Barberis y Buckley, nota 6, 383. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en su informe sobre implicaciones de los avances de Fintech para los bancos y los supervisores bancarios, recomienda que los supervisores bancarios Debería considerarse si sería apropiado implementar entornos de pruebas y otras formas de "facilitación de la innovación". mecanismos: véase el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 'Sound Practices: Implications of Fintech' 'Novedades para bancos y supervisores bancarios' (Documento de consulta, noviembre de 2024), <http://www.bi.org/bcbs/publ/d415.htm>

igual sean seguidores y promotores de la figura, fundamentalmente derrumbando las barreras que en muchos casos la regulación pone a la innovación.

Podemos comentar que son ambientes creados y controlados por el regulador para que los desarrolladores de tecnología puedan implementar sus innovaciones dentro de un mercado reducido, lo que permite otorgar el espacio adecuado para la implementación de servicios que ayuden a la empresa a hacer testeos y al regulador a familiarizarse con la realidad que planean regular. Asimismo, permite evaluar las vulneraciones o posibles transgresiones a los usuarios de estas plataformas y los límites que pueden establecer para no estancar el avance del mercado bajo principios de transparencia y simetría de la información.

Dentro de la bibliografía consultada, se encuentran varias concepciones, de las cuales se pueden compartir para su mejor entendimiento, las siguientes: “Un sandbox regulatorio es un espacio de experimentación que “permite a empresas innovadoras operar temporalmente, bajo ciertas reglas que limitan aspectos como el número de usuarios o el período de tiempo en que se puede ofrecer el producto. De esta forma las empresas pueden probar productos, servicios y soluciones originales, ante la atenta mirada del supervisor”.<sup>17</sup>

A su vez, también pueden definirse como: “una herramienta de regulación que permite, mediante el conocimiento de primera mano de los modelos de negocios, generar regulaciones específicas para los mismos. Pero, al mismo tiempo, constituyen una herramienta de supervisión, inclusive preventiva, en el sentido de que permiten entender si una actividad representa un riesgo para el público y hacer exigibles los requisitos que se consideren necesarios para mitigarlo”<sup>18</sup>

### ***1.2 Antecedentes en la región***

En Latinoamérica se viene implementando este mecanismo desde principios desde 2019, con la regulación de México con la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera<sup>19</sup>, la cual permite regular a los “modelos novedosos”, basado en todas aquellas sociedades mercantiles distintas a las Instituciones de Tecnología Financiera, Entidades Financieras, y cualquier otro sujeto supervisado, requiere una autorización temporal para prestar sus servicios, pero debe cumplir con los siguientes criterios:

- Que la propuesta sea un Modelo Novedoso;
- El producto a ofrecerse o el servicio a prestarse al público debe requerir probarse en un medio controlado, en términos de este Capítulo;
- La forma en que se pretenda desarrollar la actividad reservada debe representar un beneficio al Cliente del producto o servicio de que se trate con respecto a lo existente en el mercado;

---

<sup>17</sup>Bijkerk, Werner. 2021. “Sandboxes regulatorios, hubs de innovación y más innovaciones regulatorias en América Latina y el Caribe: <sup>1</sup> Una aproximación. 30-31. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo.

<sup>18</sup>Diego Herrera. 2021. Sandbox regulatorio multi-jurisdiccional para América Latina y el Caribe. 6-7. Banco Interamericano de Desarrollo

<sup>19</sup>Gobierno de México. Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018. Última Reforma DOF 24-01-2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF.pdf>

- El proyecto se debe encontrar en una etapa en la que el inicio de operaciones pueda ser inmediato; V. El proyecto debe poder ser probado con un número limitado de Clientes, y
- Los demás que, en su caso, determinen las Autoridades Financieras competentes mediante disposiciones de carácter general.

Esta regulación fue entonces el primer paso de Latinoamérica en mencionar este tipo de ambientes controlados para modelos de negocio disruptivos, y Colombia fue el primero en implementar un “sandbox regulatorio” efectivamente mediante el Decreto 1234 de 2020<sup>20</sup>, posicionándose como el pionero dentro de la región bajo la justificación de implementar una herramienta que permitiese adaptar las dinámicas del Estado para ajustar el marco regulatorio a la innovación financiera, segura y sostenida, sin paralizar a los comerciantes, según palabras del regulador. El mencionado Decreto da entrada a espacios controlados de prueba en Colombia para los desarrollos tecnológicos innovadores, los cuales deben cumplir con ciertas características como: aumentar la eficiencia en la prestación de servicios u ofrecimientos de productos financieros, resolver problemática para los consumidores financieros, facilitar la inclusión financiera, mejorar el cumplimiento normativo, desarrollar los mercados financieros o mejorar su competitividad.<sup>21</sup>

Asimismo, al momento de la redacción de este artículo se encuentran implementados distintos Sandbox regulatorios en la región, incluyendo países como Chile, Barbados, Brazil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Perú y Trinidad y Tobago. A la lista anteriormente descrita no podemos incluir a Venezuela porque aunque se ha hecho la innovadora tarea de normar al respecto, la resolución referida objeto de este artículo solo lo hace de manera conceptual pues no cuenta con información extendida sobre su implementación y su lineamientos, lo cual se espera suceda a futuro como consecuencia de potestad normativa que tiene la SUDEASEG, especialmente porque que algunas empresas del sector se han manifestado con una percepción positiva sobre esta medida, ya que permite el diálogo abierto entre el regulador y los regulados.<sup>22</sup>

Sin embargo, a pesar del avance, surge mucha incertidumbre para cualquier empresa que quiera desarrollar actividades de la actividad aseguradora y su actividad se subsuma en alguno de los cuatro (04) supuestos referidos por la norma de estudio, por lo que las principales dudas que surgen son (i) ¿cómo debe actuar el supervisor?, (ii) ¿cómo funcionará el Sandbox? y (iii) ¿el ambiente controlado de prueba será regulatorio o de supervisión?

---

<sup>20</sup> Gobierno de Colombia. Decreto 1234 de 2020. Espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142005>

<sup>21</sup> Gobierno de Colombia. Decreto 1234 de 2020. Espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142005>

<sup>22</sup> Banco Interamericano de Desarrollo. Fintech Regulation in Latin America and Caribbean Map. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOWRiOTdiZDIiMjUzYS00ZWQ4LWE0MmYtMjkyZGJiZTZkMTZiIiwidCI6IjlkZmIxYTA1LTVmMWQ0NDQ5YS04OTYwLTUyYjYyQ3OWU3ZCIsImMiOiF9>

### ***1.3. Tipos de sandbox y su posible implementación en Venezuela***

Para dar respuesta, es importante repasar la noción de que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora tiene funciones de supervisión y regulación, lo cual resulta complejo para la implementación del mecanismo de estudio, ya que los sanbdbox pueden ser Regulatorios o de Supervisión; los primeros, son aquellos que permiten probar productos en específico en un ambiente controlado con la idea de que puedan desarrollar el servicio bajo una modalidad flexible de las regulaciones y así poder observar bajo un determinado lapso de tiempo el alcance del servicio.

Por su parte, los segundos, son los encargados de promover una revisión específica de la regulación y adaptarla al alcance de los modelos de negocio desarrollados en la actualidad. Los tipos de Sandbox anteriormente descritos no son excluyentes, pudiendo existir modelos dedicados a la Supervisión y Regulación (ambos), como lo es en Colombia y Hong Kong pero, de acuerdo a conocedores del tema, da espacio a incertidumbre jurídica si no son implementados con total transparencia<sup>23</sup>.

En el caso Venezolano no queda claro cuál será su implementación por la falta de información que contiene la norma emitida por la SUDEASEG pero, desde el análisis que se viene fundamentando, su posición debe ser mixta, ya que cumpliría con la naturaleza con la cual fue conceptualizado para regular su rubro específico y, además, por el mercado reducido en el sector INSURTECH y FINTECH de Venezuela, el regulador debe fomentar la innovación, en vez de sobreexplotar la regulación en contra de sector tecnológico, lo que puede resultar complejo siendo tanto el supervisor como el regulador.<sup>24</sup>

Ejerciendo ambos roles, el regulador debe usar el Sandbox como puente para fomentar la regulación acertada en cada uno de los modelos de negocio con políticas dirigidas al desarrollo de la industria tecnológica, protección del usuario, y libertad de desarrollo tecnológico, debiendo necesariamente profundizar en la normar es el aspecto sustantivo y adjetivo de la figura, jurídicamente hablando, focalizándose en determinar los criterios de elegibilidad, criterios de operación e incentivos para operar dentro del mismo, y demás variables que permitan generar seguridad jurídica a los inversores.

Los distintos entes reguladores estudiados a lo largo de la consulta bibliográfica suelen exigir cumplimiento normativo de las sociedades mercantiles, presten servicios específicos para la industria la cual desean regular, ya sea INSURTECH, FINTECH o cualquier otra rama del rubro tecnológico, así como una evaluación detallada del proyecto que presentan bajo la premisa de innovación, que puede ser parcial o totalmente desconocida por el regulador o supervisor, así mismo que demuestre elementos de beneficio directo a los usuarios de la industria o sector que pretenda regular.

---

<sup>23</sup> Carolina Flórez Rey & Diego Silva Silva. Fintech y sandbox regulatorio: análisis y propuestas de regulación para el Espacio Controlado de Prueba en Colombia 24-23. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/88073f32-38d7-4817-b127-0342e17ab795/content>

<sup>24</sup> Alcance del sandbox regulatorio en empresas Fintech en Ecuador. Scope of the Regulatory Sandbox in the Fintech Industry in Ecuador. Santiago Cisneros Bejarano. 11-12. 2024.

En este sentido, la SUDEASEG, debe ejecutar una planificación específica para cada uno de las sociedades mercantiles interesadas en participar en el ambiente controlado con principios de agilización de trámites y transparencia. Lo principal sería dar libertad de innovación a cada una de las sociedades mercantiles y sus modelos de negocio por un tiempo limitado de dos (02) años, para poder generar el suficiente conocimiento sobre su innovación y eliminar las barreras de la asimetría de la información que se puedan presentar, así poder generar un producto que no pierda alcance por las regulaciones excesivas o apresuradas.

## ***2. ¿Qué significa para los negocios en FINTECH, sus reguladores y clientes, hablar de sandbox desde una perspectiva regulatoria?***

Un informe de Accenture clasificó a las empresas emergentes de tecnología financiera como competitivas (aquellos que son rivales directos de las instituciones de servicios financieros existentes) o colaborativos (aquellos que ofrecen maneras de mejorar la posición de los existentes en el mercado), donde principalmente se habían reducido las barreras de entrada para las empresas competitivas, pues ampliaba el mercado, evitaba el monopolio y/u oligopolio e incentivaba la contratación de personal reduciendo las tasas de desempleo.<sup>25</sup>

Por ello, y mencionando alguno de los beneficios que algunos autores, empresas y Estados han podido encontrar en esta innovadora figura, es indispensable que, al momento de regular, especialmente en áreas tan reducidas o específicas como sería en este caso las relacionadas con actividad aseguradora, se logre un equilibrio entre la regulación y la innovación, mientras se cumplen las metas de:

- Crear un espacio aislado de pruebas que reduzca las barreras de cumplimiento con respecto a la normativa existente
- Velar porque los riesgos derivados de dichos experimentos se mantengan dentro del propio desarrollador y no se transfieran al mercado, Estado o usuarios.

Sin embargo, aunque haya bastante desarrollo en países de América Latina, es común que desde la perspectiva corporativa de y de protección de usuarios (incluso desde los propios consumidores) exista un poco de incertidumbre, pues aunque países como Perú y Chile aún no tienen definido el camino que deberán recorrer para promocionar la participación en los espacios controlados<sup>26</sup> pues ocurre algo similar al caso de Venezuela: mención y “creación” de la figura, más no hay profundización en su relación jurídica con las empresas, dejando de lado asuntos vinculados a temas tributarios, laborales especiales, procedimentales en cuanto a cómo se obtendría la validación para participar en estos espacios, y otros asuntos de carácter procedimental.

Debe entenderse entonces que hablar de una verdadera regulación en materia de sandbox, debe venir acompañado de una regulación formal, documentada en normas expresas que impidan

---

<sup>25</sup> Informe 508 de ASIC, Respuesta a las presentaciones sobre CP 260 Medidas adicionales para facilitar la innovación en Servicios financieros (informe de diciembre de 2016)

<sup>26</sup> Seminario, F. (29 de marzo, 2021). Sandbox regulatorio en LatAm: los entornos de pruebas fintech toman forma. Disponible en <https://iupana.com/2021/03/29/sandbox-regulatorio-latam/>

la parálisis del sector, el arbitraje regulador y las posibles represalias en los casos donde los experimentos no sean satisfactorios en cuanto a sus resultados. De hecho, en Colombia, el Decreto 1234 de 2020<sup>27</sup> fundamenta su creación en que el regulador se ajuste el marco regulatorio a las nuevas dinámicas del mercado y promover una innovación financiera segura y sostenida, pues se busca aprovechar la innovación en la prestación de servicios y productos financieros, velar por la protección y los intereses de los consumidores financieros, preservar la integridad y estabilidad del sistema financiero, prevenir las arbitrariedades regulatorias.

Este último punto ha brindado para los inversionistas colombianos un campo nivelado de acción, pues presuponen una protección anterior a la ejecución de sus actividades en el sandbox, sabiendo que la propia norma autorregula al ente de gobierno de decisiones arbitrarias, dando una seguridad jurídica y económica a los proyectos. Así, es este caso particular, parece el regulador entender que no es la innovación en sí misma la que debe regularse, pues viaja a una velocidad más rápida que cualquier legislador, por lo hacer regulaciones sancionatorias, punitivas o paralizantes, resulta infructífero desde lo económico y lo social<sup>28</sup>

Entonces, significa que si el regulador tiene en mente la creación de los sandbox como un beneficio que se otorga a la innovación y a sus desarrolladores, no solo brinda seguridad económica sino jurídica a sus participantes, creando un puente entre el crecimiento responsable, protector, regulado, y la creatividad tecnológica que permite la evolución social y de sus participantes. La normativa venezolana que menciona la figura del sandbox desde la especificidad de los seguros y derivados, permite observar un vestigio de interés en el desarrollo de los catálogos de oferta de productos y servicios, así como la diversificación de las áreas de atención a los usuarios en el acceso a herramientas que no solo hacen la vida más fácil, sino que aumentan la interacción con el creciente mundo digital.

Sin embargo, aunque existe expectativa positiva por parte de miembros del sector, se manifiesta la zozobra respecto a la falta de profundización de la figura, dejando como pregunta al aire si este sandbox permitiría el desarrollo sin riesgo en un país altamente riesgoso, o si se convertiría en una forma más de control severo para los proyectos desde sus etapas iniciales. Entonces, la respuesta a la pregunta inicial queda supeditada a un desarrollo normativo posterior, aclamado por el rubro de negocio pese a su reciente incorporación, especialmente porque se quiere resolver la duda de la actuación administrativa del ente, como supervisor, regulador, o ambos.

Desde punto de vista de una autora que ha explicado el tema un poco más a fondo, argumenta el desarrollo normativo y práctico de los sandbox permite obtener un beneficio financiero tanto al

---

<sup>27</sup> Este Decreto ha sido ejemplo incluso para países de Asia. Autores como Jerónimo Doraisamy, en su disertación de Tecnologías financieras expresa que Colombia en la normativa e implementación ha sido ejemplo del mundo.

<sup>28</sup> La autora Pertuz, Y (2021) desarrolla en su trabajo la idea de que sobre la materia de FINTECH y sandbox en Colombia, el Gobierno Nacional ha realizado avances considerables en materia de gestión de riesgos, manejo de la información, protección al consumidor, gestión de nuevos modelos de negocio y avances tecnológicos, los cuales parecen abonar el camino de una regulación comprensiva, pero no son suficientemente comprensivos. Esto, sin duda, aporta a la discusión, pues permite entender que incluso Colombia, pionero y modelo de la figura en LATAM, no cumple totalmente las expectativas del usuario y tiene aun espacio de crecimiento, lo que significa además una reafirmación de que lo novedoso de los sandbox en la región es ir tomando lo que ocurre en el mercado y sobre ello establecer regulaciones fructíferas y mutuamente beneficiosas.

Estado como a los particulares, pues impulsa el mercado general de manera importante, sin embargo, los sandboxes no son una solución *per se*, sino que más bien deben formar parte de un paquete de políticas que permitan el desarrollo prudencial de FINTECH, por lo que debe adaptarse al modelo de negocio y a los riesgos de este sector, que, en general, son diferentes a los que plantean las instituciones financieras tradicionales<sup>29</sup>

Por ello, cuando se crea un puente sólido entre el Estado y la industria FINTECH a través de centros de innovación regulatoria y entornos de pruebas, ambas partes se vuelven más adaptables en temas de antimonopolio, y sana competencia, pues deben brindar desde el inicio un campo seguro para todo aquel que quiera invertir en proyectos de esta índole y así establecer mecanismos adecuados para futuros procesos regulatorios con un enfoque proactivo, dinámico y sensible a la realidad financiera, social y legal de estas figura. Esto siempre será viable siempre y cuando se tengan límites claros, desde lo jurídico y lo técnico, pues no todo debe entenderse como innovación digna de ser arropada por los beneficios que otorga una regulación como el sandbox, pues un uso indiscriminado de la figura no solo lastimaría a los inversores, sino a las industrias, sus emprendedores e incluso el ente regulador<sup>30</sup>.

## **CONCLUSIONES**

Los sandbox como concepto proporcionan beneficios de diversos tipos, pues fomenta la competencia, la oferta y demanda, aumenta el PIB, reduce el nivel de desempleo y crear un ambiente económico más diverso que se apoya en nichos de mercados reducidos, y no necesariamente en mercados globales, atendiendo a una variedad importante de usuarios. Sin embargo, la regulación en materia tecnológica es un reto mundial desde lo social, financiero y jurídico, pues usualmente el regulador se percibe a sí mismo como el encargado de evitar un crecimiento desmedido que ponga en riesgo a terceros, en vez de como un puente que permita un crecimiento organizado y beneficioso para todos.

Es por ello que particularmente Latinoamérica, a diferencia de países de Asia y Europa, ha tenido una tarea más difícil en la conceptualización e implementación de la figura, pues a la

---

<sup>29</sup> La autora Pertuz, Y (2021) hace un análisis interesante de esa opinión sobre lo establecido en el Decreto 1234 de 2020, pues explica que dentro de las consideraciones del decreto, se indica el impulso de la agenda regulatoria por parte del Gobierno Nacional para promover la transformación y digitalización de la actividad financiera, bursátil y aseguradora, manteniendo la integridad y estabilidad del sector, mientras se conducen los esfuerzos a proteger al consumidor.

<sup>30</sup> El artículo, 'Regulador Sandbox, publicado por la Financial Conduct Authority en noviembre 2015) disponible en <http://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>, explica que uno de los principales riesgos del régimen sandbox es que los clientes de las empresas que participan en él no estarían suficientemente protegido durante la fase de prueba, pues usualmente no están alineados con lo que significa una verdadera innovación, y bajo esa falta de filtros, puede concretarse un riesgo particularmente grave a los usuarios sobre la visión de un producto que pasó pruebas no adaptadas realmente a un modelo específico. En última instancia, el nivel de protección depende en gran medida del grado de flexibilidad que un regulador otorga a los participantes del sandbox y los umbrales que se aplican vigente durante la etapa de prueba. Por ejemplo, una condición para unirse al sandbox debe ser que las empresas se comprometan a compensar cualquier pérdida a los clientes y demostrar que tienen la capacidad de hacer frente a las reclamaciones de los clientes en caso de fallas operacionales, especialmente de aquellas que devengan evitar promover la sana competencia, dar falsas promesas de innovación disruptiva y similares.

mayoría de sus países considerarse paternalistas, ven la regulación como una forma de excesivo control para prevenir y no como una forma de alianza para el desarrollo. Si bien países como México y Colombia han sido pioneros en crear espacios seguros para los inversores y desarrolladores, los inicios estuvieron llenos de la misma incertidumbre por la que atraviesa la normativa venezolana actual: una mera mención de la figura, sin mucho detalle, que en algún momento posterior se ira desarrollando en normas distintas.

Esto, es una verificación de que aun cuando el primer paso siempre es el más importante, la norma sigue quedando retrasada al avance y desarrollo, especialmente en Venezuela donde es público y notorio el desarrollo que ha tenido la tecnología en los último cuatro (04) años, pero especialmente en los últimos dos (02). Es por ello, que es opinión de los autores, que si la figura es una a desarrollar verdaderamente en el país como beneficios a emprendedores y empresas, venga acompañada de una pronta regulación detallada más no invasiva, que permita al sector asegurador convertirse en el chivo expiatorio exitoso de la figura, y permita su réplica en otros espacios de las FINTECH.

Actualmente no hay mayor información sobre lo que podría significar la implementación de un Sandbox Regulatorio en Venezuela, pero pudimos analizar casos de éxito en otros países, los tipos de sandbox que operan en ellos y que alcance podría tener la SUDEASEG con este mecanismo. El ideal sería que el crecimiento del sector FINTECH e INSURTECH, esté acompañado del ente regulador con compromiso hacia la transparencia, innovación y romper las barreras que existen en regulaciones que limitan el crecimiento que puede tener la tecnología.

De hecho, desde una perspectiva meramente social, puede tomarse la regulación de la SUDEASEG como proactiva, dinámica y receptiva pues aunque no regula profundamente la figura, o su impacto jurídico en las empresas reguladas naturales por el ente, o a las nacientes, es particularmente importante su inserción al mercado venezolano, pues en un entorno de crecimiento digital, es de esperar que haya tecnológica disruptiva, con la aparición de nuevos productos y servicios Fintech que pueden no encajar perfectamente en la normativa existente marco. Así, que el regulador entienda desde la concepción de la figura en la su introducción a la norma que estos entornos novedosos funcionan casi como un laboratorio científico, permite crear un nivel de flexibilidad que no existe bajo el esquema regulatorio tradicional y, así, relajar ciertos requisitos regulatorios caso por caso para los propósitos de fomentar la innovación y al mismo tiempo proporcionar las protecciones adecuadas durante la etapa de prueba.

Adicionalmente, es importante tomar en consideración que el éxito de esta figura en otros países ha venido acompañado de la implementación de diversos beneficios, por lo que los autores son promotores de que la figura venga acompañada de regulaciones enfocadas en proporcionar, a las empresas existentes y las a las nuevas (i) beneficios fiscales con enfoque en pagos de impuestos menores o prolongados en el tiempo, (ii) beneficios laborales en materia de contratación, declaraciones de impuestos, contratos prolongados, (iii) mesas de trabajo constantes, (iv) repercusión cero en el fallo de entregar los resultados esperados en los experimentos, (v) laxitud en la entrega de documentación de carácter regulatorio, (vi) facilidad al momento de constituir la empresa mercantilmente, especialmente en requisitos y montos del capital social, (vii) ligereza en la regulación comparado con sus pares en materia de seguros tradicionales.

Todo esto, con la intención de abrir el mercado del sandbox es una industria específica que funcione como modelo de ensayo y error, pero también como pilar jurídico en materia de regulación amigable, protectora pero no invasiva. Por ello, sin duda, debe dar un voto de confianza a la SUDEASEG por incorporar esta figura en el ordenamiento jurídico venezolano, pues frente a otros reguladores presenta un ejemplo de cambio del enfoque regulatorio reactivo y posterior que se ha tenido en Venezuela, y presenta la posibilidad de existencia de esta figura como respuesta a una forma paralela a la regulación tradicional como un intento de adoptar principios de proactividad, regulación dinámica, abierta y preventiva.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Arner, D., Barberis, J., & Buckley, R. (2016). "The evolution of Fintech: a new post-crisis paradigm?" *Georgetown Journal of International Law*. No.47. Estados Unidos.
- Banco Central de Venezuela. Proveedores no bancarios de servicios de pago. 2024. <https://www.bcv.org.ve/sistemas-de-pago/proveedores-servicios-pago>.
- Banco Interamericano de Desarrollo. *IV Informe. Fintech en América Latina y el Caribe*, 2024. <https://publications.iadb.org/es/fintech-en-america-latina-y-el-caribe-un-ecosistema-consolidado-con-potencial-para-aportar-la>
- Banco Interamericano de Desarrollo. *Fintech Regulation in Latin America and Caribbean Map*. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWRiOTdiZDIzMjUzYS00ZWQ4LWE0MmYtMjkyZGJiZTZkMTZiZiIiwidCI6IjlkZmIxYTA1LTVMmWQ0tNDQ5YS04OTYwLTYyYWJjYjQ3OWU3ZCIsmiMiOjF9>
- Carolina Flórez Rey & Diego Silva Silva. *Fintech y sandbox regulatorio: análisis y propuestas de regulación para el Espacio Controlado de Prueba en Colombia*
- Diego Herrera. 2021. *Sandbox regulatorio multi-jurisdiccional para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/sandbox-regulatorio-multi-jurisdiccional-para-america-latina-y-el-caribe>
- Digital Insurances. *Latam Insurtech Journey*. Julio 2024.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 42.151. 21 de Junio de 2021. [http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be\\_alex.cgi?Documento=T028700036166/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=2567&Sesion=100073735](http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700036166/0&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=2567&Sesion=100073735) (último acceso: 11 de Noviembre de 2024).
- Gaceta Extraordinaria Nro. 6.835. 03 de septiembre de 2024. *Normas Prudenciales de la Actividad Aseguradora. Normas que rigen los canales de comercialización y el uso de las tecnologías del mercado financiero (FINTECH) y las tecnologías del mercado de la actividad aseguradora (INSURTECH)*.

- Santiago Cisneros Bejarano. 2024. Alcance del sandbox regulatorio en empresas Fintech en Ecuador. Scope of the Regulatory Sandbox in the Fintech Industry in Ecuador. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/3252>
- Gobierno de Colombia. Decreto 1234 de 2020. Espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142005>
- Gobierno de México. Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018. Última Reforma DOF 24-01-2024.
- Gurrea M., A. R. (2020). Fintech, Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios. Valencia, España.
- Luján, RaylÍ. “Sudeban prohÍbe a entidades bancarias transacciones en cuentas concentradoras de Yummy”. *Bloomberg Línea*. 28 de Septiembre de 2022. <https://www.bloomberglínea.com/2022/09/28/sudeban-prohibe-a-entidades-bancarias-venezolanas-la-apertura-de-cuentas-o-transacciones-de-yummy/#:~:text=Sudeban%20proh%C3%ADbe%20a%20entidades%20bancarias%20transacciones%20en%20cuentas%20concentradoras%20de%20>
- Seminario, F. (29 de marzo, 2021). Sandbox regulatorio en LatAm: los entornos de pruebas fintech toman forma. Disponible en <https://iupana.com/2021/03/29/sandbox-regulatorio-latam/>. Quito, Ecuador.
- SUDEBAN. Instituciones de tecnología financiera del sector bancario. <https://sudeban.gob.ve/index.php/instituciones-de-tecnologia-financiera-del-sector-bancario/> (último acceso: 2024).
- Urdanivia G., y otros (2020). “El impacto de la Ley Fintech a la Industria de la Tecnología Financiera y el reto de establecer un Gobierno Corporativo”. Boletín Científico de las Ciencias Económico Administrativas del ICEA. Hidalgo, México.
- Christopher Woolard, FCA Executive Director of Strategy and Competition, ‘Innovating for the Future: the Next Phase of Project Innovate’ (speech delivered to the Innovate Finance Global Summit, London, UK, 10 April 2017) Reino Unido, Londres.
- Financial Conduct Authority, (2015) Regulatory sandbox, revista independiente. Reino Unido, Londres.

# ***Patentes esenciales estándar (SEPs): Introducción y cuestiones pendientes***

**Rubén Calderón\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 325-336

**Resumen:** El presente trabajo realiza un abordaje introductorio a las Patentes esenciales estándar (SEPs), tratando su origen, funcionamiento y las interrogantes vigentes en torno a su utilidad y práctica en las transacciones tecnológicas y la estandarización, con el objetivo de aportar un estudio exploratorio al estado actual de la cuestión. Para ello analiza el funcionamiento de las SSO e identifica los problemas que surgen durante la determinación de las normas técnicas, la negociación de licencias y el cálculo de regalías.

**Palabras clave:** Patentes, FRAND, Estandarización.

***Standard essential patents (SEPs): introductory study and pending matters***

**Abstract:** *This paper makes an introductory approach to Standard Essential Patents (SEPs), dealing with their origin, operation and current questions about their usefulness and practice in technological transactions and standardization, with the aim of providing an exploratory study of the current state of the art. To this end, it analyzes the functioning of SSOs and identifies the problems that arise during the determination of technical standards, the negotiation of licenses and the calculation of royalties.*

**Keywords:** *Patents, FRAND, Standardization.*

**Recibido:** 17/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\*Abogado, Universidad Metropolitana (2024) *Summa Cum Laude*; Licenciado en Estudios Liberales, Universidad Metropolitana (2024) *Summa Cum Laude*; Especialista en Propiedad Intelectual, Universidad Monteávila (2024).

---

# ***Patentes esenciales estándar (SEPs): Introducción y cuestiones pendientes***

**Rubén Calderón\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 325-336

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. La estandarización como necesidad tecnológica. 2. Las Patentes Esenciales Estándar. 2.1 Definición y origen. 2.2 Licenciamiento de SEPs y los principios FRAND. 3. Cuestiones pendientes. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

El avance tecnológico visto en el Siglo XXI ha sido un hito sin precedentes. La interconectividad de los sistemas de comunicación, la implementación de nuevos métodos de construcción y nuevos descubrimientos médicos han estado en boga en los últimos veinticinco años. En este proceso, dos constantes han estado presentes: el sistema de patentes y la estandarización.

En esencia, estas dos áreas son incompatibles, por cuanto la normativización exige que los productos o procesos desarrollados cumplan estándares específicos, las patentes dan a su titularidad la exclusividad sobre inventos que pueden ser necesarios para el funcionamiento de la norma técnica. Debido a esto, desde inicios de los años 2000 se formalizó la figura de las patentes esenciales estándar (SEPs).

Estas patentes, sin las cuales no puede implementarse el estándar normativo, son de especial importancia para los organismos de normativización, órganos gubernamentales, organizaciones internacionales y, sobre todo, para titulares de patentes y practicantes de tecnología. En suma, las SEPs están rodeadas de implicaciones de política pública, lobby internacional y prácticas comerciales, en las cuales los intereses contrapuestos de todos los participantes deben ser balanceados en pro de los consumidores.

La complejidad de este asunto deviene de todas las consideraciones y fases en las cuales la definición de una patente como esencial puede desembocar en conflictos que involucran negociaciones de mala fe en el seno de los SSO o prácticas desleales en la negociación de licencias. Por ello, este trabajo hace una aproximación exploratoria a la figura de las SEPs, su importancia en las transacciones de tecnología y los problemas más relevantes en la actualidad.

---

\*Abogado, Universidad Metropolitana (2024) *Summa Cum Laude*; Licenciado en Estudios Liberales, Universidad Metropolitana (2024) *Summa Cum Laude*; Especialista en Propiedad Intelectual, Universidad Monteávila (2024).

## **1. La estandarización como necesidad tecnológica**

La rápida evolución de la tecnología ha impulsado desde la revolución industrial la búsqueda de requisitos mínimos para los productos de una determinada industria. El propósito de esta dinámica es la definición de estándares esenciales que impulsen a los diversos actores del mercado a cumplir con las expectativas mínimas de calidad y funcionalidad.

Para ello, han sido constituidos a nivel nacional, regional e internacional organismos denominados organizaciones de normalización o organizaciones de establecimiento de estándares (“SSOs” por sus siglas en inglés). Los orígenes de estos grupos pueden ubicarse en el año 1901 con la formación del Comité de Normalización de Ingeniería (*Engineering Standard Committee*) en Inglaterra.<sup>1</sup>

No obstante, para comprender el rol de estos organismos, debe entenderse qué es una norma o estándar. La Organización Internacional de Normalización (“ISO” por sus siglas en inglés” define:

Una norma es un documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que proporciona para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, encaminadas a la consecución del grado óptimo de orden en un contexto determinado.<sup>2</sup>

En ese sentido, el establecimiento de normas técnicas se ha convertido en una parte esencial en el proceso de desarrollo tecnológico en diversas industrias, como la construcción, el manejo de alimentos y la computación. Además de garantizar que los productos o procesos llevados a cabo por la compañía alcanzan las expectativas mínimas esperadas por los consumidores, también permiten sistematizar la identificación de la tecnología en cuestión.

Los ejemplos más claros de ello se encuentran en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación. LTE, 3G, 4G, 5G, Wi-Fi, Bluetooth son denominaciones fácilmente identificables por los consumidores. No obstante, para que un productor del área de telecomunicaciones pueda identificar sus dispositivos como compatibles con cualquiera de las denominaciones antes nombradas, su producto final debe cumplir a cabalidad con todas las especificaciones de la norma técnica. A modo ilustrativo, la normalización de la tecnología Wi-Fi fue definida por el Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos en la familia de normas 802.11, las cuales establecen mínimos de banda, frecuencia y otras especificaciones de seguridad.

Aquellos productos que incumplan los requisitos normativos carecen de las cualidades para identificarse como compatibles con la tecnología estandarizada, lo cual puede resultar en que no sean aptos para ingresar al mercado. Los esfuerzos globales de estandarización cristalizaron este principio en el Tratado de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) de 1995 sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (“TBT” por sus siglas en inglés).

---

<sup>1</sup> Wang Ping, «A Brief History of Standards and Standardization Organizations: A Chinese Perspective» *East-West Center Working Paper: Economic Series* 117 (2011): 13 <https://www.eastwestcenter.org/publications/brief-history-standards-and-standardization-organizations-chinese-perspective>

<sup>2</sup> «Review questions: Answer Key», International Standards Organization, acceso el 17 de noviembre de 2024 [https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/6\\_review\\_questions.html#:~:text=A%20standard%20is%20a%20document,order%20in%20a%20given%20context.](https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/6_review_questions.html#:~:text=A%20standard%20is%20a%20document,order%20in%20a%20given%20context.)

La OMC reconoce en este tratado que la normalización es simultáneamente un beneficio como un riesgo para el comercio internacional.<sup>3</sup> En principio, la estandarización facilita la protección del consumidor y favorece la aplicación de políticas públicas vinculadas a seguridad alimentaria o ambiental. Sin embargo, la capacidad de cada nación para definir localmente estándares resulta en que medidas proteccionistas o excesivas limiten las oportunidades de importación, dificultando el comercio internacional.

El texto del TBT incorpora en su Artículo 2.1 el trato de la nación más favorecida como principio general a la adopción de reglamentos técnicos nacionales emanados del gobierno central, impidiendo así un trato discriminatorio. Asimismo, el Artículo 2.4 promueve el principio de armonización con estándares internacionales y el requisito de legitimidad a cualquier restricción o norma adicional impuesta por el organismo de normalización:

Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.<sup>4</sup>

Los principios dispuestos en el TBT llevan a concluir que la normalización a nivel internacional, regional y nacional sea por organismos gubernamentales o no-gubernamentales es un acto de ponderación. Tal balance debe equiparar las consideraciones técnicas que afectan el mercado y el entorno, como puede ser la inducción al error de los consumidores, con la creación de barreras de acceso al comercio tanto nacional como internacional.

En ese sentido, deben balancearse igualmente las implicaciones de la estandarización en la propiedad intelectual. No es coincidencia que tanto el TBT como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”) sean administrados por la OMC. Así como la estandarización es un asunto comercial, también lo es la propiedad intelectual. Ello ha resultado en diversos temas vinculados a la propiedad industrial, es decir, las marcas y patentes. Muestra de ello es la creación de signos distintivos no tradicionales como las marcas de certificación y el asunto que ocupa el presente estudio, las patentes esenciales estándar.

## ***2. Las patentes esenciales estándar***

Las patentes son derechos de propiedad industrial conferidos a los inventores que hayan creado productos o procesos en cualquier área técnica que cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicabilidad industrial. Conforme al Artículo 28 del ADPIC, los titulares de

---

<sup>3</sup>«Standards and safety», World Trade Organization, acceso el 17 de noviembre de 2024 [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/agrm4\\_e.htm#TRS](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm4_e.htm#TRS)

<sup>4</sup> Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos Al Comercio (Tratado de la OMC, 1995) [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf)

patentes tienen el derecho exclusivo a fabricar, usar, ofrecer para la venta, vender o importar los productos o productos resultantes del proceso patentado.<sup>5</sup>

Para la adquisición de estos derechos de exclusiva que otorgan al titular el monopolio de uso y explotación del invento por al menos veinte (20) años<sup>6</sup>, el inventor debe dar a cambio la información suficiente de su invención al público. Esto se realiza mediante la preparación de un documento técnico, denominado memoria descriptiva o especificación, que divulga el funcionamiento, práctica y ejecución de la invención.

Sin embargo, la exclusividad no es conferida a toda la información descrita. En cambio, los derechos del titular recaen sobre aquellas características y limitaciones listadas en las reivindicaciones de la patente. Así las cosas, el titular de la patente es propietario del concepto inventivo reivindicado, y las reivindicaciones son los linderos de su propiedad.

Véase la siguiente reivindicación: “Un bolígrafo con una punta de marcado esférico, sustancialmente como se describe.”<sup>7</sup> Esta es la patente de John J. Loud de 1888 para el primer bolígrafo esférico, que es en la actualidad el más común del mercado. Con su invento, Loud solucionó el problema de las plumas de fuente que requerían un suministro separado de tinta.

La reivindicación de Loud significa que, de estar vigente su derecho, podría impedir que cualquier competidor o tercero no autorizado usará, fabricará o vendiera bolígrafos que tengan una punta de marcado esférico. En esencia, este inventor tendría control total sobre competidores como BIC, Pelikan o Kores, cuyos productos cruzan los linderos de la propiedad de Loud.

Al tratarse la estandarización de tecnología, resulta lógico que existan tensiones entre los derechos de propiedad intelectual y el cumplimiento de estándares. ¿Qué pueden hacer los competidores cuando la tecnología necesaria para cumplir la norma está patentada? ¿Cómo pueden balancearse los derechos del titular de patente con los intereses del mercado? La respuesta a estas interrogantes se ubica en las patentes esenciales estándar.

## ***2.1 Definición y origen***

La problemática de la encrucijada entre los derechos de patente y la estandarización ha sido de amplio interés de las organizaciones de normalización y de entes gubernamentales desde el inicio del milenio. Entre ellos, en 2007 el Instituto Nacional de Normalización Americano (“ANSI” por sus siglas en inglés) publicó lineamientos sobre la aplicación de su política de propiedad intelectual, en los cuales indicó que: “La experiencia indica que la divulgación temprana de

---

<sup>5</sup> Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakesh, 1994) [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf)

<sup>6</sup> Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakesh, 1994) [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf)

<sup>7</sup> John L. Loud US Patent US392046A (1888) Google Patents <https://patents.google.com/patent/US392046A/en?q=US392%2c046>

patentes esenciales o de reivindicaciones de patentes esenciales puede aumentar la eficacia del proceso de finalización y aprobación de normas.”<sup>8</sup>

Desde entonces, diversas entidades como ISO, la Comisión Europea y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”) han emitido recomendaciones, políticas y planes de trabajo para abordar las diversas problemáticas en torno a las patentes esenciales. Esto ocurre porque la necesidad de cumplir con la normativa técnica mediante el uso de tecnología patentada involucra consideraciones de diversas áreas, como derecho regulatorio, derecho de la competencia o competencia desleal.

Por ello, definir qué es una patente esencial requiere describir el proceso de definición de estándares. Si bien cada organismo sigue procedimientos propios en su deliberación y emisión de documentos técnicos, en los cuales participan diferentes *stakeholders* como ingenieros o titulares de patentes, sus fases esenciales son uniformes:

1. Identificación del área técnica o proceso a normativizar;
2. Proceso de documentación;
3. Discusión del estándar y proposición de normas;
4. Redacción de la norma;
5. Votación y consenso;
6. Emisión y publicación de la norma

En las fases de documentación y discusión, tal como indican los lineamientos ANSI, los participantes en el proceso o terceros interesados tienen la potestad de divulgar o analizar la inclusión de tecnología patentada en el estándar. Esto requeriría que para el cumplimiento de la norma se haga uso de la patente.

Todas aquellas patentes cuya tecnología sea incorporada en la norma técnica se convierte en una patente esencial. En suma, la OMPI define: “Las PEN (patentes esenciales para cumplir las normas técnicas) son las patentes que protegen las invenciones necesarias para aplicar una norma técnica.”<sup>9</sup>

## ***2.2 Licenciamiento de SEPs y los principios FRAND***

El hecho que la norma técnica exija la puesta en práctica de una patente vigente resulta en que los competidores deban obligatoriamente celebrar transacciones con el titular de la patente. Esto le otorga una posición dominante que dificultaría el cumplimiento de la norma técnica.

En razón de esto, la regulación de las patentes esenciales se ha convertido en un asunto tanto de política pública como de prácticas comerciales honestas. Para responder a esta necesidad, los

---

<sup>8</sup> American National Standards Institute. Guidelines for Implementation of the ANSI Patent Policy (Revision 2011) [https://www.fmcsa.dot.gov/sites/fmcsa.dot.gov/files/docs/DOCUMENT\\_5--EOBR\\_Subcommittee\\_ANSI\\_Patent\\_Policy\\_from\\_Kraft\\_MCSAC\\_FMCSA.pdf](https://www.fmcsa.dot.gov/sites/fmcsa.dot.gov/files/docs/DOCUMENT_5--EOBR_Subcommittee_ANSI_Patent_Policy_from_Kraft_MCSAC_FMCSA.pdf)

<sup>9</sup> Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Estrategia de la OMPI en relación con las Patentes Esenciales para Cumplir con las Normas Técnicas 2024 – 2026. (2024) 5 <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-rn2024-12-es-wipo-strategy-on-standard-essential-patents-2024-2026.pdf>

SSO han implementado políticas internas de licenciamiento que simplifican la celebración de la transacción al igual que recomendando los términos en los que han de celebrarse.

Véase por ejemplo el *Patent Statement and Licensing Declaration for ITU-T or ITU-R Recommendation | ISO or IEC Deliverable* de 2018, emitido por la ISO. Este documento representa una declaración que el titular de patentes puede emitir durante el proceso de documentación y discusión de un estándar técnico, el la cual puede indicar su voluntad con respecto a las licencias de sus patentes.

En este, el titular indica e identifica las patentes otorgadas o pendientes de concesión posee y que considera esenciales para la implementación de la norma. Igualmente puede indicar que: a. Está dispuesto a otorgar licencias gratuitas a nivel mundial; b. Otorgar licencias onerosas de forma no discriminatoria, justa y en términos razonables (*fair, reasonable and non-discriminatory* o “FRAND”); o c. No está dispuesto a otorgar licencias en los términos a o b.

Debe notarse que, si bien los SSO participan en el establecimiento de lineamientos básicos, la redacción y negociación de las licencias compete exclusivamente a las partes. Por ello:

Las políticas de DPI de la mayoría de los organismos de normalización no obligan a los titulares de DPI esenciales a conceder licencias irrevocables sobre los mismos en condiciones FRAND. Esto equivaldría a la concesión obligatoria de licencias y disuadiría a muchos propietarios de tecnología valiosa de adherirse al organismo de normalización. Pero si un propietario de DPI pretende que su tecnología se incluya en una norma, tiene un incentivo, pero no la obligación, de ofrecer al organismo de normalización la garantía prevista de que concederá licencias en condiciones FRAND, antes de que dicha tecnología se incluya realmente en la norma.<sup>10</sup>

A raíz de esto, debe definirse el alcance de los términos FRAND. Esto comprende que la negociación y disponibilidad de la licencia sea justa (*fair*), razonable (*reasonable*) y no discriminatoria (*non-discriminatory*). El antecedente más relevante se ubica en la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Huawei Technology Co. Ltd v ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH* (C-170/13). Si bien este caso no aportó definiciones concretas a estos términos, estableció requisitos de comportamientos entre las partes que den indicios de la intención de alcanzar una licencia justa.<sup>11</sup> La ausencia de precedentes y las dificultades de unificar los criterios de las cortes nacionales con respecto a la ejecución de licencias FRAND ha resultado en los dos problemas más recurrentes que enfrenta la práctica de las SEPs: el *hold-up* y el *hold-out*.

### **3. Cuestiones pendientes**

La relativa novedad del asunto de las patentes esenciales ha propiciado que diversos asuntos requieran la adopción de soluciones. Estas pueden provenir de decisiones judiciales, regulaciones gubernamentales o regionales e incluso principios de buen gobierno corporativo.

---

<sup>10</sup> Damien Geradin The European Commission Policy Towards The Licensing Of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand? *Journal of Competition Law and Economics*, 9(4), 1125–1145. (2013): 1127 doi:10.1093/joclec/nht036

<sup>11</sup> Fernando Carbajo Cascón. La problemática de las patentes indispensables en estándares técnicos y la eficacia de los compromisos de licencia en términos FRAND. *Revista Electrónica de Direito*, 3. (2016): 39 [https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2\\_657.pdf](https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2_657.pdf)

La primera problemática inicia en la definición del estándar. Durante los procesos de negociación y búsqueda de consenso, existen claros incentivos para que los titulares de patentes incluyan su tecnología patentada dentro de la normativa. Esto resultará teóricamente en el aumento del valor de su patente y en las oportunidades de licenciamiento.

No obstante, este mismo incentivo induce a los titulares de patentes a forzar la inclusión de su patente en la norma técnica, incluso cuando estas puedan no ser verdaderamente esenciales para alcanzar el resultado técnico. Como consecuencia de esto:

Cuando las SEP se hacen valer ante los tribunales, la mayoría de ellas no se infringen. Se trata de un hallazgo sorprendente para un conjunto de patentes que fueron declaradas esenciales para la norma por los participantes en la SSO en el momento en que se adoptó la norma.<sup>12</sup>

Si bien este fenómeno ocurre por diversos factores, como estrategias agresivas de negociación ante la SSO o fórmulas de redacción de reivindicaciones que cubren de forma excesiva la tecnología, lo cierto es que responsabilidad de definir la norma técnica recae en la SSO. Por ello, el funcionamiento interno de estos organismos debe definir medidas propias que impidan que los titulares de patentes incurran en dos prácticas contrarias, pero complementarias: a. El no revelar su posesión de patentes esenciales; y b. El fomentar la inclusión de patentes no esenciales en el estándar.

A pesar de que los procedimientos internos de cada SSO responden a las necesidades de su industria o campo de aplicación, no puede dejarse atrás la recomendación de incorporar mecanismos de revisión periódica de estándares y de incrementar el escrutinio necesario en la definición de tecnología esencial. Por ello la OMPI en plan estratégico 2024-2026 sobre SEPs resalta como primer desafío el establecer controles de esencialidad.<sup>13</sup>

El aumento en la revisión de esencialidad resultaría en una disminución de litigios sobre SEPs, al reducir el número de patentes involucradas. De forma similar, aumentaría los incentivos a grandes saltos tecnológicos, al desincentivar el empleo de estrategias agresivas de negociación de estándares para incorporar tecnología no esencial.<sup>14</sup>

El segundo problema por resolver es la negociación de las licencias. En estas, el problema del *hold-up* y del *hold-out* se hacen presentes. Estos problemas han sido el foco de las políticas europeas, americanas y asiáticas en Japón y China. El fenómeno del *hold-up* es una consecuencia de la no revelación de patentes durante la implementación de la norma técnica. En cambio, el *hold-out* es un resultado adverso de antecedentes judiciales que limitaron los remedios y medidas cautelares a los que puede optar el titular de la SEP.

---

<sup>12</sup> Mark A. Lemley & Timothy Simcoe. How Essential Are Standard-Essential Patents? *Cornell Law Review* (2019): 628-629 <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4791&context=clr>

<sup>13</sup> Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Estrategia de la OMPI en relación con las Patentes Esenciales para Cumplir con las Normas Técnicas 2024 – 2026. (2024) 8

<sup>14</sup> Florian Schuett & Chayanin Wipusanawan. Essentiality Checks for Standard Essential Patents. *TILEC Discussion Paper*, 2023-21 (2024): 30  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4688864](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4688864)

El *hold-up* ocurre cuando el titular de la SEP notifica e inicia acciones contra entidades practicantes de la tecnología estandarizada que su patente está siendo infringida luego de que estas han realizado de buena fe las inversiones necesarias. Esta circunstancia puede ser interpretada como un acto de abuso de posición de dominio.

La guía de negociación de licencias SEP de Japón incorporó una lista de conductas de *hold-out* que pueden ser interpretadas como conductas desleales<sup>15</sup>. Entre estas, el tomar acciones judiciales antes de notificar o iniciar la negociación; no clarificar qué patente está siendo infringida; establecer términos extintivos de tiempo irrazonables o no revelar el contenido del portafolio de patentes. Estas conductas de mala fe reducen la posibilidad de éxito de las acciones del titular de la patente y habilitan al practicante de la tecnología a tomar acciones por medio del derecho de la competencia.

Por otra parte, el *hold-out* es causado por la noción de la infracción eficiente, definida como: Esta práctica implica un cálculo económico de pros y contras realizado por empresas que tienen suficiente músculo económico para litigar en casos de infracción. Supone infringir intencionalmente una patente entendiendo que es más rentable asumir los costes del litigio que pagar puntualmente por una licencia sobre esos derechos. En pocas palabras, si una parte sabe que, en el peor de los casos, tiene que pagar una tarifa FRAND por infringir una SEP -y sabe que una medida cautelar es prácticamente imposible de obtener (por ejemplo, en EE.UU.)- entonces hay pocos incentivos para llegar a un acuerdo pronto, y más incentivos para desgastar al titular de la SEP con el tiempo para obtener una tarifa inferior a la FRAND.<sup>16</sup>

Ambas circunstancias son una muestra de prácticas comerciales ilícitas que aprovechan el funcionamiento y necesidad del sistema de SEPs para afectar indebidamente al titular, al practicante e incluso distorsionar el mercado tecnológico. Tanto Europa como Japón han promovido la implementación de lineamientos prácticos.

No obstante, depende de las compañías involucradas el adherirse a comportamientos honrados, hasta tanto las disparidades judiciales vigentes en la actualidad no logren balancear los incentivos que tienen los practicantes para infringir y los que tienen los titulares a resguardar información durante la negociación de la norma técnica. Sin embargo, vale preguntarse en qué medida este problema es un verdadero fallo de mercado que requiere intervención estatal.

El tercer y último problema vigente en materia de SEPs es la disparidad en los métodos de cálculo de regalías FRAND. Como respuesta a esto, la Comisión Europea ha trabajado desde 2023 una regulación que incorpora un procedimiento de determinación de regalías que compete a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (“EUIPO” por sus siglas en inglés), el cual comprende:

---

<sup>15</sup>Guide To Licensing Negotiations Involving Standard Essential Patents (Japan Patent Office, 2022) <https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/document/rev-seps-tebiki/guide-seps-en.pdf>

<sup>16</sup> David Contreras. The Role Of Colombia In Sep Global Litigation Campaigns. Could Colombia Provide An Optimistic Scenario For Sep Holders Against Unwilling Licensees Or “Efficient Infringers”? *IDEA Law Review*. Special Issue (2024): 23 <https://law.unh.edu/sites/default/files/media/2024-09/2-david-essay.pdf>

El procedimiento de determinación de la FRAND -de una duración máxima de 9 meses- sería obligatorio antes de que un titular o ejecutor de una SEP pueda acudir a los tribunales. Este acuerdo pretende ofrecer a las negociaciones un «puerto seguro» sin la amenaza de litigios o tácticas dilatorias.<sup>17</sup>

La propuesta aún se encuentra en fase de revisión y en el reporte presentado ante el Parlamento Europeo *stakeholders* como Ericsson y Nokia participaron sus preocupaciones, al indicar que la propuesta reduciría significativamente las regalías y aumentaría la incertidumbre, desincentivando la inversión económica en la tecnología. Si bien aciertan estas compañías en sus críticas, la ausencia de un test objetivo sobre el alcance de términos FRAND y la diversidad de cálculos de regalías propicia la misma incertidumbre.

En este panorama, solo resta esperar los futuros desarrollos en las cortes nacionales, los cuales han mostrado claras discrepancias en los métodos de determinación de regalías y en los factores utilizados para estimar el valor de una patente o portafolio de patentes.<sup>18</sup>

## CONCLUSIÓN

La estandarización es una práctica técnica que beneficia al mercado y al desarrollo tecnológico, pues define la barra mínima que productos o procesos han de cumplir para facilitar la identificación de cualidades, la interoperabilidad de sistemas y la protección del consumidor. Sin embargo, el procedimiento de estandarización es tan variado, como complejo, pues su alcance y funcionamiento depende del campo de acción y reglamento interno del SSO.

Las SSO en su deliberación pueden incluir tecnología que no es de dominio público, pues está protegida por una patente vigente. Estas patentes que son denominadas patentes esenciales estándar o SEPs, las cuales tienen cualidades especiales que ameritan una aproximación teórica y práctica propia.

Sin embargo, esta misma cualidad de especialidad ha resultado en diversos debates judiciales y de política pública que no han sido resueltos. Entre estos, la inclusión de patentes no esenciales en la norma técnica por la falta de rigor en la discusión del estándar o los comportamientos desleales de titulares y practicantes de la tecnología.

En este panorama, se requiere el desarrollo y profundización del estudio de las SEPs, con el fin de unificar los criterios divergentes que han adoptado diversos países. Esto amerita atención prioritaria, pues ha sido demostrado que la estandarización reduce las barreras de entrada a los mercados, incluyendo las economías en vías de desarrollo<sup>19</sup>. Sin embargo, la predominancia de las prácticas de abuso de posición de dominio o de infracción eficiente suponen dificultades no

---

<sup>17</sup> Standard Essential Patents Regulation (EU Legislation in Process, 2023) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS\\_BRI\(2023\)754578\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI(2023)754578_EN.pdf)

<sup>18</sup> Fei Deng, Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez. Comparative Analysis of Court-Determined FRAND Royalty Rates. *Antitrust*, 32 (2018): 49-50 [https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/05/Antitrust\\_FRAND\\_Summer18.pdf](https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/05/Antitrust_FRAND_Summer18.pdf)

<sup>19</sup> Ankita Tyagi & Sheetal Chopra. Standard Essential Patents (SEP's) - Issues & Challenges in Developing Economies. *Journal of Intellectual Property Rights*, 22 (2017): 124. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3037327](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3037327)

resueltas en las que todos los *stakeholders* públicos y privados han de contribuir, ya sea mediante regulación, armonización de criterios o el desarrollo de buenas prácticas corporativas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Wang Ping, «A Brief History of Standards and Standardization Organizations: A Chinese Perspective» *East-West Center Working Paper: Economic Series* 117 (2011)  
<https://www.eastwestcenter.org/publications/brief-history-standards-and-standardization-organizations-chinese-perspective>
- «Review questions: Answer Key», International Standards Organization, acceso el 17 de noviembre de 2024  
[https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/6\\_review\\_questions.html#:~:text=A%20standard%20is%20a%20document,order%20in%20a%20given%20context.](https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/6_review_questions.html#:~:text=A%20standard%20is%20a%20document,order%20in%20a%20given%20context.)
- «Standards and safety», World Trade Organization, acceso el 17 de noviembre de 2024  
[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/agrm4\\_e.htm#TRS](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm4_e.htm#TRS)
- Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos Al Comercio (Tratado de la OMC, 1995)  
[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf)
- Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakesh, 1994)  
[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf)
- John L. Loud US Patent US392046A (1888) Google Patents  
<https://patents.google.com/patent/US392046A/en?q=US392%2c046>
- American National Standards Institute. Guidelines for Implementation of the ANSI Patent Policy (Revision 2011)  
[https://www.fmcsa.dot.gov/sites/fmcsa.dot.gov/files/docs/DOCUMENT\\_5--EOBR\\_Subcommittee\\_ANSI\\_Patent\\_Policy\\_from\\_Kraft\\_MCSAC\\_FMCSA.pdf](https://www.fmcsa.dot.gov/sites/fmcsa.dot.gov/files/docs/DOCUMENT_5--EOBR_Subcommittee_ANSI_Patent_Policy_from_Kraft_MCSAC_FMCSA.pdf)
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Estrategia de la OMPI en relación con las Patentes Esenciales para Cumplir con las Normas Técnicas 2024 – 2026. (2024)  
<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-rn2024-12-es-wipo-strategy-on-standard-essential-patents-2024-2026.pdf>
- Damien Geradin The European Commission Policy Towards The Licensing Of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand? *Journal of Competition Law and Economics*, 9(4), 1125–1145. (2013): 1127 doi:10.1093/joclec/nht036
- Fernando Carbajo Cascón. La problemática de las patentes indispensables en estándares técnicos y la eficacia de los compromisos de licencia en términos FRAND. *Revista Electrónica de Direito*, 3. (2016) [https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2\\_657.pdf](https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2_657.pdf)

Mark A. Lemley & Timothy Simcoe. How Essential Are Standard-Essential Patents? *Cornell Law Review* (2019)  
<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4791&context=clr>

Florian Schuett & Chayanin Wipusanawan. Essentiality Checks for Standard Essential Patents. *TILEC Discussion Paper, 2023-21* (2024)  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4688864](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4688864)

Guide To Licensing Negotiations Involving Standard Essential Patents (Japan Patent Office, 2022)  
<https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/document/rev-seps-tebiki/guide-seps-en.pdf>

David Contreras. The Role Of Colombia In Sep Global Litigation Campaigns. Could Colombia Provide An Optimistic Scenario For Sep Holders Against Unwilling Licensees Or “Efficient Infringers”?. *IDEA Law Review. Special Issue* (2024)  
<https://law.unh.edu/sites/default/files/media/2024-09/2-david-essay.pdf>

Standard Essential Patents Regulation (EU Legislation in Process, 2023)  
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS\\_BRI\(2023\)754578\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI(2023)754578_EN.pdf)

Fei Deng, Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez. Comparative Analysis of Court-Determined FRAND Royalty Rates. *Antitrust*, 32 (2018) [https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/05/Antitrust\\_FRAND\\_Summer18.pdf](https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/05/Antitrust_FRAND_Summer18.pdf)

Ankita Tyagi & Sheetal Chopra. Standard Essential Patents (SEP’s) - Issues & Challenges in Developing Economies. *Journal of Intellectual Property Rights*, 22 (2017)  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3037327](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3037327)

# *Factoring a través de los certificados de financiamiento bursátil*

**Jesús Rojas Hernández\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 337-345

**Resumen:** El presente trabajo tiene la finalidad de abordar el uso del *factoring* como herramienta de financiamiento en el contexto venezolano. Este tipo de contratos mercantiles permiten a las empresas ceder sus cuentas por cobrar a terceros para obtener liquidez inmediata. En Venezuela, esta actividad se encuentra principalmente vigilada por la Superintendencia del Sector Bancario, aunque ciertas operaciones con fondos propios se encuentran fuera de su competencia. Desde la Superintendencia Nacional de Valores, se ha edificado a los certificados de financiamiento bursátil como un instrumento que permite realizar *factoring* en el mercado de valores, lo cual representa ventajas en términos de optimización fiscal y financiamiento en moneda extranjera. Por último, se realizan disertaciones sobre los intereses aplicables a los descuentos convencionales empleados en los *factoring* no bancarios.

**Palabras clave:** *Factoring*, certificados de financiamiento bursátil, intereses.

## *Factoring through stock financing certificates*

**Abstract:** *The purpose of this work is to address the use of factoring as a financing tool in the Venezuelan context. This type of commercial contracts allows companies to assign their accounts receivable to third parties to obtain immediate liquidity. In Venezuela, this activity is mainly supervised by the Superintendency of the Banking Sector, although certain operations with own funds are outside its jurisdiction. From the National Securities Superintendency, stock financing certificates have been constructed as an instrument that allows factoring in the securities market, which represents advantages in terms of tax optimization and financing in foreign currency. Finally, dissertations are made on the interests applicable to the discounts used in non-bank factoring.*

**Keywords:** *Factoring, stock financing certificates, interest.*

**Recibido:** 17/11/2024

**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado corporativo en Grupo Cashea VE C.A., egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, egresado del programa de estudios avanzados en arbitraje de la Universidad Monteávila, con diplomado en gobernabilidad, gerencia y gestión pública por la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco de Desarrollo de América Latina.

# *Factoring a través de los certificados de financiamiento bursátil*

Jesús Rojas Hernández\*

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 337-345

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. ¿Qué es el *factoring*? 2. Certificados de financiamiento bursátil. 2.1. Objeto de los certificados de financiamiento bursátil. 2.2. Partes intervinientes en el certificado de financiamiento bursátil. 2.3. Moneda. 2.4. Ventaja fiscal. 3. Tasa de descuento convencional no bancario. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

El *factoring* constituye una herramienta financiera suficientemente empleada en el ámbito comercial para optimizar el flujo de caja de las empresas a través de la cesión de cuentas por cobrar. En Venezuela, este contrato mercantil ha estado vinculado tradicionalmente al sector bancario, pero la evolución ha permitido nuevas formas de financiamiento, como lo son los certificados de financiamiento bursátil. Este instrumento, enmarcado dentro del mercado de otros bienes, proporciona una opción para diversificar las fuentes de financiamiento en el sector comercial, minimizando cargas tributarias asociadas y permitiendo el uso de monedas extranjeras.

En 2023, la Superintendencia Nacional de Valores introdujo una normativa que permite la emisión y negociación de certificados de financiamiento bursátil, una forma innovadora de *factoring* que se enmarca dentro del sector denominado “mercado de otros bienes”. Esta modalidad facilita que las empresas puedan obtener fondos mediante la cesión de derecho de crédito derivados de facturas, órdenes de compra o recibos.

Este trabajo facilitará de primera mano las características, ventajas y desafíos del *factoring* a través de los certificados de financiamiento bursátil en el complejo contexto legal y económico de Venezuela. Además, se explora el impacto de estas nuevas regulaciones en las empresas y cómo pueden contribuir a mejorar liquidez y las dinámicas de financiamiento en el país.

### *1. ¿Qué es el factoring?*

El *factoring* como negocio jurídico dedicado al financiamiento comercial puede ser entendido como “un contrato mediante el cual una empresa (cedente) cede sus cuentas por cobrar a una entidad financiera (factor), a cambio de un pago anticipado por parte de esta última, que se encarga de gestionar la cobranza de dichas cuentas”<sup>1</sup> El origen de este contrato mercantil se encuentra en la práctica colonial que realizaban los comisionistas norteamericanos

---

\* Abogado corporativo en Grupo Cashea VE C.A., egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, egresado del programa de estudios avanzados en arbitraje de la Universidad Monteávila, con diplomado en gobernabilidad, gerencia y gestión pública por la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco de Desarrollo de América Latina.

<sup>1</sup> A. García, *Finanzas para empresarios* (S/D: Ediciones ONG, 2005), p. 35.

y que luego se fue expandiendo en la economía mundial con el crecimiento del capitalismo occidental<sup>2</sup>.

Desde una visión financiera, puede ser considerado un instrumento que facilita a las empresas obtener liquidez inmediata, a través del adelantamiento de *cash and flow*, mediante la cesión de sus cuentas por cobrar a terceros, quienes se hacen cargo de realizar las gestiones de cobranza.

Ahora bien, el *factoring* puede ser clasificado de varias formas, en primer lugar, se puede tener:

- *Factoring* tradicional: donde el factor asume el riesgo crediticio y administrativo del deudor cedido.
- *Factoring* con recurso: donde el riesgo queda en cabeza del cedente.

Por otro lado, se puede contemplar:

- *Factoring* directo: donde el factor realiza el financiamiento a solicitud del acreedor, con la finalidad de que este reciba un adelanto de su flujo de caja y el factor se encargue de la gestión y riesgo de cobranza de las acreencias.
- *Factoring* inverso: donde la participación del factor en la operación de financiamiento es solicitada por el deudor y, en consecuencia, este confirma o asegura al factor que pagará en la fecha de vencimiento, las facturas a ser cedidas por la empresa acreedora.

Luego de ver estas definiciones, se puede notar que la ventaja principal de este contrato mercantil, se encuentra en que las empresas pueden acceder a capital de trabajo de manera rápida y eficiente, optimizando de esta forma su flujo de cada y reduciendo el riesgo de impagos.

Ahora bien, en el caso concreto de Venezuela debemos señalar que esta ha sido una actividad vinculada principalmente a las instituciones financieras del sector bancario, lo cual se puede notar de las regulaciones de la Superintendencia del Sector Bancario en Venezuela (SUDEBAN)<sup>3</sup>, donde se define como factor a “Las instituciones bancarias que adquieran a título oneroso derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio reflejado en facturas emitidas por el cliente” Esto naturalmente pudiera llevar a la conclusión que solo los bancos pueden prestar esta actividad; no obstante, al revisar la legislación especial que regula las actividades del sector bancario, podemos ver que establece que toda persona que carezca de autorización de la SUDEBAN no podrá captar o recibir en forma habitual dinero de terceros y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos, bajo cualquier modalidad contractual, salvo aquellas personas que se dediquen regularmente al otorgamiento de créditos con sus propios fondos<sup>4</sup>.

Situación que permite concluir que aquellas entidades que otorguen financiamiento a través del *factoring* con fondos propios, se encuentran excluidas del ámbito de regulación de la SUDEBAN y, por tanto, no requieren autorización de dicho organismo para operar, debido a que no realizan su actividad con intermediación financiera.

---

<sup>2</sup> A. Morles, *Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles, Derecho Concursal*. T. 4 (Caracas: Abediciones, 2017), p. 65

<sup>3</sup> Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. Resolución No. 045.20, mediante la cual se dictan los “Lineamientos a considerar en el otorgamiento de créditos mediante el instrumento crediticio denominado factoraje o descuento de facturas”, publicada en la Gaceta Oficial No. 42.035 del 23 de diciembre de 2020.

<sup>4</sup> Artículo 7. Decreto N° 1.402 de fecha 13 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014, reimpresso por fallas en los originales en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014.

## 2. *Certificados de financiamiento bursátil*

El 28 de marzo del año 2023 la Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL) dictó un instrumento normativo denominado “Circular Relativa a los Lineamientos del Segmento de negociación denominado “Mercado de otros bienes” en las Bolsas de Valores”<sup>5</sup>, enmarcado dentro de las potestades de dicha superintendencia que le otorga de la Ley del Mercado de Valores, que establece:

Artículo 26. En las bolsas de valores se podrán negociar los valores inscritos en ella y que previamente hayan sido inscritos en el Registro Nacional de Valores. También se podrán negociar bienes distintos de los referidos valores, con la previa autorización de la Superintendencia Nacional de Valores y las normas que al efecto dicte la bolsa de valores respectiva<sup>6</sup>.

Dentro de ese mercado de otros bienes, se encuentran activos bursátiles que no son objeto de oferta pública, caso concreto de los llamados certificados de financiamiento bursátil. Este tipo de bienes fueron recibidos con buenos ojos por parte del sector comercial y de intermediarios bursátiles, a modo de ejemplo vale la pena traer a colación las afirmaciones del entonces presidente de la Bolsa de Valores de Caracas, Gustavo Pulido, quien señaló “Con esto estamos atendiendo el comercio. El comercio es uno de los segmentos de la economía que más ha crecido en Venezuela y evidentemente es uno de los sectores que más necesita financiamiento. La idea del certificado de financiamiento bursátil, que es un financiamiento a otros bienes de la economía, va dirigido al sector comercial”<sup>7</sup> Por su parte, María Alexandra Dao, de Fusión Casa de Bolsa, destacó el perfil de los inversionistas en este mercado, señalando que “no existe un perfil de inversionistas determinado para participar en el segmento de negociación denominado Mercados de Otros Bienes en las Bolsas de Valores, es decir que cualquier persona natural o jurídica que tenga excedente de caja, podrá hacerlo de una forma sencilla, a los fines de optimizar el rendimiento de estos flujos, a través de la casa de bolsa de su preferencia, una vez cumplidas las formalidades respectivas”<sup>8</sup>.

En ese sentido, se hace necesario traer a colación las características principales de los certificados de financiamiento bursátil para su mejor comprensión:

### 2.1. *Objeto de los certificados de financiamiento bursátil*

El objeto de los certificados de financiamiento bursátil lo constituyen los derechos de créditos soportados en facturas, órdenes de compra o recibos que estén vigentes y no tengan un vencimiento mayor a ciento ochenta días (180) días.

### 2.2. *Partes intervinientes en el certificado de financiamiento bursátil*

- El cedente: es la persona que cede sus cuentas por cobrar derivadas de su actividad comercial al financista y recibe con descuento el valor monetario de esas cuentas.

---

<sup>5</sup> Circular Relativa a los Lineamientos del Segmento de negociación denominado “Mercado de otros bienes” en las Bolsas de Valores. No. DSNV/GCI-002. Disponible en [https://www.sunaval.gob.ve/core/eridu/documentos/circular/circular\\_2023/01/00002.pdf](https://www.sunaval.gob.ve/core/eridu/documentos/circular/circular_2023/01/00002.pdf). Posteriormente modificada en Circular DSNV/GCI/No.000014 <https://www.sunaval.gob.ve/wp-content/uploads/2023/08/000014.pdf>

<sup>6</sup> Decreto N° 2.176 de fecha 30 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario de esa misma fecha.

<sup>7</sup> «Todo lo que debe saber sobre el nuevo Mercado de Otros Bienes en las bolsas de valores», Banca y negocios, <https://www.bancaynegocios.com/expertos-todo-lo-que-debe-saber-sobre-el-nuevo-mercado-de-otros-bienes-en-las-bolsas-de-valores/>, acceso el 16 de noviembre de 2024.

<sup>8</sup> Ídem.

- El financista: es la persona que adquiere las cuentas por cobrar del cedente y entrega a descuento el contravalor monetario de esas cuentas por cobrar al cedente.
- El deudor cedido: es la persona que se obliga a pagar al financista el monto correspondiente a las obligaciones adquiridas con el cedente al vencimiento del certificado de financiamiento bursátil.

### **2.3. Moneda**

La circular permite que los certificados de financiamiento bursátil puedan ser emitidos en Bolívares o en divisas, circunstancia muy favorecedora para el sector comercial, debido a que pueden obtener financiamiento a través del mercado de otros bienes en moneda extranjera.

### **2.4. Ventaja fiscal**

Es un hecho conocido que en los últimos años ha aumentado la carga fiscal sobre todos los contribuyentes en Venezuela, razón que motiva a los empresarios a asesorarse al momento de realizar cualquier actividad comercial que pueda tener impacto fiscal dentro de su operatividad. En ese sentido, se debe recordar que en Venezuela se mantiene vigente la Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras, la cual establece como contribuyentes de esta expropiación a:

Las personas naturales, jurídicas y las entidades económicas sin personalidad jurídica, por los pagos realizados en moneda distinta a la de curso legal en el país, o en criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos por la República Bolivariana de Venezuela, dentro del sistema bancario nacional, sin intermediación de corresponsal bancario extranjero, de conformidad con las políticas, autorizaciones excepcionales y parámetros establecidos por el Banco Central de Venezuela<sup>9</sup>.

Ahora bien, se encuentra exento de este impuesto:

...Los débitos que generen la compra, venta y transferencia de la custodia en títulos valores emitidos o avalados por la República o el Banco Central de Venezuela, así como los débitos o retiros relacionados con la liquidación del capital o intereses de los mismos y los títulos negociados en la bolsa agrícola y la bolsa de valores.

Dicha exención a su vez fue complementada por un decreto de exoneración del ejecutivo nacional<sup>10</sup>, que excluyó del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras los débitos que generen la compra, venta y transferencia de la custodia en títulos valores emitidos o avalados por la República o el Banco Central de Venezuela, así como los débitos o retiros relacionados con la liquidación del capital o intereses de los mismos y los títulos negociados a través de las bolsas de valores y bolsa agrícola, realizados en moneda distinta a la de curso legal en el país o en criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos por la República Bolivariana de Venezuela.

Todas estas consideraciones son importantes, debido a que si se hiciera *factoring* sin certificado de financiamiento bursátil, tendríamos los siguientes escenarios:

#### **i. Entre el cedente y el deudor cedido:**

- En el supuesto en que la factura esté reflejada en moneda extranjera y el cedente haya sido calificado como contribuyente especial, deberá emitir factura señalando la alícuota

---

<sup>9</sup> Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.687 Extraordinario de fecha 25 de febrero de 2022.

<sup>10</sup> Gaceta Oficial 42.575 de fecha 23 de febrero de 2023, Decreto N° 4.784.

y monto del impuesto a las grandes transacciones financieras a los efectos de la percepción del tributo.

- En el caso de que la factura esté emitida en bolívares, no existe la obligación señalada en el punto anterior y el impuesto a las grandes transacciones financieras se producirá por el 2% en cabeza del pagador de haber sido calificado sujeto pasivo especial.

**ii. Entre el factor y el cedente:**

- Si el factor es sujeto pasivo especial se generará impuesto a las grandes transacciones financieras (2%) por el pago en bolívares realizado al cedente.
- En el caso que el pago se realice en moneda extranjera o en criptomoneda y el cedente sea sujeto pasivo especial, se generará el impuesto a las grandes transacciones financieras por el 3% y el cedente deberá realizar la percepción.

**iii. Entre el factor y el deudor cedido:**

- El pago en bolívares de la factura al factor por el deudor generará el impuesto a las grandes transacciones financieras (2%), si el “deudor” es sujeto pasivo especial.
- Si el factor llega a ser designado sujeto pasivo especial y el pago es en moneda extranjera o criptomoneda, deberá percibir el 3% por el pago recibido.

De esta forma se puede afirmar que el *factoring* mediante los certificados de financiamiento bursátil representan una alternativa viable para las empresas que buscan obtener financiamiento en el contexto económico venezolano, con la menor carga tributaria posible. A medida que se desarrolle este mercado, podría ofrecer soluciones efectivas para mejorar la liquidez y las dinámicas de financiamiento en el país.

### **3. Tasa de descuento convencional no bancario.**

Para hablar de las tasas de descuento aplicables a las operaciones de *factoring* no bancarias, debemos hacer mención a las regulaciones generales aplicables a las tasas de interés de operaciones realizadas fuera de la banca. En consecuencia, debemos mencionar el artículo 1746 del Código Civil venezolano, que establece:

El interés es legal o convencional. El interés es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual<sup>11</sup>.

De esta disposición se desprende la existencia de un interés legal y el límite al establecimiento del interés convencional. Ahora bien, el Código de Comercio venezolano también tiene una disposición sobre este particular en el artículo 529 que consagra:

El préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Debe hacerse por escrito la estipulación de un interés distinto del corriente en la plaza, y la que exonere de intereses al deudor. Si la deuda consistiere en especies no amonedadas, se estimará para el cálculo de intereses, por su valor en el tiempo y lugar en que se contrajo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Código Civil de Venezuela, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

<sup>12</sup> Código de Comercio de Venezuela, Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

De esta forma podemos ver metodologías distintas para el establecimiento de intereses convencionales, por un lado, tenemos que para préstamos civiles la frontera se encuentra en no exceder en una mitad al interés corriente al momento de la conclusión o perfeccionamiento del acuerdo; mientras que en materia mercantil, no existe tal límite a la voluntad de las partes. Lo que pudiera llevar a pensar que existe un vacío en la norma que debe ser complementada por la disposición del Código Civil; no obstante, se considera que esta no es una posición acorde a la interpretación que debe dársele al Código de Comercio, ya que si el legislador mercantil hubiera querido establecer un límite al interés convencional lo hubiera establecido y deliberadamente decidió no hacerlo, de tal forma que no existe tal ausencia de regulación.

Esta posición que se sostiene se encuentra respaldada por Leopoldo Borjas<sup>13</sup>, quien explica “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 por Melich-Orsini, quien entiende que la regla del artículo 1.746 del Código Civil se aplica sólo al préstamo civil<sup>14</sup>.

Ahora bien, esto no debe llevar a pensar que la tasa de interés convencional no bancario en materia mercantil no tiene ningún tipo de límites, ya que su límite se encuentra en las normas de usura, las cuales se encuentran en la Ley de Precios Justos y que establecen:

Artículo 58. Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de cinco (05) a ocho (8) años.

(Omissis)

Artículo 59. Quien en las operaciones de venta a crédito de bienes, o servicios de financiamiento para tales operaciones, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos, cualquier cantidad por encima de los máximos que sean fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional, incurrirá en delito de usura, y será sancionado con pena de prisión de cinco (05) a ocho (08) años<sup>15</sup>.

Con base a estas disposiciones se puede concluir que el límite a la tasa de descuento no bancarizado en materia mercantil, se encuentra en que no debe implicar una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que se realiza; asimismo, encuentra su límite en las directrices que fije el Banco Central de Venezuela; no obstante, esto no quiere decir que las limitaciones consagradas para los bancos deban aplicarse a las operaciones realizadas por personas que no pertenecen al sector bancario, lo que quiere decir es que si el Banco Central de Venezuela fija alguna limitación a las tasas de descuento no bancarias en materia mercantil, las mismas deben ser respetadas.

## CONCLUSIÓN

El factoring, complementado con los certificados de financiamiento bursátil, se consolida como una solución viable para las empresas venezolanas en búsqueda de financiamiento eficiente y flexible. Al ofrecer ventajas fiscales significativas y la posibilidad de operar en

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> José Melich Orsini, Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales, 190, 191

<sup>15</sup> Decreto N° 2.092 de fecha 8 de noviembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 6.202 Extraordinario de fecha 8 de noviembre de 2015, reimpresso en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.

moneda extranjera, este mecanismo contribuye a mejorar la liquidez y la competitividad del sector comercial. No obstante, su implementación requiere un marco regulatorio claro, especialmente en lo relacionado con las tasas de interés y las disposiciones sobre usura. La expansión de este mercado puede ser un motor para dinamizar las finanzas corporativas en Venezuela, siempre que se mantenga una supervisión adecuada que equilibre los intereses de todas las partes involucradas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Borjas, Leopoldo. Régimen Legal de los Intereses. En *Revista Venezolana de Derecho Público* No. 6. Editorial Jurídica Venezolana, abril, junio 1981, Caracas. Y *Régimen Legal de los Intereses, en Los Intereses y la Usura*, Estudios Jurídicos.

Circular Relativa a los Lineamientos del Segmento de negociación denominado “Mercado de otros bienes” en las Bolsas de Valores. No. DSNV/GCI-002. Disponible en [https://www.sunaval.gob.ve/core/eridu/documentos/circular/circular\\_2023/01/00002.pdf](https://www.sunaval.gob.ve/core/eridu/documentos/circular/circular_2023/01/00002.pdf). Posteriormente modificada en Circular DSNV/GCI/No.000014 <https://www.sunaval.gob.ve/wp-content/uploads/2023/08/000014.pdf>

Código Civil de Venezuela, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

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

Decreto N° 2.092 de fecha 8 de noviembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 6.202 Extraordinario de fecha 8 de noviembre de 2015, reimpresso en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.

Decreto N° 4.784. Gaceta Oficial 42.575 de fecha 23 de febrero de 2023.

Decreto N° 2.176 de fecha 30 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario de esa misma fecha.

Decreto N° 1.402 de fecha 13 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014, reimpresso por fallas en los originales en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014.

García, A. *Finanzas para empresarios*. S/D: Ediciones ONG, 2005. p. 35.

Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.687 Extraordinario de fecha 25 de febrero de 2022.

Melich Orsini, José. *Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre usura en materia de intereses convencionales*.

Morles, A. *Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles*. Derecho Concursal. T. 4. Caracas: Abediciones, 2017. p. 65.

Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. Resolución No. 045.20, mediante la cual se dictan los “Lineamientos a considerar en el otorgamiento de créditos mediante el instrumento crediticio denominado factoraje o descuento de facturas”, publicada en la Gaceta Oficial No. 42.035 del 23 de diciembre de 2020.

## ***Derecho Concursal Venezolano: Una mirada desde la actualidad***

**Kimberly K. González Rojas\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 346-366

**Resumen:** El derecho concursal representa la respuesta del ordenamiento jurídico ante las crisis patrimoniales del deudor que afectan los intereses de terceros. A través de sus normas, se pretende alcanzar soluciones ante los problemas de liquidez o insolvencia que atraviese el comerciante. Históricamente, el derecho concursal había cumplido una función eminentemente liquidadora. No obstante, las nuevas tendencias en la materia, se orientan hacia el principio de conservación de la empresa viable, dada su importancia para la generación de empleo, la producción de bienes y servicios y su rol como actor fundamental en el escenario económico. Esta investigación, pretende desplazarse brevemente en el caleidoscopio de propuestas para una reforma que optimice nuestros procedimientos concursales en sintonía con la realidad actual.

**Palabras clave:** Derecho concursal venezolano; crisis patrimonial; reforma concursal.

### ***Venezuelan Bankruptcy Law: A look from today***

**Abstract:** Bankruptcy law represents the response of the legal system to the debtor's asset crises that affect the interests of third parties. Through its rules, it is intended to achieve solutions to liquidity or insolvency problems that the merchant is going through. Historically, bankruptcy law had fulfilled an eminently liquidating function. However, new trends in the matter are oriented towards the principle of preserving the viable company, given its importance for the generation of employment, the production of goods and services and its role as a fundamental actor in the economic scenario. This research aims to briefly navigate the kaleidoscope of proposals for a reform that optimizes our bankruptcy procedures in tune with the current reality.

**Keywords:** Venezuelan bankruptcy law; asset crisis; bankruptcy reform.

**Recibido:** 17/11/2024  
**Aprobado:** 30/11/2024

---

\* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

# ***Derecho Concursal Venezolano: Una mirada desde la actualidad***

**Kimberly K. González Rojas\***  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 346-366

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Síntesis sobre el alcance y naturaleza de los Procedimientos Concursales Venezolanos 2. Nuevas tendencias del Derecho Concursal y su importancia para la economía. 2.1. La Guía sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI 2.2. La Ley Modelo CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. 3. Aportes para la optimización del derecho concursal venezolano. 3.1 La prevención de la crisis patrimonial. 3.2 Procedimientos de reorganización y liquidación y eliminación de la carga infamante. 3.3 Celebración de convenio como prioridad. 3.4 Conservación de la empresa viable. 3.5 Transparencia, celeridad y baja onerosidad. 3.6 Incorporación de nuevas tecnologías. 3.7 Incorporación de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 3.8 Actuación de jueces y síndicos. 3.9 Armonización transfronteriza. CONCLUSIONES.**

## **INTRODUCCIÓN**

El derecho concursal venezolano se encuentra regulado por el Código de Comercio, cuya última reforma importante en la materia, data de 1919. De esta manera, contamos con los procedimientos concursales de Atraso y Quiebra, el primero dirigido a proteger al comerciante de buena fe que desea proceder a la liquidación amigable de sus negocios y el segundo, con una finalidad directamente enfocada a la satisfacción económica de los acreedores con los bienes que hayan subsistido al fracaso económico de su deudor común, para lo cual se priva al comerciante de la administración de su patrimonio para que sea ejercida por la masa de acreedores, representada por el Síndico, bajo la suprema vigilancia del Tribunal; con un carácter infamante y aparejado además de una serie de consecuencias personales y patrimoniales para el comerciante fallido.

Dada la antigüedad de nuestra normativa concursal, obedece claramente a la tendencia que respondía a la función liquidatoria de este tipo de procedimientos; en virtud de la cual se perseguía ejecutar de forma voluntaria o contenciosa los bienes del deudor en atención a los principios del patrimonio como prenda común de los acreedores y el respeto a la *par condicio creditorum*.

No obstante, el derecho concursal evoluciona conjuntamente con la economía de los diferentes países y lo que antes se conocía como un derecho dirigido a atender las consecuencias del fracaso de la actividad del comerciante, hoy en día ha adquirido un carácter modernizado bajo la óptica del principio de conservación de la empresa viable, tomando el camino de la prevención

---

\* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

y la solución temprana de las crisis patrimoniales de liquidez o insolvencia que pudiera experimentar el comerciante.

Recientemente, las tendencias concursales se han orientado hacia la protección de las empresas, la salvaguarda y el respeto de la responsabilidad por las obligaciones contraídas, junto a la preservación del empleo. Por tales motivos, en esta investigación se pretende analizar el tratamiento jurídico que reciben los procedimientos concursales en la actualidad, a fin de establecer puntos de contacto y posibles sugerencias para mejorar nuestra normativa concursal con base a estas novedosas consideraciones.

### ***1. Síntesis sobre el alcance y naturaleza de los Procedimientos Concuriales Venezolanos***

La regulación de los procedimientos concursales en Venezuela data de los antiguos Códigos de Comercio de 1862 y 1873, con una marcada inspiración en las legislaciones europeas. Es en 1904 cuando se introdujo la figura del atraso, tomado en su mayoría de la moratoria italiana y se regula la modalidad de la quiebra por los acreedores. Sin embargo, aunque pareciera excesivamente lejano, desde la reforma realizada en 1919 no han existido modificaciones contundentes en esta materia.<sup>1</sup>

En Venezuela, la atención del legislador se ha centrado en las figuras de la suspensión o cesación de pagos como indicativo de la existencia de una crisis patrimonial que se traduce en un incumplimiento material o potencial de las obligaciones contraídas por el comerciante. Por lo tanto, las normas concursales tanto sustantivas como adjetivas atienden a aportar mecanismos de protección al comerciante de buena fe que atraviesa una crisis patrimonial reversible, producto de la falta de liquidez temporal; y en el caso de crisis de insolvencia irreversibles, otorgar la debida protección a los acreedores, procurando la mayor satisfacción posible de las acreencias exigidas.

De esta manera, nuestro derecho concursal se circunscribe actualmente a dos tipos de procedimientos: el Atraso y la Quiebra. El primero de ellos, contemplado en los artículos 898 y siguientes del Código de Comercio vigente<sup>2</sup>, se encuentra dirigido al comerciante de buena fe cuyo activo exceda positivamente del pasivo y que por falta de liquidez, debido a sucesos imprevistos o causas excusables ha suspendido el pago de sus obligaciones, por lo que podrá dirigirse al Tribunal de Comercio para proceder a la liquidación amigable de sus negocios en un plazo que no exceda de doce (12) meses, prorrogables por plazos iguales, previa solicitud y cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador.

El procedimiento de atraso, al ser de jurisdicción voluntaria, solamente puede ser activado por la solicitud del deudor, previo cumplimiento de los requisitos de admisibilidad tanto de fondo como de forma consagrados en los artículos 898 y 899 del Código de Comercio. Su finalidad tiende a proteger al comerciante de buena fe y en principio, a evitar la quiebra, a través de la liquidación

---

<sup>1</sup> *Vid.* Pisani Ricci, María Auxiliadora. La Quiebra. Derecho Venezolano. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2009. P. 5

<sup>2</sup> Código de Comercio. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N°475, de fecha 21 de diciembre de 1955.

amigable de sus negocios bajo la vigilancia del Tribunal y los acreedores, consagrando para el Síndico como auxiliar de justicia un papel limitado, dadas las características propias de esta figura concursal, en la que se garantiza el contradictorio de todas las partes, quienes podrán hacer valer sus observaciones dentro del proceso.

De esta manera, al emitirse el pronunciamiento del Tribunal sobre la admisibilidad de la solicitud, se dictarán las medidas de vigilancia necesarias y se nombrarán un síndico y una comisión integrada por tres de los principales acreedores residentes de los que figuren en el balance del solicitante, convocándolos por prensa a una reunión que se celebrará al octavo día, e ilustrará al Tribunal sobre la conveniencia o no de la concesión del beneficio.

Posterior a dicha reunión, las partes podrán presentar sus respectivos informes y finalmente, el Tribunal procederá a dictar la sentencia definitiva; donde en caso de declarar procedente el beneficio de atraso, se pronunciará sobre su duración, la obligación del deudor de haber pagado a sus acreedores en dicho plazo o haber celebrado convenio con ellos, las medidas conservatorias que considere y los acreedores que integrarán la comisión de vigilancia sobre la administración y liquidación del patrimonio del deudor. De este fallo, sólo se admitirá apelación en un solo efecto para ante el tribunal superior.

Concedido el beneficio, el comerciante procederá por sí mismo a la liquidación amigable de su patrimonio y en casos excepcionales, puede ser sustituido de la administración de sus negocios por un funcionario auxiliar (el Síndico) encargado de la misma.

Durante el tiempo concedido para la liquidación amigable, se suspenderá toda ejecución contra el deudor y no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, a menos que ella provenga de hechos posteriores a la concesión del beneficio. Sin embargo, esta prohibición no producirá efectos respecto a las acreencias fiscales o municipales por causas tributarias, ni con relación a los derechos de los acreedores privilegiados.

La celebración de un convenio de pago con los acreedores es favorecida siempre que se garanticen los derechos de los disidentes (si los hubiere) y es capaz, en caso de convenio por unanimidad, o previa homologación del tribunal, en caso de convenio por mayoría, de poner fin al procedimiento.

No obstante, si durante la liquidación se descubrieren deudas no declaradas por el deudor, o la falsedad de las acreencias señaladas por él, si no cumplieren las obligaciones que le fueron impuestas respecto a la administración y liquidación de su patrimonio, si apareciere culpable de dolo o mala fe, o se concluyere que su activo no ofrece posibilidades para cubrir ni siquiera dos tercios de sus deudas, el Tribunal, previo análisis de los argumentos de la comisión de acreedores, podrá revocar el beneficio para proceder a declarar la quiebra y dictar las medidas oportunas para seguir el procedimiento de ésta.

En segundo lugar, para los casos donde la crisis patrimonial adquiere un carácter irreversible, o en los que ha sido considerado improcedente la concesión del beneficio de atraso, el legislador patrio consagró a través de la figura de la Quiebra (artículos 914 y siguientes del Código de

Comercio) las normas destinadas a regular las crisis patrimoniales que revelan la absoluta impotencia del patrimonio del deudor para el cumplimiento de sus obligaciones y muestran rasgos que van desde el caso fortuito, la culpa y se agravan hasta el dolo en aquellos supuestos donde exista fraude.

La idea que impregna el instituto de la quiebra responde al planteamiento de que aquél que quiebra menoscaba la buena fe que sus acreedores depositaron en él y parte de una definición negativa, al señalar que el comerciante que sin encontrarse en estado de atraso, cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra.

En este procedimiento, interviene el concurso de todos los acreedores del comerciante para tratar de satisfacer sus acreencias con los bienes que subsistan al naufragio económico del deudor. Para la declaratoria de quiebra, el legislador permite dos modalidades: la manifestación que realice el propio comerciante o la demanda que realicen los acreedores de éste, dotando a la institución de un marcado tinte contencioso.

Asimismo, la quiebra puede ser clasificada en fortuita, culpable o fraudulenta, según responda a hechos no imputables al comerciante, o a su conducta disipada e imprudente, llegando a los casos más graves donde la conducta del comerciante se considera abiertamente dolosa en perjuicio de sus acreedores.

Para la quiebra, el legislador se ha esmerado en categorizar ciertas conductas como presunciones absolutas o relativas que orientan al juzgador para identificar las razones que llevaron al comerciante a una crisis patrimonial de tal envergadura que la han hecho irreversible, lo cual sanciona con un desapoderamiento absoluto de los bienes del deudor, poniendo la responsabilidad de la administración de su masa patrimonial en cabeza de los acreedores, representados por el Síndico, quien adquiere en este procedimiento un rol eminentemente protagónico y actúa bajo la suprema vigilancia del Tribunal.

A su vez, la quiebra tiene en nuestro derecho un carácter infamante y no solamente se dirige a comerciantes en ejercicio, sino que contempla supuestos para el comerciante retirado e inclusive, para el comerciante muerto. No se conforma el legislador con los efectos patrimoniales derivados de esta figura, sino que entrega en manos del juez penal la calificación de la quiebra, que podrá acarrear hasta medidas privativas de libertad para el deudor, al comprobarse su conducta culpable o fraudulenta.

En el procedimiento de quiebra contenciosa, el demandado podrá excepcionarse alegando encontrarse en estado de atraso o recurriendo a los supuestos establecidos por la norma mercantil, donde se garantiza además el respectivo contradictorio permitiendo la probanza de las partes, la presentación de informes o la solicitud de decisiones con asociados según la complejidad del asunto. Pero una vez dictada la sentencia declaratoria de quiebra, solamente se concederá al fallido apelación en un solo efecto, contrario a lo que ocurre si es negada la quiebra, donde se concede a los demandantes apelación en ambos efectos.

No toma en vano el legislador la envergadura de este proceso, pues reviste a la sentencia declaratoria de quiebra de un conjunto de formalidades y efectos que significan la inhabilitación plena del comerciante, lo que se conoce como una *capitis diminutio* absoluta. El procedimiento contempla diversas fases, que van desde la celebración de una Primera Junta General, en la cual los acreedores presentan los documentos justificativos de sus créditos para el examen de su legitimidad, y si la propuesta de los acreedores cuenta con las mayorías exigidas, podrá acordarse la modalidad de Liquidación por los Acreedores, capaz de poner fin al procedimiento.

En caso contrario, la liquidación se hará por los síndicos, designando para ello a quien (es) ejercerán este cargo de manera definitiva y consultando sobre la autorización de éstos para continuar el giro del fallido, sobre la administración conveniente para los bienes de la masa y la concesión de alimentos para el fallido y su familia, pudiendo realizarse oposición a dichas consultas sin que ello impida su ejecución provisional.

Arribado el procedimiento a la Segunda Junta General, se hará en ella la calificación de los créditos, contemplando el término de la distancia para los acreedores que estén fuera de la jurisdicción del Tribunal. Si fuere admitido el crédito, se estampará una nota con las formalidades establecidas en la norma y para los créditos tachados se promoverá la conciliación y si no hubiere acuerdo, se abrirá la causa a pruebas según el procedimiento ordinario mercantil. Se permite apelación de estas decisiones en un solo efecto.

La Tercera Junta General se da en los casos donde la quiebra no aparezca como fraudulenta y en ella se deliberará sobre la celebración de un convenio con los acreedores para el pago de las deudas, sin que en ella puedan votar los acreedores privilegiados, pues se pretende beneficiar a quienes posean créditos quirografarios. La presencia del fallido es importante y podrá celebrarse un convenio por unanimidad o por mayoría, el cual deberá ser homologado por el juez para que surta todos sus efectos. Si hubiere oposición al convenio, el juez deberá decidir una vez transcurrido este lapso y sólo podrá desaprobarse su celebración en los supuestos establecidos por la norma.

En caso de anulación o rescisión del convenio, se reanuda el procedimiento de quiebra, previo llamamiento de los síndicos y renovación de diligencias. Asimismo, en caso de falta de medios líquidos que impida la continuación del proceso, el juez podrá decretar en cualquier estado del juicio, a oficio o a instancia de parte, antes de proceder a la liquidación, el sobreseimiento de la causa hasta tanto se haga constar la existencia de los recursos para su continuación o se consignen dichos fondos, convirtiéndose este aporte en un crédito privilegiado dentro de la masa.

Resalta en ambos procedimientos concursales, su carácter universal y el hecho de que los acreedores son condensados en una masa, donde se agrupan todas las acciones patrimoniales ejercidas contra el deudor, sin que puedan intentarse procedimientos individuales ajenos al conocimiento del Tribunal de la quiebra, sino en los casos específicos que prevé la legislación.

En caso de falta de convenio, se procederá a la liquidación del activo del comerciante según las modalidades previstas en el Código de Comercio de acuerdo al tipo de bien que se trate,

respetando los privilegios y estableciendo la prelación correspondiente para efectuar los pagos y pronunciándose además sobre la excusabilidad del fallido en los casos que proceda.

Una vez cumplido el convenio o completada la liquidación de los bienes, con el debido pago de todas las acreencias, el comerciante podrá solicitar (inclusive de manera póstuma) su rehabilitación, con lo cual cesan para éste todas las interdicciones legales, la prohibición de administrar sus bienes, ejercer el comercio o ciertos cargos expresados en la normativa.

## ***2. Nuevas tendencias del Derecho Concursal y su importancia para la economía***

La importancia de la regulación de los procedimientos concursales deriva del papel vital que representa el crédito para la actividad comercial de cualquier País, donde el incumplimiento de las obligaciones contraídas, debido a hechos imprevistos o por la negligencia, impericia, imprudencia e inclusive el dolo del comerciante, afectaría severamente a la actividad empresarial, la generación de empleos y podría derivar en reacciones en cadena hacia otros comerciantes, lo que puede resultar en crisis patrimoniales de mayor envergadura.

El interés del legislador desde los orígenes del derecho concursal se centró en valores fundamentales como el patrimonio como prenda común de los acreedores, consagrado en el artículo 1.864 del Código Civil Venezolano<sup>3</sup> y la idea de la *par condicio creditorum*, como principio básico de igualdad entre los acreedores, salvo causas legítimas de preferencia. Sin embargo, el crecimiento de la actividad empresarial y el surgimiento de diversas actividades económicas ha extendido la mirada de los legisladores contemporáneos y de los jueces hacia una orientación del derecho concursal dirigida a la preservación de la empresa como ente generador de empleos, más allá de los intereses particulares de los empresarios que la crearon o de los acreedores que válidamente exigen el cumplimiento de sus acreencias.

En efecto, en los últimos años los legisladores de diferentes Estados pertenecientes al sistema de derecho continental, “han acometido sendas reformas de sus normativas de insolvencia con la finalidad de reforzar el convenio como solución conservativa a la crisis de la empresa”.<sup>4</sup> Antiguamente, “los convenios se presentaron como una solución a la insolvencia de carácter negociada y conservativa, pero con una finalidad exclusivamente solutoria”.<sup>5</sup> No obstante, en el Siglo XX se mantienen los tradicionales institutos concursales: la quiebra y los convenios, pero se produce un cambio en la mirada del legislador sobre su funciones, donde dejan de centrarse únicamente en la satisfacción de los acreedores y comienzan a orientarse hacia la conservación de la empresa.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N°2290 Extraordinario de fecha 26 de junio de 1982.

<sup>4</sup> Moreno Buendía, Francisco J. Las funciones del Derecho Concursal: tendencias actuales en el Derecho Comparado. Inciso. 2021. P.1-14.

<sup>5</sup> Moreno Buendía, Francisco J. *Op. Cit.* P. 5.

<sup>6</sup> *Vid.* Moreno Buendía, Francisco J. *Op. Cit.*

Acertadamente indica Moreno<sup>7</sup>:

A partir de la segunda mitad del Siglo XX se comienza a observar un mayor interés de algunos Estados por solucionar la crisis económica de la empresa (Santini, 1982); y ello en la medida en que las empresas ya no se limitan a arriesgar el capital de los socios, sino que implican múltiples intereses en su actividad (inversores, entes que intermedian en la concesión de crédito).

De esta manera, no se trata de soslayar la protección de los créditos y la garantía de su ejecución, sino de compaginar esta salvaguarda con una adecuación de las normativas concursales que permita la conservación de empresas viables, lo cual dependerá de la confrontación entre el valor de liquidación de la empresa y su valor en funcionamiento y debe decidirse analizando el caso concreto.

Por lo tanto, cuando se esté en presencia de una crisis patrimonial de iliquidez temporal, será recomendable tutelar los derechos e intereses de los acreedores como legítimos titulares de derechos de crédito, mientras se emplean mecanismos jurídicos y económicos destinados a conservar la empresa viable, como es el caso del convenio, evitando que el ejercicio desorganizado de las acciones de cobro lesione gravemente a la empresa o a los demás acreedores. En caso contrario, cuando la crisis patrimonial sea irreversible y a su vez, la empresa se revele inviable, lo más indicado será recurrir a la alternativa de liquidación definitiva.

Oportunamente, Morles Hernández<sup>8</sup> indica que los principios generales que actualmente orientan al derecho concursal son:

la protección adecuada del crédito, la conservación de la empresa viable, la amplitud de las soluciones preventivas, los límites de la actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales, la recuperación del deudor de buena fe y la severidad para quien abusó del crédito, la extensión de la responsabilidad, el proceso de verificación de créditos y las causas de postergación, la tutela de la relación laboral y la unidad concursal civil y comercial.

“Actualmente, la función del derecho concursal es eminentemente preventiva”<sup>9</sup> y aunque el origen primitivo del derecho concursal se centró en el comerciante, su evolución lo ha llevado a convertirse en un pilar fundamental dentro de la economía, toda vez que enmarca el ejercicio de la libertad de empresa al proteger a los acreedores, dándole seguridad jurídica a inversionistas nacionales y extranjeros; evitando a su vez que los efectos negativos de las crisis patrimoniales se propaguen, permitiendo la recuperación de las empresas que presenten crisis patrimoniales reversibles y el retiro organizado del mercado de aquellas empresas con crisis de insolvencia irremediables.

Puede hablarse entonces de una función tripartita del derecho concursal moderno: “la protección de la actividad económica organizada (la empresa); la salvaguarda del crédito (sin

---

<sup>7</sup> *Ídem.* P. 6

<sup>8</sup> Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008. P.2639

<sup>9</sup> Sotomonte Mujica, David R. Reflexiones en torno a la situación actual del Derecho Concursal en Colombia. *Actualidad Concursal.* 2020. P.25.

importar su naturaleza, clase o cuantía), y la preservación del empleo.”<sup>10</sup> El bien jurídico tutelado es la economía de los Estados, donde deben implementarse soluciones acertadas para que la aplicación de la normativa concursal sea eficiente y eficaz; por lo que resulta interesante observar el caleidoscopio de alternativas que se manejan actualmente para hacer frente a estas realidades, en comparación con el derecho concursal venezolano.

### **2.1 La Guía Legislativa Sobre El Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI**

La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en lo adelante, CNUDMI<sup>11</sup>, fue concebida en 2004 como un instrumento que delinea las nociones esenciales de un sólido sistema concursal, que brinde la adecuada protección a las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, estableciendo parámetros para la reorganización de la empresa viable en crisis y la liquidación definitiva de aquellas empresas que lo ameriten, aportando un análisis con las diversas soluciones posibles para esta materia.

La reorganización es definida por la Guía sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI<sup>12</sup> como:

el proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de ésta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha.

Según esta Guía Legislativa, todo régimen de insolvencia eficaz y eficiente debe observar, en forma equilibrada, las recomendaciones que en ella se sugieren, para lo cual deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

- a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos: el establecimiento de un régimen de insolvencia adecuado, facilitará la integración del sistema financiero venezolano con los demás sistemas financieros internacionales, para lo cual debe contarse con un sistema capaz de promover la reestructuración de empresas viables y el cierre y liquidación eficiente de los negocios en quiebra, otorgando opciones que faciliten la puesta en marcha de la dinámica de reorganización de las empresas, con una evaluación adecuada del nivel de riesgo que comporte cada uno de los créditos que forme parte del concurso.
- b) Obtener el máximo valor posible de los bienes: esto aumentará la proporción de los créditos que puedan cobrarse y reducirá la carga de la insolvencia, lo cual ha hecho el legislador venezolano, por ejemplo, al permitir la liquidación de los bienes que por sus propias características deban ejecutarse rápidamente o, a través del régimen de nulidades que regula las operaciones realizadas por el deudor durante el período sospechoso y al

---

<sup>10</sup> *Ídem*. P. 25.

<sup>11</sup> Naciones Unidas. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Nueva York: Tomo I. Naciones Unidas, 2006.

<sup>12</sup> *Ídem*. Tomo I. P. 22.

otorgar poderes al Juez para preservar el patrimonio del deudor, declarando la nulidad de aquellas operaciones celebradas con la intención de perjudicar al resto de los acreedores.

- c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y la vía de reorganización: debe evaluarse si una liquidación expedita beneficiaría más a los acreedores que un proceso de reorganización un poco más lento, pero que aumente el valor del cobro que puedan lograr los acreedores, lo cual debe hacerse con un análisis costo/beneficio para cada caso concreto, lo que promueve el desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo. En la reorganización, los acreedores no deben recibir contra su voluntad menos de lo que obtendrían en un proceso de liquidación y aumentaría el beneficio para aquél deudor de buena fe que pueda continuar en el ejercicio del comercio.
- d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares: lo que se refiere a la fidelidad que debe tenerse a la *par condicio creditorum*, salvo causas legítimas de preferencia, asunto que ya nuestro legislador ha consagrado en nuestro sistema.
- e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia: una actuación rápida y eficaz, reduce los costos del procedimiento. A su vez, una administración de justicia imparcial dará un trato equitativo a todos los involucrados y decidirá salvar las empresas viables, al tiempo que procurará la liquidación de las empresas que no lo sean. Debe contarse con funcionarios capacitados para identificar, agrupar y conservar los bienes que deban utilizarse para el pronto pago de las obligaciones del deudor, que facilite la participación de éste y de sus acreedores, con un mínimo de retraso y una reducción visible de la onerosidad del procedimiento.
- f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores: un adecuado régimen de insolvencia debe impedir que las acciones individuales de los acreedores lesionen el patrimonio del deudor común e impidan la satisfacción de la masa de acreedores, requisito que nuestro sistema vigente cumple, aunque podrían preverse mecanismos para agilizar el cobro de las deudas que pertenezcan a acreedores que cuenten con garantías o privilegios.
- g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información: los acreedores también deben conocer la naturaleza y alcances de los procedimientos de insolvencia y la situación jurídica que poseen al participar en uno de ellos, promoviendo la celebración de convenios que eviten una liquidación anticipada. Las normas de insolvencia no pueden desestimular el crédito, deben otorgarle solidez y respaldo. Asimismo, el sistema debe velar por que se disponga información veraz y oportuna sobre la situación financiera del deudor, proporcionándole incentivos y beneficios procesales para alentarle a revelar su posición y ante la negligencia, ocultamiento o fraude, aplicar sanciones contundentes.

- h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos: lo cual aumentará la seguridad jurídica de los acreedores y estimulará la obtención de créditos, requisito que nuestro sistema ya ha satisfecho en la regulación consagrada en el Código de Comercio.
- i) Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza: tal como se indicará *infra*, deben adoptarse disposiciones que dentro de un marco legal moderno, armonizado y justo, faciliten la cooperación y colaboración internacional entre los tribunales nacionales y extranjeros que conozcan un procedimiento concursal, el reconocimiento de actuaciones extranjeras y la mayor armonización entre sistemas legislativos para facilitar el trabajo de los administradores de justicia.

De acuerdo a estas recomendaciones, resulta fundamental que el régimen de la insolvencia incluya disposiciones que regulen tanto la reorganización como la liquidación de una empresa deudora. De la misma manera, un sistema concursal adaptado a estas ideas debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud de normas nacionales o extranjeras, con sujeción a las limitaciones expresamente previstas en su contenido; de lo cual se deriva que el régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz y exigible en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida como tal en un procedimiento de insolvencia en aras de garantizar mayor seguridad jurídica a las partes.

Como pudo observarse, algunos de estos objetivos y recomendaciones ya se encuentran cumplidos y adoptados dentro de nuestro sistema, puesto que resultan caracteres esenciales a la regulación del derecho concursal. No obstante, existen puntos de mejora que el legislador patrio debería tomar en cuenta, con el fin de perfeccionar el régimen actual y adaptarlo a las mejores legislaciones en la materia, punto que se explicará más adelante.

## **2.2 La Ley Modelo CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza**

En 1997 surge como una iniciativa de la CNUDMI, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza<sup>13</sup>, cuya finalidad se orienta al establecimiento de mecanismos eficaces para la resolución de casos de insolvencia de índole internacional a través de la cooperación entre Tribunales de los Países que intervengan en este tipo de procedimientos<sup>14</sup>.

Su contenido hace referencia prioritaria a las figuras de reorganización y liquidación e incorpora estrategias procesales para abordar con mayor eficacia los procedimientos concursales transfronterizos para aquellos deudores que posean crisis patrimoniales de iliquidez o insolvencia,

---

<sup>13</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

<sup>14</sup> Por su parte, La CNUDMI ha continuado el perfeccionamiento de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza, apoyándose en herramientas como la Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación de 2013, donde se aclaran conceptos y se ofrecen recomendaciones prácticas a los Estados que quieran armonizar su legislación concursal con base en la Ley Modelo. Asimismo, en 2019 surge la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas y en 2022, se aporta una guía práctica para la aplicación de la Ley Modelo desde la perspectiva judicial, sirviendo como apoyo a los jueces para la resolución de casos de insolvencia, instrumentos que consideramos con extraordinario valor para orientar al legislador venezolano en la ardua, pero necesaria tarea de actualización de las normas concursales venezolanas.

sobre todo en los casos donde éstos posean bienes en más de un Estado, o en las situaciones donde existan acreedores en el extranjero, dando especial protagonismo al domicilio del deudor como asiento principal de sus negocios e intereses, a tono con las disposiciones en materia de Derecho Internacional Privado.

Sus objetivos se enfocan en aportar una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones, en un marco de administración eficiente y respeto para los intereses involucrados, tanto de la masa de acreedores, como los del deudor mismo, cuyo patrimonio se busca preservar; al tiempo que se pretende facilitar la reorganización de las empresas en dificultades con el propósito de proteger el capital invertido y el empleo generado.

Su ámbito de aplicación se circunscribe a: a) Los casos en que un tribunal extranjero solicite asistencia en relación con un procedimiento concursal que se esté conociendo en dicho Estado; b) Los supuestos en los que se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación a un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la norma concursal interna; c) A aquellos casos de tramitación simultánea respecto a un mismo deudor de procedimientos de insolvencia donde resulte aplicable la normativa concursal interna; d) Los casos donde acreedores u otros interesados que estén en un Estado extranjero soliciten la apertura de un procedimiento o tengan interés en participar de un procedimiento que se esté llevando conforme a la norma concursal interna.

La interpretación de estas disposiciones, debe hacerse conforme a la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe, que debe impregnar todas las instituciones mercantiles, siempre en adecuado respeto de la normativa de orden público en cada País.

El texto de la Ley Modelo promueve la participación en los procedimientos concursales tanto de los acreedores conocidos, como no conocidos residentes en el Estado cuya asistencia se ha solicitado y concede a los acreedores tanto nacionales como extranjeros los mismos derechos respecto a la apertura y participación dentro de un procedimiento concursal que se realice con arreglo a la normativa interna, lo cual se corresponde con el espíritu del legislador venezolano, que sabiamente estableció los mecanismos de participación en el proceso para aquellos acreedores que se encuentren fuera de la jurisdicción del Tribunal que conozca del procedimiento concursal, en atención a la idea globalizada que siempre ha orientado al comercio.

Asimismo, continúa siendo parte de la esencia característica de estos procedimientos la valoración de la *par condicio creditorum*, pues se reconoce a cada Estado el derecho de establecer el orden de prelación de créditos, así como las causas legítimas de preferencia.

Adicionalmente, se prevén los mecanismos para solicitar el reconocimiento de los procedimientos extranjeros en los que el solicitante haya participado, así como las medidas otorgables a partir de la presentación de dicha solicitud, orientadas a la protección de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores; incluida la administración o realización de bienes que se encuentren en el extranjero para preservar su valor.

Ante la participación en un procedimiento extranjero que sea catalogado como procedimiento principal, se toman en cuenta los efectos de dicha declaratoria sobre las causas que se encuentren en curso y las medidas que se hayan tomado o puedan tomarse sobre los bienes del deudor.

Resalta del contenido de este instrumento el otorgamiento de facultades al tribunal que conozca del procedimiento concursal, para ponerse en contacto con tribunales o representantes extranjeros para recabar información o asistencia directa de los mismos, pudiendo a su vez poner en práctica esta cooperación por cualquier medio adecuado, a través de personas u órganos que actúen bajo la dirección del tribunal, valorando de forma preeminente la actuación coordinada y colaborativa entre los organismos participantes.

Como es lógico, se prevén las formas para el trámite de procedimientos concursales paralelos cuando las características del caso concreto así lo exijan, respetando las disposiciones del derecho interno de cada Estado, priorizando la cooperación y colaboración que debe existir entre los tribunales extranjeros y los del Estado donde se haya iniciado el procedimiento concursal paralelo, destacando que la apertura de un procedimiento concursal interno no deja sin efecto el reconocimiento previamente otorgado a procedimiento concursal extranjero, ni impide que se reconozcan nuevos procedimientos extranjeros.

De la misma manera, se pretende evitar situaciones en las que un acreedor pueda ejercer acciones de cobro en múltiples procedimientos concursales que se hayan abierto en distintas jurisdicciones, lo que pudiese obrar en detrimento de los demás acreedores.

Como se ha indicado anteriormente, la legislación concursal venezolana aún no ha sido modificada para adoptar este tipo de mecanismos, pero es una necesidad que se ha vuelto urgente, dada la globalización que define al comercio actual y la relevancia de los principios que orientan esta rama del Derecho, donde se le da preeminencia a la seguridad jurídica que otorga la garantía de cumplimiento de las obligaciones contraídas, así como la preservación del patrimonio como prenda común de los acreedores, en respeto de la *par condicio creditorum*, salvo causas legítimas de preferencia.

No se pretende con este tipo de normas una uniformidad procesal entre todos los países que acojan el contenido de esta Ley Modelo, pero se tiene muy clara la importancia de la cooperación entre los Estados en el establecimiento de reglas claras para la administración de estos procedimientos y las formas de participación que se otorgan a los acreedores en cada caso, así como los efectos de la existencia de procedimientos paralelos, cada día más frecuentes.

En nuestro derecho interno, la falta de previsibilidad sobre estos aspectos es un punto débil en materia de insolvencia transfronteriza, toda vez que esto podría obstaculizar el flujo de inversiones internacionales hacia el País, especialmente cuando las operaciones fraudulentas de deudores insolventes, incluyen manejos ilícitos destinados a ocultar o transferir bienes al extranjero para evadir el cumplimiento de sus obligaciones crediticias, punto frente al cual el legislador venezolano debe marcar un firme posición para la protección de las operaciones comerciales.

Así las cosas, se trata de adoptar estrategias para agilizar las herramientas procesales que regulan la materia, que resulten cónsonas con la rapidez esencial del comercio y sus constantes cambios. Todo paso que se omita o se retarde en esta área, posibilitará la dispersión del patrimonio del deudor o incluso su liquidación sin que puedan tomarse soluciones más ventajosas que atiendan a conservar la empresa viable y a preservar los empleos que se hayan generado, bajo un esquema de severidad ante el deudor que ha actuado con dolo frente a sus acreedores de buena fe.

### ***3. Aportes para la optimización del Derecho Concursal Venezolano***

La idea central de esta investigación no se basa únicamente en criticar negativamente nuestras normas desde el cristal de sus deficiencias, pues tampoco puede negarse que son las reglas que han servido para dirigir nuestros procedimientos concursales desde hace más de un siglo y considerando su longevidad, resulta innegable la visión y prolijidad de nuestro legislador, que, aunque regulando una realidad económica muy distinta a la de nuestro tiempo, proyectó unas normativas que siguen siendo aplicables aún a pesar de todos los cambios que el comercio ha experimentado.

Tal como suele suceder, el Derecho revela su obsolescencia cuando las realidades se modifican y el Derecho Mercantil cuenta dentro de sus características ese dinamismo propio de la creatividad de los comerciantes, momento que se hace propicio para que los aportes de la doctrina sugieran mejoras que deriven en un fortalecimiento de esta disciplina, con mayores beneficios para los empresarios, que se traduzcan en un apoyo significativo al crecimiento de la economía nacional.

El legislador venezolano ha estado en mora con el derecho concursal, casi desde su propio surgimiento, puesto que cuando la legislación europea del Siglo XIX fue tomada como referencia para inspirar nuestra regulación, ya se encontraba “arcaica ya derogada o reformada en sus países de origen”<sup>15</sup>.

De esa manera, el destacado profesor Roberto Goldschmidt desde 1958<sup>16</sup>, señalaba abiertamente los puntos medulares de una eventual modificación de nuestros procedimientos concursales y posteriormente, surgieron propuestas de reformas como el Anteproyecto Goldschmidt sobre Convenio Preventivo, Liquidación Judicial y Quiebras (1966), presentado por la Comisión de Reforma del Código de Comercio, creada por Resolución del Ministerio de Justicia<sup>17</sup> y el Anteproyecto de Ley de Quiebra Venezolana (1988), elaborado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, bajo la dirección del Profesor Leopoldo Borjas, proyectos que lamentablemente no fueron acogidos por el Poder Legislativo y deben ser revisados y actualizados para su eventual incorporación en una nueva regulación<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Morles Hernández, *Op. Cit.* P.2625.

<sup>16</sup> *Vid.* Goldschmidt, Roberto. *Estudios de Derecho Comparado*. Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1958. P.619.

<sup>17</sup> Morles Hernández, *Op. Cit.* P. 2643.

<sup>18</sup> *Vid.* Morles Hernández, *Op. Cit.* P. 2648.

Sin embargo, las ideas de los doctrinarios venezolanos siempre han estado en sintonía con los valores de la conservación de la empresa como productora de bienes y servicios, aparejado del derecho de los acreedores a recuperar su crédito y el respeto de la dignidad del deudor. Prueba de ello es la inclusión de estos planteamientos en los Anteproyectos mencionados, donde se acogieron las ideas de Giménez Anzola respecto al procedimiento de Atraso<sup>19</sup> y se recomendaba su sustitución por el Convenio Preventivo, suprimiendo además los efectos infamantes de la quiebra, eliminando las interdicciones o sanciones represivas sobre la persona del deudor, así como la modalidad de liquidación por los acreedores, que se catalogaba en el Anteproyecto Goldschmidt, siguiendo los criterios de René De Sola, como “no representativa de un avance legislativo”<sup>20</sup>.

Las normas de derecho concursal venezolano no han sido actualizadas hasta los momentos con las doctrinas modernas que priorizan la conservación de la empresa viable que atraviesa una crisis patrimonial reversible, ni cuentan con herramientas dirigidas a su reorganización o saneamiento, inclusive para el caso de quiebras de grupos de empresas. Del mismo modo, tampoco se cuenta con una normativa que priorice la celebración del convenio entre el deudor y los acreedores. Por lo tanto, hemos distribuido nuestros aportes a la mejora de la normativa concursal interna orientándonos hacia los siguientes aspectos:

### **3.1 La prevención de la crisis patrimonial**

El tratamiento de la materia concursal responde en la mayoría de legislaciones modernas a la implementación de soluciones efectivas para prevenir las crisis patrimoniales de iliquidez o insolvencia que pueda atravesar el comerciante, las cuales, en caso de producirse, encuentran a una administración de justicia dispuesta a impulsar y apoyar la celebración de convenios preventivos para facilitar el cumplimiento de las deudas y donde se fomenta la participación de los acreedores dentro del proceso, respetándose las opiniones de los deudores de buena fe que presenten propuestas efectivas para subsanar sus dificultades, ejemplo de lo cual es la Ley 1116 de Insolvencia colombiana, del año 2006<sup>21</sup>.

En definitiva, la mejor estrategia que puede aplicarse es el desarrollo de herramientas que puedan prevenir las crisis patrimoniales, a través de la dotación de conocimientos a los empresarios sobre el funcionamiento del mercado, las nociones de buen gobierno corporativo y la utilidad del cumplimiento de buenas prácticas en el manejo de los negocios. Pero sabemos que estas nociones no serán útiles en el cien por ciento de los casos, pues siempre habrá un porcentaje, aunque sea mínimo, de empresas que necesiten acudir a estos procesos para su reorganización o liquidación

---

<sup>19</sup> “El proceso venezolano de atraso, calcado en su mayor parte de la moratoria italiana, no ha respondido en la realidad a las loables finalidades que se persiguieron con su introducción en el CCo. de 1904 (...) sólo ha servido para demorar la quiebra y permitir que durante el mismo los acreedores pierdan los escasos bienes que aún le quedan al deudor cuando se decide a solicitar la moratoria. (...) Resulta urgente sustituir totalmente dicho proceso por otro, también preventivo de la quiebra, en el que en forma más científica y técnica se regulen procurando un justo equilibrio, los intereses del deudor de buena fe con los de sus acreedores y los del Estado que deben tender a conservar y mantener en capacidad productiva no solamente las empresas sanas, sino aquellas que aun estando en crisis puedan, con una enérgica y eficaz acción tutelar del Estado, superar la misma y continuar prestando su colaboración al concierto económico nacional”. *Vid.* Giménez Anzola, Hernán. *El Juicio de Atraso*. Librería A. y Moderna. 1963. P.414.

<sup>20</sup> Morles Hernández, *Op. Cit.* P.2646.

<sup>21</sup> Diario Oficial N°46494 de fecha 27 de diciembre de 2006.

definitiva, donde se requiere la mayor pericia del legislador y los administradores de justicia para brindarles mecanismos efectivos de abordaje a la crisis.

Las estrategias de fusión y adquisición de sociedades mercantiles, los mecanismos de reestructuración de deudas y los incentivos fiscales para aquellas empresas que se encuentren en situación de crisis patrimonial y que de buena fe acudan a los procedimientos concursales para la satisfacción ordenada del pago de sus obligaciones deben ser fomentados por la normativa mercantil, fiscal y tributaria, siendo parte de la asesoría especializada que pueda brindar un profesional dedicado al área de derecho concursal.

### ***3.2 Procedimientos de Reorganización y Liquidación y eliminación de la carga infamante***

En cuanto a la selección del procedimiento aplicable, consideramos que debe implementarse un procedimiento de reorganización, para las crisis patrimoniales de carácter reversible y un procedimiento de liquidación para aquellas crisis patrimoniales irreversibles. En caso de que el deudor sea el solicitante, puede permitírsele elegir entre uno u otro, según las condiciones de su empresa y la situación patrimonial que refleje. Sin embargo, cuando la solicitud de liquidación sea iniciada a instancia de los acreedores, se le podrá permitir al deudor que solicite la apertura del procedimiento de reorganización.

Además, puede permitirse que los acreedores soliciten la reorganización de la empresa y que este proceso no sea únicamente limitado a la solicitud del empresario. En todo caso, si en el curso del proceso de reorganización, ésta resultara inviable, sería lógico indicar que se declarara la liquidación definitiva de la empresa en crisis. Asimismo, una reorganización decidida en contra de la mayoría de los acreedores, debería contar con un plazo máximo de extensión y si no tuviere éxito, otorgar la facultad al juez de declarar la liquidación definitiva, previo cumplimiento de los requisitos que exija el legislador.

La regulación del procedimiento reorganización, deberá contar con el diseño de un plan estructurado para lograr su cometido y las normas deberán especificar los extremos técnicos y legales que se exijan para su elaboración, la persona facultada para realizarlo y los requisitos uniformes para su aprobación y ejecución, sin olvidar las nociones de flexibilidad que deben orientar esta institución, dada la diversidad que caracteriza al comercio.

Es preciso que la nueva legislación concursal abandone las tendencias decimonónicas que revestían al comerciante fallido con una carga infamante y pasen a la implementación de mecanismos eficaces para la protección adecuada del crédito, sin soslayar las alternativas que puedan proporcionar soluciones para la recuperación del deudor de buena fe, sin que ello implique una falta de sanciones para quien ejerció el comercio con negligencia o de manera fraudulenta, en perjuicio de los acreedores.

### ***3.3 Celebración del Convenio como prioridad***

En Países como Colombia, Argentina y España, los procedimientos concursales modernos se orientan principalmente hacia la conservación de la empresa y el pago ordenado de las acreencias, donde se prioriza la celebración de un convenio entre el deudor y sus acreedores como

mejor forma de agilizar los procesos concursales y otorgar mayor participación a las partes involucradas en la búsqueda de soluciones aplicables a la crisis patrimonial que atraviesa el empresario.<sup>22</sup>

Siguiendo estos ejemplos, debe estimularse la celebración entre el deudor y algunos de sus acreedores o la totalidad de ellos, de acuerdos voluntarios de reestructuración<sup>23</sup> o convenios extrajudiciales de naturaleza contractual que puedan ser sometidos a autenticación, para reducir la carga de los tribunales y agilizar este tipo de iniciativas de los particulares en aquellos casos donde la crisis patrimonial de la empresa no haya alcanzado la envergadura suficiente para iniciar un procedimiento concursal.

En la legislación concursal vigente, la celebración de convenio entre el deudor y sus acreedores está prevista como una posibilidad, de forma posterior a la celebración de las dos Juntas Generales de Acreedores y previo cumplimiento de ciertas mayorías y criterios establecidos por la norma. El cambio que se propone es que el convenio no sea visto como una opción, sino como una prioridad al inicio de los nuevos procedimientos concursales y sólo ante su falta de celebración, su nulidad o incumplimiento se proceda a la liquidación definitiva del patrimonio del comerciante.

### ***3.4 Conservación de la empresa viable***

Cuando se apunta al principio de conservación de las empresas, no debe hacerse sustentando los argumentos en el mero hecho de intentar evitar la liquidación definitiva a ultranza, sino de evaluar conscientemente cada caso concreto, con el objeto de conocer la situación real de cada comerciante o empresario y así, ofrecer estrategias de saneamiento o reorganización para aquellas empresas que financieramente y por las características de su objeto social, el tipo de servicios ofrecidos, el modelo de negocio adoptado o su índice de generación de empleos, demuestren su viabilidad e importancia dentro del escenario económico del País.

Aunque el sistema concursal venezolano consagra el derecho del comerciante fallido de solicitar su rehabilitación una vez satisfecho el pago de todas sus acreencias, debe favorecerse de mayor manera la reestructuración y el fortalecimiento de las empresas. Con ello, se traslada la finalidad de los procedimientos concursales venezolanos a un entendimiento de la importancia de la conservación de las empresas, abandonando las antiguas consideraciones que sólo veían en el derecho concursal una herramienta cuyo único objeto era liquidar el patrimonio del comerciante que había fracasado en sus negocios.

---

<sup>22</sup> *Vid.* Ley 1116 de Insolvencia Colombiana Diario Oficial N°46494 de fecha 27 de diciembre de 2006; Ley 24.522 o Ley de Concursos y Quiebras de la Nación Argentina, Sancionada el 20 de julio de 1995 y promulgada parcialmente el 07 de agosto de 1995 con sucesivas reformas en las leyes 25.589, 26.086 y la más polémica en 2011, a través de la Ley 26.684; y la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, Jefatura de Estado del Reino de España junto al Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.

<sup>23</sup> Definidas como aquellas “negociaciones no reguladas por el régimen de la insolvencia en las que suelen participar el deudor y algunos de sus acreedores, o todos ellos, y cuya finalidad es lograr que los acreedores que participen acuerden modificar sus respectivos créditos.” Naciones Unidas. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia. Tomo I. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. P.23.

### ***3.5 Transparencia, celeridad y baja onerosidad***

La transparencia en los procedimientos concursales debe ser parte de sus notas distintivas, puesto que la mejor satisfacción de los acreedores y demás interesados se logra a través de procedimientos que sean públicos y donde se le permita el acceso a la información a todos los interesados, disminuyendo cualquier rasgo de corrupción o cualquier práctica que resulte lesiva de los derechos e intereses tutelados.

La realidad comercial de este tiempo exige a los procedimientos concursales una mayor celeridad. Una modificación significativa y no sólo de nomenclaturas implica una consideración del prominente carácter procesal que tiene esta rama del Derecho, donde la tutela judicial efectiva que consagra la Carta Magna en su artículo 26<sup>24</sup>, resulta abiertamente lesionada en procedimientos donde transcurren décadas sin que se haya finalizado la liquidación del patrimonio del fallido (cuando sea procedente), lo que se traduce en un menoscabo de los derechos de los acreedores, en el marco de una economía cambiante con escenarios de elevados índices inflacionarios y continuas devaluaciones de la moneda.

Debe hacerse lo posible para reducir los costos que usualmente ocasiona el trámite de estos procedimientos, que usualmente es tan elevado que lesiona aún más el patrimonio del deudor que atraviesa una crisis de liquidez o de insolvencia. Un procedimiento justo, transparente, expedito y de un costo razonable, incentivará a los comerciantes y empresarios de buena fe a recurrir a las estrategias consagradas por el derecho concursal para el rescate de empresas que aún se consideren financieramente viables.

La comprensión de la flexibilidad que deben tener estos procedimientos, facilitará su adaptabilidad al caso concreto, sin perder el apego al principio de legalidad.

### ***3.6 Incorporación de Nuevas Tecnologías***

Es preciso fomentar el uso de las nuevas tecnologías en este tipo de procedimientos, incorporando las audiencias de carácter virtual para las juntas de acreedores y la calificación de los créditos, donde prevalezca la oralidad y puedan consignarse los recaudos a través de tecnologías de presentación y almacenamiento de documentos con *Blockchain*, que proporcionen a las partes mayor seguridad jurídica sobre el respaldo de los documentos justificativos de cada crédito, los alegatos esgrimidos en el proceso y cada uno de los informes de rendición de cuentas que sean presentados, a fin de realizar un seguimiento en línea de cada una de las fases procesales, que garantice la transparencia del proceso y facilite su control por cada uno de los participantes.

Con la integración de los avances en materia de Derecho Procesal Telemático a este tipo de procedimientos, se facilitará la participación en el proceso de acreedores que no se encuentren en la jurisdicción del Tribunal donde se ventile el procedimiento concursal respectivo y se facilitará la cooperación en procesos con elementos de extranjería.

---

<sup>24</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N°5453 de fecha 24 de marzo de 2000.

### **3.7 Incorporación de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos**

Las normas de derecho concursal deben reflejar la dinámica de la economía venezolana, aportando una modernización que las simplifique y las agilice para promover la recuperación de las empresas, sin soslayar los derechos de los acreedores. Resulta de vital importancia la incorporación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos en las juntas de acreedores, o la fase procesal que haga sus veces, a fin de dirimir el mayor número de controversias de una manera sencilla, que aminore la carga de complejidad de estos procedimientos y permita descongestionar las tareas del Juez y los auxiliares de justicia que intervengan en el proceso.

### **3.8 Actuación de Jueces y Síndicos**

La actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales o administrativos, como en el caso de Colombia, a través de la Superintendencia de Sociedades, debe ser limitada y actuar con apego al principio de legalidad, permitiendo una participación cada vez mayor de los acreedores, puesto que si bien es cierto, estos procedimientos tutelan los intereses del colectivo en cuanto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles en el marco de la buena fe y los principios del patrimonio como prenda común de los acreedores, bajo el respeto de la *par condicio creditorum*, así como el debido cumplimiento de obligaciones fiscales y tributarias donde está interesado el orden público; no es menos cierto que se trata de procedimientos donde la intervención protagónica debe pertenecer a las partes contratantes de obligaciones mercantiles, quienes se obligaron en el marco de la autonomía de la voluntad.

En cuanto al Juez como director del proceso, debe otorgársele una capacitación especializada, profunda y a tono con las tendencias actuales del derecho concursal. En esta área, la diversidad de supuestos fácticos, la singularidad de cierto tipo de operaciones y contratos, así como las características propias de cada empresa, exigen un sentenciador que se encuentre a tono con la realidad del comercio actual, que sea un vehículo para el cumplimiento de la ley con apego a la justicia y sea instrumento para el aporte de soluciones efectivas dentro de cada caso que sea sometido a su conocimiento. Los poderes cautelares del Juez deben mantenerse con amplitud para cumplir la finalidad de protección del patrimonio del deudor.

Con respecto a los Síndicos como auxiliares de justicia, es preciso que los procedimientos para su capacitación y selección sean mejorados, dotándolos de una mayor transparencia y exigiendo que esta figura tan importante dentro de los procedimientos concursales, tenga un conocimiento avanzado de la materia financiera y contable, por lo que se sugiere que además de Abogado, sea Contador Público o Licenciado en Administración y que cuente con una certificación adicional para desempeñarse en esta materia, a fin de otorgar a las partes una mayor confianza de la rectitud de los criterios expresados y un dominio adecuado de la materia que se somete a su consideración.

### **3.9 Armonización transfronteriza**

Debemos armonizar la normativa concursal interna con la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza, lo que situará a Venezuela en una mejor posición en cuanto a la adopción de normas dirigidas a hacer frente a procedimientos de insolvencia transfronteriza, donde la acogida

de dicha regulación fomentará la inversión extranjera y consolidará al País como un foro dispuesto a la cooperación y colaboración con otros Estados para el trámite de estos procesos, aumentando la transparencia de los mismos y el respeto a los derechos legítimos del deudor y de todos los acreedores que se hagan presentes.

## **CONCLUSIONES**

El Derecho Concursal concebido inicialmente como una medida de atención ante las consecuencias de las crisis patrimoniales temporales o definitivas, con un fin esencialmente orientado hacia la liquidación del patrimonio del comerciante y a la sanción a quien deshonestamente defraudó la buena fe en el ejercicio de la actividad comercial, ha evolucionado hacia la consideración de valores orientados a la conservación de las empresas viables.

La redimensión del concepto de empresa, vista no sólo desde el interés particular de sus fundadores, le ha aportado una nueva identidad al derecho concursal, que tiene a la economía como bien jurídico tutelado, protegiendo el interés colectivo sobre la generación de empleos, la producción de bienes y servicios y bajo la comprensión del rol fundamental que cumple la empresa en el escenario económico de cualquier País, sin soslayar la protección del crédito y la garantía de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Orientado hacia el único fin liquidatorio de los procesos concursales, lejano ha quedado nuestro brillante legislador del S. XIX, de las nuevas tendencias aquí esbozadas, por lo que urge en nuestro País el surgimiento de una nueva legislación concursal, orientada a la modernización de los procedimientos dirigidos a la atención de las crisis patrimoniales, incorporando mecanismos eficaces de reestructuración de deudas y protección de acreencias, con un necesario ingrediente de celeridad y justicia para deudores y acreedores, aparejados de las reformas estructurales, económicas y fiscales vitales para estabilizar la economía y crear un entorno propicio para la recuperación y crecimiento de las empresas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Giménez Anzola, Hernán. *El Juicio de Atraso*. A. y Moderna, 1963.

Goldschmidt, Roberto. *Estudios de Derecho Comparado*. Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1958.

Moreno Buendía, Francisco J. «Las funciones del Derecho Concursal: Tendencias actuales en el Derecho Comparado.» *Inciso*, 2021: 1-14.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

Naciones Unidas. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Nueva York: Naciones Unidas, 2006.

Pisani Ricci, María Auxiliadora. *La Quiebra. Derecho Venezolano*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela., 2009.

Sotomonte Mujica, David R. «Reflexiones en torno a la situación actual del Derecho Concursal en Colombia.» *Actualidad Concursal*, 2020: 24-26.

— *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

# ***Retos del derecho societario ante la disrupción tecnológica y la gobernanza digital. Algunas consideraciones para Colombia, Venezuela y el Caribe***

**José Eduardo Valderrama Velandia\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 367-384

**Resumen:** Este artículo reflexión fundamentalmente en recientes fuentes doctrinales que asumen nuevamente el estudio y análisis de teorías tradicionales del contrato societario y el registro mercantil, la gobernanza digital y el derecho registral, de cara a la irrupción de la tecnología en el mundo contractual societario, problematizado el confrontamiento los resultados paradigmáticos más vigentes, para esbozar algunas respuestas ante las dinámicas contractuales societarias. Esto permitirá fundamentar algunas situaciones que se logran detectar desde un análisis propositivo deductivo, de las necesidades que afrontan legislaciones latinoamericanas ante el uso de las tecnologías y el desarrollo de las dinámicas societarias modernas.

**Palabras clave:** Derecho Societario, registro mercantil, gobernanza digital, gobernanza societaria, tecnología disruptiva

***Challenges of corporate law in the face of technological disruption and digital governance. Some considerations for Colombia, Venezuela and the Caribbean***

**Abstract:** *This article reflects mainly on recent doctrinal sources that assume again the study and analysis of traditional theories of the corporate contract and the commercial registry, digital governance and registry law, in the face of the irruption of technology in the corporate contractual world, problematizing the confrontation of the most current paradigmatic results, to outline some answers to the corporate contractual dynamics. This will allow us to substantiate some situations that can be detected from a deductive analysis of the needs faced by Latin American legislations in the face of the use of technologies and the development of modern corporate dynamics.*

**Keywords:** *Corporate Law, commercial registry, digital governance, corporate governance, disruptive technology*

**Recibido:** 14/11/2024  
**Aprobado:** 25/11/2024

---

\* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja – Colombia -; Magister Universitario en Derecho de la Propiedad Intelectual y de las Nuevas Tecnologías -Universidad Internacional de la Rioja-; Magister en Derecho Privado Énfasis en Derecho Mercantil y de los Negocios Internacionales – Universidad Sergio Arboleda-; Abogado. Conjuez Tribunal Administrativo de Boyacá – Colombia-. Docente en pregrado y posgrado. Operador en Insolvencia Económica de Persona natural no Comerciante.

# *Retos del derecho societario ante la disrupción tecnológica y la gobernanza digital. Algunas consideraciones para Colombia, Venezuela y el Caribe*

José Eduardo Valderrama Velandia\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 367-384

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Ideas necesarias para abordar la disrupción tecnológica y normativa. 2. Referentes paradigmáticos moderno. 3. Planteamiento de los retos que impone la tecnología al derecho societario. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA**

## **INTRODUCCIÓN**

Las nuevas tecnologías están inmersas en la vida cotidiana de las personas, influyendo en la mayoría de sus decisiones, planes, formas organizacionales y puede pensarse que en su propio estilo de vida. Es tal la influencia de la tecnología en la vida de las personas, que la mayoría puede conocer a cualquier otro individuo haciendo búsquedas en redes sociales; las finanzas son manejadas a través de plataformas tecnológicas que las entidades bancarias ofrecidas a los usuarios y las mismas cuentas bancarias son manejadas desde el hogar o la oficina a través de un dispositivo electrónico. El comercio electrónico ha tenido un auge inusitado, incluso, adquiriéndose bienes y servicios a través de internet desde cualquier parte del mundo, sean bienes materiales, o servicios desmaterializados.

En los finales del siglo XVII, y el siglo XIX, la sociedad se concentraba en las zonas rurales para la explotación de los recursos que alimentaban las ciudades. Los centros de aprendizaje, artes y ciencias atraían a las personas, con la idea de bienestar y desarrollo, y finalmente la aparición de las empresas concentraban la mayor cantidad de personas. Esto conllevó que las relaciones interpersonales se sustentaran en la presencialidad y materialidad de las acciones. Con la aparición de Internet, las comunicaciones verbales, entre presentes, se trasladaron al intercambio de datos a través de equipos electrónicos, en los cuales, no solo se compartía información científica o académica, sino datos sensibles del ámbito financiero, personal, social de las personas.

En la actualidad la innumerable cantidad de negocios en la Red, y a través de medios electrónicos, desde el pago de impuestos o servicios, hasta la adquisición de bienes inmuebles o mercaderías, y servicios como el entretenimiento, la formación académica y muchos más,

---

\* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja – Colombia -; Magister Universitario en Derecho de la Propiedad Intelectual y de las Nuevas Tecnologías -Universidad Internacional de la Rioja-; Magister en Derecho Privado Énfasis en Derecho Mercantil y de los Negocios Internacionales – Universidad Sergio Arboleda-; Abogado. Conjuez Tribunal Administrativo de Boyacá – Colombia-. Docente en pregrado y posgrado. Operador en Insolvencia Económica de Persona natural no Comerciante.

impone retos en el mundo jurídico, y en la prestación de servicios de índole administrativos y registral, demanda ordenamientos jurídicos respondientes para el mundo tecnológico, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las transacciones que se realizan por medios digitales, tanto para los empresarios, como para los consumidores. Así cabe plantearse ¿Cuál es el estado actual de los ordenamientos jurídicos en el registro mercantil ante el uso de tecnologías disruptivas en la constitución de sociedades mercantiles?

El enfoque analítico de los recientes paradigmas en el escenario teórico contractual, societario y tecnológico, impone el reto de conciliar las diferentes fuentes que pueden sustentar los ajustes o cambios que requieran las tendencias modernas del Derecho. Empleando recursos bibliográficos especializados y actuales, junto con el método comparativo, de las posiciones doctrinales especiales del registro mercantil en las legislaciones colombiana y mexicana, aportará luces para construir el panorama actual de la gobernanza digital y el impulso de formas asociativas basadas en tecnologías disruptivas.

El espacio de referencia, se centrará en los últimos trece años, en los cuales, la disrupción tecnológica y el uso de las tecnologías y las comunicaciones han incidido notablemente en la sociedad como en la formación y competencia de los abogados, llegando a escenarios prácticos y actuales.

Un ejemplo en Colombia, está dado por la Superintendencia de Sociedades de Colombia en el concepto societario relacionado con la constitución societario por medio de Smart contract, registros societarios, constitución de sociedades, tokenización y criptoactivos, las cuales han puesto en evidencia la problemática que está generando el uso de la tecnología en el régimen societario, y las deficiencias del derecho registral ante la constitución y formalización societaria en Colombia<sup>1</sup>.

### ***1. Ideas necesarias para abordar la disrupción tecnológica y normativa***

Inicialmente se abordará las bases y las ideas que serán útiles para abordar la reflexión establecida, con ello, acercarse a las nociones de la disrupción tecnológica y su incidencia con la realidad jurídica, permita desarrollar metodológicamente la tarea propuesta.

Los cambios tecnológicos, en clave de la disrupción tecnológica<sup>2</sup>, impone en los ámbitos públicos retos que el legislador, a fin configurar sistemas normativos dinámicos, en los cuales no solo son las fuentes formales las únicas a gobernar la relaciones personales o sociales, sino también fuentes de índole material o real, que indagan en factores económicos, políticos-sociales, mercantiles, tecnológicos y entre otros, para vivir en constante evolución y construcción de sus normas.

---

<sup>1</sup> Superintendencia de Sociedades de Colombia, OFICIO 220- 139607 17 DE JULIO DE 2023. Acceso 05 de noviembre de 2024. <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/conceptos-juridicos?keyword=smart%20contract&id=1256460>

<sup>2</sup> Richard E. Susskind, *El abogado del mañana: una introducción a tu futuro* (Wolters Kluwer: España, 2020).

La actualidad está fomentando apresuradamente la digitalización, en sentido amplio, puede entenderse como la reorganización de estructuras y relaciones sociales, culturales y económicas originada por la divulgación de las tecnologías digitales de la información y la comunicación, en los ámbitos de la actividad humana en el marco de la sociedad actual, lo que supone la introducción de las tecnologías digitales en ámbitos como la educación, la economía, la administración, las finanzas, hasta en la protección de datos personales<sup>3</sup>.

La problematización de las tecnologías disruptivas en los sistemas normativos, sobreviene con la necesidad de regular normativamente sus efectos, situación nada fácil, que apareja no solo las problemáticas constitucionales, enriquecidas por amplias nociones de argumentación e interpretación normativa, sino por la interdisciplinariedad que se exige del Derecho en las formulaciones de regulaciones legales de productos y servicios tecnológicos<sup>4</sup>.

Es precisamente esta idea de la integración normativa con las tendencias actuales de la tecnología, que infunden prelación al principio de la autonomía de la voluntad y al ejercicio de la libertad individual, por cuanto requieren de modelos jurídicos que den respuestas a través de estructuras contractuales innovadoras y adaptativas a las necesidades que exige la modernidad.

Descansando estos derroteros en la modernización de los sistemas registrales, especialmente del registro mercantil y el derecho societario, la necesidad de implementar medios tecnológicos que se acompañen con el desarrollo global, junto con garantías de seguridad jurídica de la información conservada y guardada, como la disponibilidad fiable de la misma, de tal manera que las transacciones económicas como el control de la información y las condiciones que se desarrollan las actividades se logren a cabalidad, son el escenario que hoy demanda el debate académico, profesional y legislativo.

Pueden observarse a las instituciones mercantiles que han gobernado la actividad comercial, financiera, transaccional o de transporte, con independencia de las soberanías ejercitadas, incluso en estos tiempos, puede denominarse a nuevas formas de *lex mercatoria* en las diversas instituciones jurídico-mercantiles que han facilitado el comercio y los intercambios, acercándose a las nociones globalizadoras del derecho mercantil en los avances tecnológicos para la interactividad de los mercados permitiendo la transferencia de dinero y los pagos en tiempo real alrededor del globo y acortan hasta extremos irrelevantes, como el intercambio y disposición de bienes y servicios<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Jordi Adell Segura, Linda Castañeda Quintero, y Francesc Esteve Mon. «¿Hacia la Ubersidad? Conflictos y contradicciones de la universidad digital». *RIED-Revista Iberoamericana de Educación a Distancia* (2018). 21 (2):51-68. <https://doi.org/10.5944/ried.21.2.20669>.

<sup>4</sup> Edmer Leandro López Peña, <<Blockchain (Cadena de Bloques) y Actividad Notarial en Colombia. Reflexiones>> *Notariado y registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión, y crítica*. ed. Por Edmer Leandro López Peña (Tunja, Colombia: Ediciones USTA Universidad Santo Tomás.) Pág. 9-47.

<sup>5</sup> Rafael Illescas, Derecho Mercantil Y Globalización. Acceso 05 de noviembre de 2024. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-A-2005-10007900094](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2005-10007900094)

De la sociedad de la información a la sociedad digital el desarrollo cada vez más ágil de la tecnología imponen interesantes retos en diferentes campos de acción, en donde la tradición jurídica del lenguaje natural, camina hacia la conquista de los lenguajes de programación, y en el ámbito jurídico irrumpe hoy en día en la formación societaria<sup>6</sup>.

Con ello, hay una dicotomía que, ante la normatividad y el uso de la tecnología generada, por un lado, y por otro, el impulso que el desarrollo económico impregna al comercio, y las múltiples aplicaciones para lograr mejores condiciones competitivas, son las circunstancias que imponen a las reglas legislativas impuestas cuya pretendida seguridad jurídica provoca desaceleración en la invención, con lo cual, son los particulares quienes por su iniciativa impulsan nuevas formas de transacciones y su propia regulación.

También es importante reconocer la noción de la descentralización, especialmente en la realización de negocios y configuración de redes de comunicaciones. Referente indispensable para ello, son las acciones y actividades que VISA realiza mundialmente, en cuya red de telecomunicaciones envía y registra mensajes de datos de pagos, garantizando que cada transacción que se aprueba será ejecutada, es decir, una red de bits y la garantía para las entidades bancarias que no se defraudará el pago<sup>7</sup>.

De tal manera que la sujeción a entidades con control en operaciones, actividades y supervisadas a su vez por otras, se superan, pero las operaciones que se despliegan en internet, dejando de lado la intervención de las personas físicas, y en su medida, regulaciones legales nacionales.

Así, el uso de las tecnologías aplicadas en los negocios acarrea estas necesidades: primero, el impulso de plataformas para crear proyectos de realidad aumentada o virtual, en los que convergen software; además, las empresas deberán desarrollar aplicaciones para dichas tecnologías, y finalmente, soluciones de llave en mano para aplicar esta tecnología a las empresa consistiendo en las dos anteriores.<sup>8</sup>

## **2. Referentes paradigmáticos modernos**

En este apartado se referenciarán las principales corrientes y horizontes que en el campo tecnológico como normativo se imponen, reconociendo las realidades que afronta la gobernanza digital, hasta la pretendida descentralización con ayuda de las tecnologías disruptivas.

---

<sup>6</sup> Carmen Silva Robles, Gloria Jiménez Marín, Rodrigo Elías Zambrano, <<De la sociedad de la información a la sociedad digital. Web 2.0 y redes sociales en el panorama mediático actual>>, Revista Faro Misceláneo. [Vol. 1 Núm. 15 \(2012\): 1-14.](#) <https://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/61>

<sup>7</sup> Álex Preukschat. <<La descentralización como modelo de vida>>. En Alexander Preukschat (coordinador) Blockchain: la Revolución industrial de internet. 2018. Pág. 202. (Colombia: Editorial Nomos S.A.)

<sup>8</sup> Edgar Eduardo, Alayón Rodríguez. Tecnologías disruptivas en la transformación digital de las organizaciones en la industria 4.0. *Revista Científica*, 6(21), 2021. 267–281. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2021.6.21.14.267-281>

El desarrollo económico y comercial tienen un exponencial avance con el uso de las tecnológicas, y las leyes actualmente tienden a prescribir las nociones abstractas que pretenden regular las relaciones patrimoniales, que, sin duda, están siendo avasalladas. Las ciencias jurídicas, especialmente la materia mercantil, se desafía constantemente ante la carrera acelerada de la invocación tecnológica y el empleo de nuevas tecnologías.

Es hoy en día común encontrar que las personas sean naturales o jurídicas, de distintas nacionalidades, con diferentes sistemas jurídicos y regulaciones semejantes, se avoquen al intercambio datos, de índole personal, financiero, cultural y político con personas en otros países, y, en consecuencia, los contactos de las leyes y jurisdicciones, impone en la sociedad de la información, comprender los avances de la tecnología y sus aplicaciones en la vida cotidiana de las personas en la sociedad.

Un primer planteamiento para abordarse este dado por la globalización y las tendencias modernas en el derecho societario tendientes a la flexibilización y modernización de las estructuras legales y la gobernanza societaria.

Los procesos globalizantes reclaman nuevas estructuras que permitan a las sociedades dar pasos concretos en formas flexibles y seguras de implantación en mercados exteriores, de acuerdo con sus intereses estratégicos, estructurales y contractuales, lo que atribuye la adaptación de las estructuras societarias innovadoras, en el sentido de la incorporación de mecanismos legales de flexibilización<sup>9</sup>.

Los cambios sociales son amplios, generalmente asociados a la calidad de vida de los individuos y a la conquista de derechos humanos que se respeten y practican concertados por la comunidad, A su vez, los cambios tecnológicos ante los cambios sociales no presentan una relación lineal de causa efecto, por cuanto la innovación tecnológica puede generar transformaciones en términos de conductas y alcances económicos incalculables. Así, estos fenómenos se desarrollan y materializan en tiempos y ámbitos diferentes, de tal forma, que los primeros surgen de las necesidades, las ideologías o las religiones, entre tanto los segundos, son las necesidades científicas su impulso. Los cambios sociales se materializan en la dinámica diaria de la sociedad, mientras que los cambios tecnológicos se concretan en los mercados<sup>10</sup>.

Así, ante el uso de la tecnología disruptiva de blockchain en los sistemas normativos establecidos y la agenda legislativa de los estados modernos, puede encontrarse en al menos tres posturas.

La primera postura dura o tradicional, considera que el impacto del blockchain y el ejercicio registral se servirán como herramientas de la actividad, entre ellas la firma electrónica, la digitalización de documentos sin que se reemplace la labor intelectual que alcance el registro. El

---

<sup>9</sup> Diana Sancho Villa, «La Transferencia Internacional De La Sede Social En El Comercio Internacional». *Boletín Económico De ICE* 1 (2674). <https://www.revistasice.com/index.php/BICE/article/view/2434>.

<sup>10</sup> Luis Edwins, Martínez Hidalgo & Elio Amílcar, Farfán Torrelles. Tecnologías disruptivas. Cambios y paradigmas. En *Revista CITIS*. Vol 1, Nro 1. Enero-Junio 2022. Pp. 63-80. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/citis/v1n1/art05.pdf>

alcance débil, segunda postura, considera que desaparecerá la actividad registral con la entrada de las tecnologías blockchain, creando un nuevo tipo registral y control de transacciones, desplazando el ejercicio del personal de registro. Y finalmente, el enfoque hipotético, presupone la sustitución del elemento subjetivo de la actividad registral por tecnologías disruptivas, como el uso de inteligencias artificiales, que en su estado de maduración reemplazará la actividad valorativa, intelectual y de custodia del sistema jurídico registral<sup>11</sup>.

Con ello, la evolución del comercio, como de las formas de negociación entre los particulares, demandan medidas legales más amplias que no obstaculicen las expresiones de la voluntad, pero, a su vez, guarden la seguridad jurídica que recae en sistema registral.

Ahora, en el campo la constitución de sociedades mercantiles, en el cual los paradigmas sobresalientes son el contractualismo y el institucionalismo, los cuales precisamente son replanteadas actualmente por el paradigma organizacionista del contrato societario, la cual halla en Jaeger desde 1959 citado por Salomão Filho<sup>12</sup>, en cuanto a la naturaleza del contrato societario, siendo de ejecución continuada, el interés social es el interés de los socios, por lo cual puede revisarse constantemente, incluso no aplicarse mediante la decisión unánime de los socios. Así, la organización, desde la perspectiva jurídica, significa la coordinación de la influencia recíproca en donde el elemento que distingue el contrato societario se refleja en el valor organizacional.

### ***2.1. Gobernanza digital para el derecho societario e impacto de tecnologías innovadoras***

En cuanto a la gobernanza digital, Whittingham Munévar<sup>13</sup>, ha propuesto por lo menos dos aspectos que deben reconocerse. La primera contempla como elemento central al Estado hasta una perspectiva policéntrica. En la perspectiva centrada en el Estado, prima el liderazgo público que tiene como actor principal, por lo tanto, el régimen político, la gerencia pública y la capacidad del gobierno. La segunda, y útil para los efectos de este trabajo, la perspectiva policéntrica, la gobernanza, es un concepto procedimental que contempla al Estado, la sociedad civil y el sector privado, con importantes diferencias en los papeles atribuidos a cada uno de estos actores.

---

<sup>11</sup> López Peña, <<Blockchain (Cadena de Bloques) y Actividad Notarial en Colombia. Reflexione>> *Notariado y registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión, y crítica*. ed. Por Edmer Leandro López Peña (Tunja, Colombia: Ediciones USTA Universidad Santo Tomás.) Pág. 22-28

<sup>12</sup> Calixto Salomao Filho, *Teoría crítico – estructuralista del Derecho mercantil*. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A). p. 141, 150

<sup>13</sup> María Victoria, Whittingham Munévar. «¿Qué Es La Gobernanza Y Para Qué Sirve?». *Revista Análisis Internacional* (Cesada a Partir de 2015), n.º 2, 2011 (octubre):219-36. <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/24>.

Aquí cabe recordar lo por gobernanza digital se ha sostenido por Naser<sup>14</sup> “es la articulación y concreción de políticas de interés público con los diversos actores involucrados (Estado, Sociedad Civil y Sector Privado), con la finalidad de alcanzar competencias y cooperación para crear valor público y la optimización de los recursos de los involucrados, mediante el uso de tecnologías digitales”.

Llevada la noción de la gobernanza digital al punto de la gobernanza societaria, el paradigma que empieza a surgir está dirigido a la descentralización de la información, la toma decisiones y la consecuente ejecución de las actividades empresariales, heredadas de estructuras centralizadas, y con ello, el uso de las tecnologías blockchain procuran inclusión y representatividad<sup>15</sup>.

Una de estas tecnologías es La DLT o Distributed Ledger Technologies se presenta como tecnología revolucionar que pretende cambiar radicalmente la forma en que se realizan y garantizan muchas de las transacciones mercantiles y civiles, con lo que se plantea la evolución de la actual internet de la información a la internet del valor, es decir, la creación de un ecosistema digital en el que residirá el registro de los intercambios de bienes y activos de las personas. Lo que supondrá la aparición de nuevos tipos de documentos electrónicos, diluyéndose la débil frontera entre datos y documentos<sup>16</sup>.

Esta tecnología permite que no existan intermediarios basándose en el uso de contratos inteligentes y la descentralización de transferencias de valor, y crear sistemas de identificación digital con mayor seguridad, con el empleo de registros inmutables<sup>17</sup>.

Surgen entonces diferentes métodos para el uso de las tecnologías en los entornos contractuales. Así, El método ricardiano aplicado al uso de smartcontract<sup>18</sup> que logre automatización en las instrucciones y descentralización, halla como referente lo publicado por Grigg<sup>19</sup> revela esta modalidad para llevar al lenguaje informático, las palabras y declaraciones que las partes construyen acuerdos de voluntades. Sostiene que, en un sistema de negociación de obligaciones, por ejemplo, un dispositivo contractual básico las partes establecen prestaciones básicas en lenguaje natural, y con el uso de smarcontrat las instrucciones de transferencia estará fijado en códigos en lenguaje programático.

---

<sup>14</sup> Alejandra, Naser. Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental Una guía para su implementación. CEPAL. 2021, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dcb-4cba-830a-99f038835423/content>

<sup>15</sup> Chris Perkins. DAOs: What the ESG movement can learn from blockchain governance. Nov. 15 de 2021. Acceso 07 de noviembre de 2024. <https://blog.coinfund.io/daos-what-the-esg-movement-can-learn-from-blockchain-governance-a7d0c7dbccde>

<sup>16</sup> Elisa, García-Morales.. «Luces Y Sombras Sobre El Impacto Del Blockchain En La gestión De Documentos». Anuario ThinkEPI 12, 2018 (abril):345-51. <https://doi.org/10.3145/thinkepi.2018.58>.

<sup>17</sup> Gómez Martínez, Raúl. *Las Fintech desde la perspectiva del emprendimiento*. : Dykinson, 2024. *Digitalia*, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/156080>

<sup>18</sup> Celina, Díaz Michel, y Jersain Zadamig Llamas Covarrubias. «Contratos Y Blockchain: Contratos Legales Inteligentes. ¿Es Necesario Un Marco Legislativo?». Revista De Investigación En Tecnologías De La Información 11, 2023 (23):42-58. <https://doi.org/10.36825/RITI.11.23.005>.

<sup>19</sup> I. Grigg, "The Ricardian contract," *Proceedings. First IEEE International Workshop on Electronic Contracting*, 2004., San Diego, CA, USA, 2004, pp. 25-31, doi: 10.1109/WEC.2004.1319505.

En el escenario digital, los contratantes tendrían cierto grado de confianza y certeza del negocio, sustentándose en la automaticidad del cumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, con una codificación en la blockchain tendiendo a la descentralización, lo que lleva a plantear una relectura de la libertad contractual<sup>20</sup>

Sin embargo, la búsqueda por disminuir los desperfectos que se ocasionan en las relaciones humanas, en la ejecución de los códigos y nodos, plantean escenarios que el punto jurídico se busca resolver, con lo cual, se pretende que los contratos inteligentes puedan ser legalmente reconocidos, consistiendo básicamente en crear una especie de traducción del código contenido en la blockchain a un idioma natural de los contratos, y así, el contrato tendría dos idiomas: uno compuesto por los códigos que van a ser administrados en la blockchain, y otro que va a ser de contenido legal<sup>21</sup>.

Otra fuente metodológica en el recurso ricardiano para el contrato inteligente, siguiendo la estructura de blockchain, la describe Jeong & Ahn<sup>22</sup> resaltando las características de la seguridad que genera la cadena de bloques, que, a partir de la consideración como un libro contable, los integrantes generan y contralan los datos que dan seguridad a la transacción.

Por ello, en cuento al blockchain y su uso en red una notable peculiaridad técnica:

Cuyas importantes consecuencias jurídicas que posee esta base de datos encadenados y encriptados, es que el intercambio de los datos se hace directamente entre los usuarios sin mediadores o intermediarios, pues las transacciones las verifica la propia red de «nodos» (ordenadores de los usuarios adheridos a la red) en todo momento. El gestor del sistema o la comunidad que la crea se limitan a poner a disposición de los usuarios el propio sistema a modo de red de nodos e instruirles para que operen por su cuenta incorporando datos, esto es, realizando operaciones o «transacciones», que jurídicamente pueden o no ser contratos<sup>23</sup>.

Surge entonces la tecnología DAO, que reside en una plataforma donde el sistema de trazabilidad de transacciones basado en blockchain para que la gestión no está dispuesta para oficinas tradicionales, la Organización Descentralizada Autónoma o DAO (“Decentralized Autonomous Organization”), comprende una organización cuyas reglas de funcionamiento interno y externo están codificadas a través contratos inteligentes y desplegadas en una blockchain pública, regulándose de forma autónoma<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> José E., Valderrama Velandia. Algunas consideraciones del smartcontract en el Derecho Societario Colombiano. Boletín No. 1610 - Diciembre 2023. <https://ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=1419&idedicion=21058>

<sup>21</sup> Gonzalo, Hierro Viétiez. «Introducción Al Blockchain, Los Contratos Inteligentes Y Su Relación Con El Arbitraj»e. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 79, 2021 (noviembre), 299-309. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.016>.

<sup>22</sup> Jeong, SoonHyeong, and Byeongtae Ahn. 2022. “A Study of Application Platform for Smart Contract Visualization Based Blockchain.” *Journal of Supercomputing* 78 (1): 343–60. doi:10.1007/s11227-021-03879-1.

<sup>23</sup> Javier W, Ibáñez Jiménez. «Cuestiones jurídicas En Torno a La Cadena De Bloques («blockchain») Y a Los Contratos Inteligentes (“smart contracts”)». *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, n.º 101 2018 (febrero). <https://doi.org/10.14422/icade.i101.y2017.003>.

<sup>24</sup> Gómez Martínez, Raúl. *Las Fintech desde la perspectiva del emprendimiento*. : Dykinson, 2024. *Digitalia*, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/156080>

Entonces, existen bases epistémicas que sustentan el avance de las tecnologías y su aplicación en los ámbitos societarios, con lo que los ordenamientos jurídicos deberán ajustarse continuamente a las exigencias mercantiles, de tal manera que la gobernanza digital sea una realidad material en las disposiciones regulatorias, como en la implementación de las tecnologías necesarias. Con lo cual, las inversiones en el funcionamiento para el registro mercantil provendrán de recursos públicos como privados, en aras de fomentar tecnologías disruptivas.

Finalmente, los desafíos tecnológicos en la actualidad procuran compensar el balance entre funcionalidad y precisión con inversión necesaria, de tal manera, que se logre encontrar el balance entre la calidad en la visualización o interacción y el coste que va a suponer para la empresa y por ende su reducción o no de su margen de ganancia, como también el diseño de protocolos para darle el tránsito y la trazabilidad a operaciones virtuales, considerando que el blockchain una base de datos de activos digitales distribuida en millones de computadores, la cual no puede ser alterada ni corrompida.<sup>25</sup>

### ***3. Planteamiento de los retos que impone la tecnología al derecho societario***

Las actividades, operaciones, negocios y actos desarrollados a través de un dispositivo electrónico, convirtiendo al mismo soporte electrónico y la nube, en depositario de un sin número de relaciones personales, económicas y sociales inmersas en la Red, que, en la sociedad de la información, es natural, lo que representa enormes ventajas para el usuario, pero a su vez, desafíos.

Una de ellas, se advierte a través de la infraestructura que da soporte a la Red; otra, puede verse en que hay mayores anchos de banda, así como nuevo hardware en el lado de los servidores y la generalización de tecnologías como RDSI (Red Digital de Servicios Integrados), tecnología que permite transmisión de datos, imágenes, voz, video y texto en forma digital, con lo cual, la seguridad jurídica en las transacciones se impone como baluarte para la eficacia de las transacciones entre los usuarios y empresarios que concurren en el mundo digital.

#### ***3.1. Las desventajas del uso de tecnológicas descentralizadas***

La autoejecución que caracteriza a los smart contracts delinea la dificultad que existe a la hora de localizar e identificar a los usuarios que operan dentro de blockchain, lo que pone en riesgo el cumplimiento de la normativa que regule escenarios de transferencias, constitución societaria, incluso de responsabilidad ante los daños que produzcan<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Edgar E., Alayón R. . Tecnologías disruptivas en la transformación digital de las organizaciones en la industria 4.0. *Revista Científica*, 6(21), 2021. 267–281. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2021.6.21.14.267-281>

<sup>26</sup> Javier Martínez Boada,. Cuestiones jurídicas generadas por los smart contracts en el comercio electrónico B2C: foro, jurisdicción aplicable y derecho de desistimiento dentro del ordenamiento jurídico español. *Rev. Derecho [online]*. 2024, n.30 [citado 2024-11-04], e3919. Disponible en: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2393-61932024000201201&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932024000201201&lng=es&nrm=iso)>. Epub 01-Dic-2024. ISSN 1510-3714. <https://doi.org/10.22235/rd30.3919>.

Para este trabajo, se tuvo en cuenta una parte pequeña de todo el universo que se puede describir de las actividades ejecutadas en Internet, particularmente en el registro mercantil y las aproximaciones teóricas a la constitución de sociedades mercantiles por medio de *smartcontract*, proponiendo un acercamiento a este concepto, y planteando algunos interrogantes para futuras investigaciones.

Aparecen en el escenario jurídico el uso de lenguajes de programación, y su uso en diferentes ámbitos mercantiles, como la contratación electrónica, transmisión de derechos a través de blockchain, y recientemente la constitución de sociedades mercantiles, y su influencia en el registro mercantil.

El relevante uso que se puede dar a las aplicaciones que desarrollen códigos para la constitución de smartcontract, sin embargo no se ha determinado o especificado alguna forma específica para su celebración. Es aceptada y existe en la regulación interna, los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional que abonan a la seguridad jurídica en donde converge la conclusión de no requerirse una forma específica de celebración para los contratos<sup>27</sup>.

En cuanto al uso de blockchain, imbuida en el ámbito de los servicios de la sociedad de la Información y el uso de la tecnología de las comunicaciones y la informática, se contratan bienes y servicios por vía electrónica, sea a través de servicios especializados por intermediarios, proveedores de esta tecnología con el uso de la red de comunicación trabada entre quienes acceden a la información de las llamadas cadenas de bloques, transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (Internet), alojamiento de información en servicios y aplicaciones telemáticas, con las cuales, se procesan, almacenan e intercambian datos en línea sin limitación de tiempo, espacio o volumen<sup>28</sup>.

Esta tecnología se sustenta en la tecnología de libro mayor distribuido, que hace referencia a la capacidad para que los usuarios almacenen y accedan a información o registros relacionados con activos y participaciones en una base de datos compartida, a modo de libro mayor, en términos contables, capaz de funcionar sin un sistema de validación central de validación y basada en sus propias normas y procesos<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Mildred Elizabeth, Arteaga Franco. Smart contracts: perspectivas en la legislación mexicana actual y consideraciones para su aplicación. Tesis de Maestría. INFOTEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. 2023. <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1027/616>

<sup>28</sup> Javier W, Ibáñez Jiménez. «Cuestiones jurídicas En Torno a La Cadena De Bloques («blockchain») Y a Los Contratos Inteligentes (“smart contracts”)». ICADE. Revista De La Facultad De Derecho, n.º 101 2018 (febrero). <https://doi.org/10.14422/icade.i101.y2017.003>.

<sup>29</sup> Andrea Pinna & Wiebe Ruttenberg, W. Occasional Paper Series Distributed ledger technologies in securities post-trading. Europa.eu. 2016. pág. 1-35. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbop172.en.pdf>

### **3.2. Privatización de los sistemas de registro ante la gobernanza digital**

En cuanto al registro mercantil, la agilidad de las operaciones mercantiles se obstaculiza por situaciones fácticas que limitan apropiadamente el desarrollo mercantil, como suele suceder en Colombia por la competencia territorial de las Cámaras de Comercio. Sin embargo, una fórmula que se ha aplicado en estatutos modernos es que los actos y contratos celebrados por los representantes legales de las sociedades, que, no siendo extraños a su objeto social, sea que sobrepasen las limitaciones estatutarias, obligan y vinculan a la compañía, no resultando oponible a terceros las limitaciones o restricciones al representante legal<sup>30</sup>.

Sin embargo, particularmente en lo referente al registro y el uso de blockchain, particularmente en el punto de la oponibilidad, resalta, por un lado, que el registro mercantil tiene sustento para otorgar la oponibilidad en la confianza que se le entrega a un tercer imparcial y ajeno al negocio, quien se responsabiliza de la administración de la información. Y, por otro lado, el uso de la blockchain, conlleva en su naturaleza la independencia de una entidad, siendo la misma red interconectada de operadores quienes dan validez a las transacciones.

En este punto, surge en las latitudes latinas las dificultades, o mejor entendido, las deficiencias que los sistemas públicos de registro y control pueden tener respecto de las entidades privadas, lo que pone en una considerable desventaja competitiva, no solo al propio Estado, también a los agentes del mercado involucrados en la economía.

Si bien, la gobernanza digital en los sistemas de administración occidentalizados, giran en torno al sistema privado o privatizado, el acceso a la información, bancos de datos, y soportes tecnológicos de última generación son regidos por consorcios privados, la relación a los procesos de gestión documentaria en las agencias públicas debe darse acceso con un enfoque determinado por parámetros de gestión integrada y coordinada en tiempo y espacio, y a su vez, políticas digitales estatales que sustenten un rol proactivo del Estado en la transformación de su política principalmente a través del empleo de instrumentos de medición e indicadores<sup>31</sup>.

Ahora bien, ante la disrupción tecnológica y el uso de las tecnologías apareja la tendencia al cambio de requerimientos de procesos, y las tecnologías productivas y de prestación de servicio, apoyadas en innovaciones como la robótica, la inteligencia artificial, la nanotecnología y la computación cuántica exigen cambios profundos en los perfiles de competencias de trabajadores y colaboradores, como de los sistemas de gestión, de tal manera que la sociedad percibe una creciente disolución de las barreras entre el mundo físico y el digital<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Jorge Hernan, Gil Echeverry. Derecho societario contemporáneo Estudios de Derecho comparado. 2012. Pág. 129-130. (Cámara de Comercio de Bogotá: Legis Editores S.A.)

<sup>31</sup> Diego Giannone, Mauro Santaniello, Governance by indicators: the case of the Digital Agenda for Europe. - *Information, Communication & Society*, 2018/05/05 (22) Doi: 10.1080/1369118X.2018.1469655

<sup>32</sup> Ana Lilia C., "UN ACERCAMIENTO AL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS." *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* 1, no. 3 (2018):63-71. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=721778097010>

Precisamente, recordando lo que puede considerarse respecto de las cadenas de bloque y su implementación en la descentralización

La idea más poderosa de esta tecnología es el hecho de que la base está distribuida y la confianza se deposita en la colaboración en masa y no en una institución. No hay duda de que el potencial uso del blockchain es inimaginable para poder retirar organizaciones de mercados monopolísticos u oligopólicos y para dar pie a una economía más colaborativa, además en términos de seguridad es uno de los sistemas más robustos que existen, con lo que empresas por ejemplo implementando proyectos de big data o IoT (internet de las cosas) podrán incorporar el blockchain como sistema de descentralización y asegurar la información compartida<sup>33</sup>

De tal manera que se dará ante la innovación, sea de producto o de proceso, tipo incremental, con mejoras sustanciales en los componentes del producto, pero manteniendo invariable su arquitectura, e tal forma que la tecnología disruptiva es una tecnología nueva que invade el mercado principal, atacando la tecnología dominante<sup>34</sup>, y llevará que dichas tecnologías llevadas al campo societario encuentren algún nicho que sea competitivo y ventajoso, llegando a adaptarse invadiendo y desplazando a la tecnología dominante.

### ***3.3. Cambios formales, estructurales y sustanciales en las funciones registrales***

Por lo general en la cultura y sistema occidental de registro, la seguridad que la figura del notario o registrado impone a las transacciones y a la transferencia de bienes, información que se soporta en la inscripción y custodia de documentos, son derroteros para que los actos sean satisfactorios a la luz de la ley.

En la medida que las legislaciones han fomentado el uso de las tecnologías sostenibles<sup>35</sup>, en Colombia se ve reflejado en el artículo 2.2.2.38.6.4. del Decreto 1074 de 2015, en el que dispone que la petición de matrícula, su renovación y en general cualquier solicitud de inscripción de actos o documentos relacionados con los registros públicos, y en lo relacionado con el registro mercantil, se efectuará mediante el intercambio electrónico de mensajes de datos o a través de formularios prediligenciados, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto-ley 019 de 2012, pretendiendo la simplificación de trámites administrativos.

Precisamente, la crítica que cierne sobre los registros descentralizados, está dada porque el registro blockchain no supone la formación de ningún archivo de custodia o conservación de documentos, por cuanto la cadena registra la existencia en el tiempo de códigos y la evidencia de su modificabilidad, pero no acerca del contenido, lo que supone una serie de escenarios

---

<sup>33</sup> Edgar E., Alayón R. . Tecnologías disruptivas en la transformación digital de las organizaciones en la industria 4.0. *Revista Científica*, 6(21), 2021. 267–281. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2021.6.21.14.267-281>

<sup>34</sup> Esteban, Fernández, , y Sandra, Valle. 2018. «Tecnología disruptiva: la derrota de las empresas establecidas». *Innovar* 28 (70):9-22. <https://doi.org/10.15446/innovar.v28n70.74404>.

<sup>35</sup> Richard E. Susskind, *El abogado del mañana: una introducción a tu futuro*. Pag. 77. .

hipotéticos en el caso de pérdida, destrucción o modificación arbitraria de la información, en el punto del contenido y su posterior cotejo será imposible<sup>36</sup>

También propone el debate, no solo académico sino legislativo, por cuanto no se tienen una regla o fuerza normativa, o protocolo que aun autorice y de valor jurídico a la expedición de copia desde la blockchain, o el software que se maneje, para que se le de alcance o valor jurídico al original.

El rigor formal entonces, entra en la dicotomía para imputar a la cadena de bloques un valor de contenido legal y jurídico a través de la expresión “ad solemnitatem”, o esencial, que en el caso de pérdida del archivo supondría la pérdida de toda prueba de su contenido, o por otro lado, virtudes como requisito “ad probationem”, lo cual ante la permanencia, integridad, y accesibilidad reflejaría desventajas.

Hacia la simplificación y flexibilización del derecho societario, es fundamental analizar la influencia regulatoria, como las consecuencias de los elevados requerimientos normativos, de tal manera que, contando con el impulso legislativo en la creación de normativas facilitadoras de los diversos aspectos societarios, en la constitución del contrato social, y la implementación de la tecnología, se puede plantear niveles de eficacia, en el punto de más

regulación si no mejor regulación, más simple y menos costosa de aplicar se generaría eficiencia. Ideas que se logran encaminar con el apoyo doble de la flexibilidad y la simplicidad, lo que permitirá configurar a la sociedad mercantil con una estructura ligera por dispositiva, y con los caracteres principales de la personalidad jurídica y la oponibilidad<sup>37</sup>.

Finalmente, hallar la particular sincronía del aspecto público y privado, con el uso de las tecnologías en la creación de valor, y la seguridad jurídica de los usuarios, se lograría con el ajuste de la administración pública como los operadores de justicia referente a los elementos de juicio que pongan en sus manos, sin limitaciones técnicas o ideológicas que puedan acarrear las nuevas realidades, reconociendo certidumbre y sujeción a al ordenamiento jurídico con la iniciativa en la aplicación de las tecnologías.

## **CONCLUSIONES**

Este panorama en la actualidad impone la necesidad de interactuar con enormes cantidades de información y de datos, como de mecanismos digitales útiles para el manejo de estos recursos, lo que lleva a las empresas y las entidades gubernamentales a imponerse a si mismo, diferentes retos a superarse en la medida del avance la tecnología.

---

<sup>36</sup> Javier González Granada. ¿Enviaré blockchain de vacaciones a los notarios?, abril 4, 2016, <https://notariabierta.es/enviara-blockchain-vacaciones-los-notarios/>

<sup>37</sup> Marta, García Mandaloniz,. Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada: Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible. Spain: Dykinson, 2020. Digitalia, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/76699>

Por lo tanto, los cambios sociales y tecnológicos, a pesar de darse en alguna medida concomitantes, se tienen diferencias tangenciales. Los cambios sociales impulsados por las necesidades de las poblaciones, o los intereses de algunos sectores, ceden en tiempos y espacios para lograr reconocimientos posteriores en leyes, normas o convenciones. Mientras tanto, los cambios tecnológicos no reconocen tiempos y convenciones, y por ello, su implementación aventaja las ciencias sociales conocidas.

Las políticas públicas destinadas a la gobernanza digital, están llamadas a brindar soluciones técnicas como tecnológicas apropiadas para los ciudadanos, empresarios y comerciantes, a fin que privatización de estos usos tecnológicos afecte la competitividad regional y global.

La vanguardia esta dada por las orientaciones que tanto en la Unión Europea, como las tendencias teóricas que se vislumbran, contribuyan a mejorar las condiciones societarias y contractuales, donde la tecnología y las formas tradicionales se conjuguen, para que se avance positivamente.

Los retos planteados, son a su vez, otros horizontes que requieren y necesitan profundizarse, a fin de hallar reales formulas de solución, y se logren materializar en la regulación de ser necesario, como en las conductas de los contratantes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Adell Segura, Jordi, Linda Castañeda Quintero, y Francesc Esteve Mon. 2018. «¿Hacia la Ubersidad? Conflictos y contradicciones de la universidad digital». *RIED-Revista Iberoamericana de Educación a Distancia* 21 (2):51-68. <https://doi.org/10.5944/ried.21.2.20669>.

Arteaga Franco, Mildred Elizabeth. 2023. Smart contracts: perspectivas en la legislación mexicana actual y consideraciones para su aplicación . [Tesis maestría, INFOTEC]. Disponible en <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1027/616>

Alayón Rodríguez, Edgar Eduardo. Tecnologías disruptivas en la transformación digital de las organizaciones en la industria 4.0. *Revista Scientific*, 6(21), 2021. 267–281. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2021.6.21.14.267-281>

Castillo Coto, Ana Lilia. "UN ACERCAMIENTO AL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS." *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* 1, no. 3 (2018):63-71. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=721778097010>

Díaz Michel, Celina, y Jersain Zadamig Llamas Covarrubias. 2023. «Contratos Y Blockchain: Contratos Legales Inteligentes. ¿Es Necesario Un Marco Legislativo?». *Revista De Investigación En Tecnologías De La Información* 11 (23):42-58. <https://doi.org/10.36825/RITI.11.23.005>.

- Fernández, Esteban, y Sandra Valle. 2018. «Tecnología disruptiva: la derrota de las empresas establecidas». *Innovar* 28 (70):9-22. <https://doi.org/10.15446/innovar.v28n70.74404>.
- García Mandaloniz, Marta. *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada: Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*. Spain: Dykinson, 2020. *Digitalia*, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/76699>
- García-Morales, Elisa. 2018. «Luces Y Sombras Sobre El Impacto Del Blockchain En La gestión De Documentos». *Anuario ThinkEPI* 12 (abril):345-51. <https://doi.org/10.3145/thinkepi.2018.58>.
- Gil Echeverry, Jorge Hernan (2012). *Derecho societario contemporáneo Estudios de Derecho comparado*. (Cámara de Comercio de Bogotá: Legis Editores S.A.)
- Giannone, Diego & Santaniello, Mauro Governance by indicators: the case of the Digital Agenda for Europe, *Information, Communication & Society* – 22. 2018/05/05. DOI: 10.1080/1369118X.2018.1469655
- Grigg, I, "The Ricardian contract," *Proceedings. First IEEE International Workshop on Electronic Contracting, 2004.*, San Diego, CA, USA, 2004, pp. 25-31, doi: 10.1109/WEC.2004.1319505.
- Hierro Viétiez, Gonzalo. 2021. «Introducción Al Blockchain, Los Contratos Inteligentes Y Su Relación Con El Arbitraj»e. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 79 (noviembre), 299-309. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.016>.
- Ibáñez Jiménez, Javier W. 2018. «Cuestiones jurídicas En Torno a La Cadena De Bloques («blockchain») Y a Los Contratos Inteligentes (“smart contracts”)». *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, n.º 101 (febrero). <https://doi.org/10.14422/icade.i101.y2017.003>.
- Jeong, SoonHyeong, and Byeongtae Ahn. 2022. “A Study of Application Platform for Smart Contract Visualization Based Blockchain.” *Journal of Supercomputing* 78 (1): 343–60. doi:10.1007/s11227-021-03879-1.
- López-Peña, Edmer Leandro. *Blockchain (Cadena de Bloques) y Actividad Notarial en Colombia. Reflexiones*. En López Peña, E.L. (Comp.). *Notariado y registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión, y crítica*. 2021. Pag. 9-47. (Tunja, Colombia: Ediciones USTA Universidad Santo Tomás)
- Martinez Boada, Javier. *Cuestiones jurídicas generadas por los smart contracts en el comercio electrónico B2C: foro, jurisdicción aplicable y derecho de desistimiento dentro del ordenamiento jurídico español*. *Rev. Derecho*, Montevideo , n. 30, e3919, dic. 2024 . Disponible en <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2393-](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-)

- 61932024000201201&Ing=es&nrm=iso>. accedido en 04 nov. 2024. Epub 01-Dic-2024. <https://doi.org/10.22235/rd30.3919>
- Martínez Hidalgo, Luis Edwins, & Farfán Torrelles, Elio Amílcar,. Tecnologías disruptivas. Cambios y paradigmas. En Revista CITIS. Vol 1, Nro 1. Enero-Junio 2022. Pp. 63-80. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/citis/v1n1/art05.pdf>.
- Naser, Alejandra. 2021. Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental Una guía para su implementación. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dcb-4cba-830a-99f038835423/content>
- Perkins, Chris. DAOs: What the ESG movement can learn from blockchain governance. Nov. 15 de 2021. Acceso 07 de noviembre de 2024. <https://blog.coinfund.io/daos-what-the-esg-movement-can-learn-from-blockchain-governance-a7d0c7dbccde>
- Pinna, Andrea & Ruttenberg, Wiebe. (2016). Occasional Paper Series Distributed ledger technologies in securities post-trading. Europa.eu. pág. 1-35. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbop172.en.pdf>
- Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Artículo 2.2.2.38.6.4. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. [DECRETO 1074 DE 2015]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>
- Rengifo Rodríguez, L. (6 de septiembre de 2023). La constitución de una S.A.S. a través de una Smart Contract. *Asuntos:Legales*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-constitucion-de-una-sas-a-traves-de-una-smart-contract-3696884>
- Sancho Villa, Diana. 2000. «La Transferencia Internacional De La Sede Social En El Comercio Internacional». *Boletín Económico De ICE* 1 (2674). <https://www.revistasice.com/index.php/BICE/article/view/2434>.
- Salomão Filho, Calixto. (2017). Teoría crítico-estructuralista del Derecho Mercantil. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A.
- Silva Robles, C., Jiménez Marín, G., & Zambrano, R. E. (2012). De la sociedad de la información a la sociedad digital. Web 2.0 y redes sociales en el panorama mediático actual. *Revista F@ro*, 1(15). Pp. 2-14. <https://revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/61>
- Susskind, Richard. (2020). El abogado del mañana Una introducción a tu futuro. 1ra Edición en castellano. Las Rosas, Madrid: Wolters Kluwer.

Valderrama Velandia José E. 2023 Algunas consideraciones del smartcontract en el Derecho Societario Colombiano. Boletín No. 1610  
<https://ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=1419&idedicion=21058>

Whittingham Munévar, María Victoria. 2011. «¿Qué Es La Gobernanza Y Para Qué Sirve?». Revista Análisis Internacional (Cesada a Partir de 2015), n.º 2 (octubre):219-36.  
<https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/24>.

## *La gestión de conflictos de interés en las relaciones con proveedores de mercancía*

Humberto Elias Carrillo Otamendi\*  
Alejandro Ignacio Ramírez Padrón\*\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 385-399

**Resumen:** Los conflictos de interés en las relaciones con proveedores de mercancía se configuran cuando los intereses personales de un individuo perteneciente a una organización se sobrepone o entran en tensión ante el interés de la misma organización. Se manifiestan a través de la subjetividad en la toma de decisiones por tener relaciones interpersonales o familiares, recibir compensaciones no estipuladas por la organización y también mediante beneficios financieros externos de los proveedores de mercancía. Para mitigar este riesgo, las organizaciones deben crear e implementar políticas internas efectivas que incluyan canales de denuncia, entrenamientos, revisiones regulares de los contratos y un código de conducta.

**Palabras clave:** Proveedor de mercancía; Conflicto de interés; Cumplimiento normativo; Riesgos; Comercio.

### *Management of Conflicts of Interest in Merchandise Supplier Relationships*

**Abstract:** Conflicts of interest in relationships with suppliers of goods are configured when the personal interests of an individual belonging to an organization overlap or come into tension with the interests of the organization itself. They manifest themselves through subjectivity in decision making due to interpersonal or family relationships, receiving compensation not stipulated by the organization and through external financial benefits from merchandise suppliers. To mitigate this risk, organizations should create and implement effective internal compliance policies that include whistleblower channels, training, regular contract reviews and a code of conduct, etc.

**Keywords:** Supplier of goods; Conflict of interest; Compliance; Risks; Trade.

**Recibido:** 11/11/2024  
**Aprobado:** 24/11/2024

---

\* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, 2023); Cursando el Programa de Estudios Avanzados en Buen Gobierno Corporativo y Cumplimiento (Universidad Católica Andrés Bello).

\*\* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, 2022); Cursando el Programa de Estudios Avanzados en Buen Gobierno Corporativo y Cumplimiento (Universidad Católica Andrés Bello).

# *La gestión de conflictos de interés en las relaciones con proveedores de mercancía*

Humberto Elias Carrillo Otamendi\*  
Alejandro Ignacio Ramírez Padrón\*\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 385-399

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Riesgos comunes de un conflicto de interés con proveedores de mercancía; 2. Consecuencias del conflicto de interés con proveedores de mercancía; 3. Mecanismos para mitigar los riesgos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA**

## **INTRODUCCIÓN**

La naturaleza gregaria del ser humano, caracterizada por su tendencia innata a la convivencia y la colaboración, paradójicamente también lo expone a una realidad inevitable: el conflicto de interés. Autores como Pfeffer, han realizado aproximaciones históricas al concepto, remontándose a la obra literaria de José de la Vega. En este sentido, De la Vega ya en su época comentaba sobre la necesidad de que las leyes definieran pautas claras para aquellos que, al asumir diversos roles, se enfrenten a la disyuntiva de privilegiar su interés personal sobre el interés de la entidad que representan<sup>1</sup>.

De esta idea podemos reconocer que el conflicto de interés es un problema con el que todas las sociedades mercantiles, empresas o simplemente “organizaciones” ya que engloba un mayor número de entidades, conviven diariamente, estos no se pueden evitar completamente y por la misma naturaleza de las organizaciones y de sus representantes siempre existirá este riesgo latente.

En el presente artículo, nos dispondremos a exponer esta problemática, específicamente, los conflictos de interés que nacen de las relaciones con proveedores de mercancía. Actualmente, no hay una precisión o uniformidad por parte de la doctrina y sus distintos autores sobre el concepto “conflicto de interés”, por lo que iremos desligando concepto a concepto para presentar, una aproximación a este objeto de investigación.

---

\* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, 2023); Cursando el Programa de Estudios Avanzados en Buen Gobierno Corporativo y Cumplimiento (Universidad Católica Andrés Bello).

\*\* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, 2022); Cursando el Programa de Estudios Avanzados en Buen Gobierno Corporativo y Cumplimiento (Universidad Católica Andrés Bello).

<sup>1</sup> Francisco Pfeffer Urquiaga, citado por: Germán Pfeffer Urquiaga, *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales* (Santiago, Lexis Nexis, 2002), p. 42.

Según la Real Academia Española (RAE) el conflicto podría definirse como “Combate, lucha, pelea”<sup>2</sup>. El interés lo define como “Provecho, utilidad, ganancia.”<sup>3</sup>. Otros definen al Proveedor como “aquella persona física o jurídica que suministra profesionalmente un determinado bien o servicio a otros individuos o sociedades, como forma de actividad económica y a cambio de una contraprestación”<sup>4</sup>.

Por lo tanto, tomando como base estos conceptos podríamos definir al conflicto de interés en las relaciones con proveedores de mercancía de la siguiente manera: Es una situación o circunstancia en la cual los intereses personales de un individuo, perteneciente a una organización se sobreponen o son incompatibles sobre los deberes profesionales o interés de la organización. Esto debido a que tiene una relación ya sea económica, amistosa, familiar, amorosa, etc. con un tercero el cual es un proveedor de bienes o servicios de la organización a la que pertenece y, por su posición en la misma puede contratar, utilizar información confidencial de la entidad, documentos o datos para beneficiar sus necesidades personales en contraposición del interés de la organización.

En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una “institución-corporación”, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, colaboradores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social es la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés social del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social<sup>5</sup>.

En estos tipos de conflicto, la persona que incurre en estos actos, es considerado un individuo ajeno a la empresa, es decir el individuo en su condición independiente e individual y no como un individuo que forma parte de una organización. La importancia de esto radica en que cuando se configura una presunta situación de conflicto de interés, la organización debe investigar al individuo de manera independiente e individual, ya que es el actuar del individuo el que dará la respuesta definitiva si se ha configurado o no un conflicto de interés. Cuando nos referimos a los individuos, no tiene que ser obligatoriamente un trabajador, también pueden estar involucrados directores, accionistas o en general, cualquier persona que forme parte de una organización y tenga un deber de lealtad y/o un deber profesional.

El deber de lealtad es un principio fundamental del derecho privado y puede entenderse como aquella obligación de cualquier sujeto de anteponer los intereses del principal a los que son suyos<sup>6</sup>. Generalmente se da en el derecho societario, aunque no es exclusivo de este.

---

<sup>2</sup> Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/conflicto?m=form>.

<sup>3</sup> Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s?m=form>

<sup>4</sup> Economipedia, “Proveedor: que es, que hace y ejemplos” Javier Sánchez Galán (2024)

<sup>5</sup> Álex Plana Paluzie, Interés Social de las Sociedades de Capital, *Blog Entre Leyes y Jurisprudencia*, compilado de STS de 19 de febrero de 1991. <https://www.leyesyjurisprudencia.com/2016/10/interes-social-de-las-sociedades-de.html>

<sup>6</sup> Jesús Martínez-Cortés Gimeno, El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas, En: *Cuaderno de Derecho y Comercio*, Nro. 65, 2016, p. 44.

El conflicto de interés se configura mediante la mala fe del individuo. Una vez que el individuo ingrese a una organización, todas las obligaciones que asuma dentro de la misma, debe hacerla en función del interés social de la misma. Asume un deber profesional con la organización y al sobreponer su beneficio personal en detrimento del interés social, estaría actuando de mala fe y de una manera parcializada que podría ocasionarle graves daños a la organización.

La mala fe podría definirse como “(...) ausencia de buena fe, que sería su opuesto. La mala fe lleva implícita una cierta malicia, falta de rectitud, una voluntaria y consciente ilicitud en el obrar, cuando no una intención positiva y culpable de engañar (...)”<sup>7</sup>.

## ***1. La identificación de riesgos comunes***

Ya teniendo claro cuál es el concepto general de este artículo, procederemos a plantear la problemática común y las posibles soluciones para estas situaciones o circunstancias, que como lo mencionamos anteriormente, no se puede eliminar completamente pero sí se pueden plantear mecanismos o normas para mitigar estos riesgos.

Primero, hay que tener claro que hay varios conflictos de interés, los cuales pueden ser entre empresa y trabajadores, entre accionistas y directores, entre empresa y cliente y la que nos ocupa en este caso, el cual es entre empresa o sus miembros y proveedores de servicio o mercancía.

En todas las empresas o sociedades, la correcta gestión del conflicto de interés es de suma importancia ya que resguarda la reputación, transparencia e integridad en las relaciones comerciales que se tengan con terceros. Con respecto a las relaciones con los proveedores de mercancía, los riesgos que más frecuentan, son con relación a sobornos, impulso de empresas familiares o propias, o en general cualquier otra situación en la que no esté como prioridad el interés de la empresa.

Ahora bien, ¿Cómo podemos identificar los riesgos más comunes de un conflicto de interés con proveedores de mercancía? Estos conflictos radican en decisiones sesgadas por un interés personal sobre el interés social de la empresa. De ello, podría resultar la contratación a terceros de una manera desfavorable para la empresa, comprometiendo la calidad de la mercancía y encareciendo los costos de la misma. Los ejemplos comunes de esta problemática son los siguientes:

### ***1.1. Relaciones interpersonales o familiares***

Como lo mencionamos anteriormente, cuando un individuo integrante de una organización tiene una relación interpersonal o familiar con un proveedor de mercancía, existe una alta probabilidad de que sus decisiones se vean favorables o parciales hacia el proveedor, causando esto que la contratación del proveedor de mercancía se vea manchada por la parcialidad y no por la objetividad.

---

<sup>7</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico «Mala fe» (2023): <https://dpej.rae.es/lema/mala-fe>

Existe también casos frecuentes con respecto a las relaciones del individuo en las que el mismo busque u otorgue la contratación del proveedor de mercancía para impulsar la empresa de un familiar, amigo o pareja, así como también, la contratación de un proveedor de mercancía en las que el individuo tenga una participación en el negocio familiar, del amigo o pareja.

### **1.2. *Compensaciones no estipuladas por la organización***

Los favores, regalos, viajes o en general, cualquier tipo de compensación por parte de un proveedor de mercancía tiene el efecto o genera la posibilidad de que el individuo tenga una parcialidad en sus decisiones. Por lo que comúnmente se observa cómo los proveedores de mercancía dan compensaciones no estipuladas a individuos en puestos de toma de decisiones para obtener la contratación. Aquí vemos como los proveedores de mercancía dan un incentivo al individuo para que lo contrate como proveedor, afectando así su objetividad en las decisiones, en las cuales obtendría un beneficio personal.

En este caso, surgen dos riesgos. El primero, la pérdida de la objetividad de la contratación con base a elementos que aporten valor a la organización y se alineen con su cultura organizacional. La mercancía que ofrece el proveedor a la organización podría no ser de la mejor calidad, pero incentivando al individuo con una compensación podría lograr la contratación de sus bienes o servicios aún cuando su mercancía no sea la esperada por la organización.

El segundo riesgo que se podría generar para la organización es con respecto a las licitaciones o los procesos objetivos de contratación previstos en la organización. El individuo, en razón de la compensación otorgada por el proveedor de mercancía, podría contratarlo saltándose o evitando los procesos de contratación establecidos en la organización y podría contratar a un proveedor de mercancía que no ofrezca los mejores bienes o servicios a un precio mayor, arriesgándose a perder la oportunidad de contratar a un proveedor con una mejor calidad de mercancía y a un precio menor o a un mismo precio pero mejor calidad de mercancía que la del proveedor otorgante de la compensación.

Otro caso que podría llegar a suscitarse es que el proveedor de mercancía otorgue una compensación a un individuo integrante de la organización con la que contrata para que el mismo compre más mercancía de la que necesita la organización.

### **1.3. *Beneficio financiero externo del individuo***

Este conflicto surge cuando un individuo, integrante de una organización que tenga un puesto de decisión, tiene inversiones personales o algún tipo de participación financiera con un proveedor de mercancía, influyendo en la objetividad a la hora de la toma de decisiones en la contratación.

El caso más común en este tipo de conflicto de interés se puede ver cuando el individuo contrata a un proveedor de mercancía por el hecho de que tiene un beneficio financiero con la misma, por lo que se configurarían dos riesgos. El primero, respecta a la objetividad de la contratación. El individuo deja a un lado el interés social de la organización, sobreponiendo su interés personal y así obtener un beneficio financiero

externo, mediante la contratación de un proveedor de mercancía en el cual tiene una cuota de participación o una inversión personal.

El segundo riesgo se configuraría con respecto a la competitividad. El individuo al tomar la decisión sesgada de contratar a un proveedor de mercancía con el cual tiene algún beneficio financiero estaría afectando la competencia y así la reputación de la organización a la que pertenece, lo que podría acarrear la pérdida de oportunidades de negocio que podrían ser más valiosas para la organización.

#### ***1.4. Promesa futura de trabajo***

Pueden surgir situaciones en las que un individuo que se encuentra en una posición de tomar decisiones dentro de una organización asegure una futura oportunidad de trabajo con el proveedor de mercancía con el cual se tiene una relación comercial. El factor importante en este conflicto de interés es que la promesa futura de trabajo o arreglo de futuro trabajo ocurra o sea ofrecida mientras se mantenga la relación comercial entre ellos.

## ***2. Consecuencias del conflicto de interés con Proveedores de Mercancía***

Los conflictos de interés no se pueden evitar con carácter absoluto. De hecho, el potencial conflicto de interés es prácticamente inherente al funcionamiento de cualquier organización. Existe una probabilidad muy significativa que en el devenir de los asuntos de la organización se den situaciones en las que se produzca un conflicto de interés frente a la misma de un determinado Director o miembro de la alta gerencia, y así con cualquiera de sus miembros<sup>8</sup>.

El bien jurídico que puede verse afectado en el conflicto de interés con proveedores de mercancía es el interés social de la organización. Por ello, es de suma importancia que el interés social tenga un mayor peso e importancia sobre el interés personal del individuo a la hora de tomar decisiones de la organización. Si dicho bien no se protege con la implementación de mecanismos internos, podrían suscitarse ciertas consecuencias que serían perjudiciales para la organización.

Es conveniente resaltar el porqué es tan riesgoso para una organización los conflictos de interés con los proveedores de mercancía. Los principales riesgos son reputacionales, tienen su incidencia en la pérdida de confianza. Un conflicto de interés puede traer como consecuencia graves daños para la reputación de una organización, en el caso de los proveedores de mercancía sería en general la dificultad de contraer relaciones comerciales con terceros por falta de confianza, lo que ocasionaría grandes pérdidas económicas para la organización o por lo menos un encarecimiento de las mismas.

Las principales consecuencias en caso de que se configure un conflicto de interés con proveedores de mercancía son las siguientes:

---

<sup>8</sup> Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27.

### ***2.1. Disminución o pérdida total de la confianza con proveedores de mercancía***

La confianza entre la organización y los proveedores de mercancía se vería afectada gravemente, los mismos al percibir una parcialidad o subjetividad en sus decisiones ocasionaría la disminución o la terminación absoluta de sus relaciones comerciales. Si los conflictos de interés llegaran a configurarse dentro de la organización, los proveedores de mercancía podrían llegar a terminar la relación con los mismos, influyendo en terceros proveedores de mercancía que aspiren la contratación con la organización, dañando así su posición en el mercado.

### ***2.2. Reputación afectada***

Las decisiones tomadas por parte de los individuos de una organización sin fundamento objetivo podrían ser percibidas por los proveedores de mercancía como inmorales o deshonestas, afectando como la organización es percibida por los ojos del público y una dificultad en el ámbito comercial, caracterizado por el desinterés de terceros proveedores de mercancía de contratar con la organización.

### ***2.3. Acciones legales***

Conforme al país en el que se encuentre establecida la organización y en base a sus leyes nacionales, tanto los individuos como la organización podrían enfrentar acciones legales iniciadas por los órganos pertinentes. Estas podrían ser multas, sanciones o dependiendo del caso en específico de conflicto de interés se podría llegar a iniciar procedimientos penales tanto en contra de los individuos como de la organización. Así mismo, los órganos y entes pertinentes, podrían iniciar averiguaciones, fiscalizaciones o cualquier tipo de investigación en general por un tiempo prolongado, lo que podría ocasionar para la organización un gran gasto de recursos económicos. De igual manera, por los mismos procesos investigativos, los entes podrían detener la operatividad de la empresa y causar de igual manera un perjuicio económico.

### ***2.4. Consecuencias financieras para la organización***

Esta consecuencia impacta en las relaciones comerciales. Los proveedores de mercancía podrían llegar a terminar su relación comercial con la organización o incluso podrían contratar con los competidores de la organización, lo que causaría una disminución importante en la operatividad de la organización. También podría ocurrir para las organizaciones que cotizan en la bolsa de valores que sus acciones bajen. Los inversionistas al ver que se suscitan casos de conflicto de interés no se querrían ver afectados o ser parte de los mismos, vendiendo así sus acciones y causando que el valor de las acciones de la organización en la bolsa baje.

### ***2.5. Afectación a la cultura corporativa de la organización***

La cultura corporativa es la manera en que una organización guía sus acciones y cómo se relaciona con sus clientes, propietarios, así como sus empleados. Se dice que la cultura corporativa se refleja en prácticas, políticas y comportamientos a ser adoptados por los empleados.

El mayor desafío de la cultura corporativa es su puesta en práctica, siendo un trabajo que dedica tiempo y recursos. Se debe hacer que los comportamientos y valores deseados previstos en los planes de cultura organizacional sean incorporados en cada acción de la organización.

La cultura corporativa se compone de tres elementos básicos, como veremos a continuación:

- a. **Supuestos:** Son las creencias y sentimientos que aún están inconscientes, pero presentes en los empleados de la empresa. Las primeras impresiones que tiene un nuevo empleado al llegar a la empresa, por ejemplo.
- b. **Valores Compartidos:** son los valores importantes para la empresa, que definen por qué el equipo realiza sus tareas. Es un nivel con gran influencia en la toma de decisiones y la justificación.
- c. **Artefactos:** Estos son símbolos, prácticas de gestión, servicios, historias y patrones. Estas son las más concretas que podemos observar en una empresa.

La construcción de una cultura empresarial comienza desde el nivel más consciente (arteactos) hasta el más inconsciente (supuestos). Por tanto, las formas de actuar y retratar la organización se van mostrando paulatinamente en la práctica laboral de la organización<sup>9</sup>.

En un ambiente en el que se susciten conflictos de interés dentro de la organización, el ambiente laboral y su entorno puede volverse hostil, los individuos pueden llegar a sentirse desmotivados, lo que podría afectar la operatividad. De igual manera se verían afectados los valores de la empresa, lo que impactaría la objetividad a la hora de la toma de decisiones y un ambiente poco ético donde las actuaciones inmorales y deshonestas de los individuos se volverán cada vez más comunes.

### ***3. Mecanismos para mitigar los riesgos***

Gestionar de manera adecuada y exitosa los conflictos de interés con proveedores de mercancía es fundamental para asegurar una buena posición y diferenciar a una organización de la competencia. Los mecanismos para mitigar riesgos te conceden integridad y transparencia lo que es sumamente atractivo para los proveedores de mercancía a la hora de contratar con una organización, es esencialmente lo que les da la seguridad necesaria para contratar. Al crear e implementar políticas internas que promuevan el buen gobierno corporativo, las organizaciones lograrían mitigar efectivamente los riesgos de conflicto de interés y lograrían un ambiente ético dentro de la misma.

Creemos que es necesario implementar políticas internas que incluyan los mecanismos necesarios para mitigar los riesgos de conflicto de interés con proveedores de mercancía. Es por esto que estableceremos a continuación los mecanismos que consideramos pertinentes para el caso que nos ocupa.

---

<sup>9</sup> Da Silva, Douglas. 29 de julio 2022 «Cultura corporativa de una empresa: que és y cómo puede ayudar a tu negocio» Blog de Zendesk <https://www.zendesk.com.mx/blog/cultura-corporativa-de-una-empresa/>

### 3.1. Política de conflicto de interés

Las organizaciones deben de desarrollar políticas que claramente definan los conflictos de interés y específicamente cuales son considerados conflictos de interés con proveedores de mercancía. Esto posee vital importancia debido a la dificultad de definir conflicto de interés y concretamente en el ámbito de la contratación mercantil. Seguidamente, cuáles son los pasos para gestionarlos y establecer un órgano administrador interno el cuál sea el encargado de gestionar todos los casos que puedan configurarse como conflicto de interés. Se recomienda que la persona que dirija este órgano administrador sea un oficial de cumplimiento o *compliance officer*.

Los oficiales de cumplimiento se aseguran de que las personas que violen las regulaciones y reglas sean reprendidas por la política disciplinaria interna, así como una importante labor de prevención. Tomar medidas disciplinarias es responsabilidad de la gerencia. El oficial de cumplimiento debe monitorear cómo se investiga cada caso de irregularidad y de esa manera detectar cualquier inconsistencia presentada para garantizar que no continúen y que se tomen las medidas disciplinarias necesarias contra el individuo en cuestión.

De esa forma, los oficiales son aquellos llamados a cerrar las *lagunas* en los procesos y lograr que estos errores no reiteren. Cuando se determina que un problema o irregularidad particular ocurrió debido a un defecto del sistema, por ejemplo que el proceso no se definió bien o completamente, el oficial de cumplimiento deberá informar a los departamentos relevantes y así se tomen las medidas correctivas necesarias<sup>10</sup>.

Asimismo, todo desarrollo de políticas sobre conflicto de interés debe tener presente la imposibilidad de crear algún catálogo de todas las situaciones generadoras de conflictos de interés posibles. En tal sentido el profesor Castagnino asevera:

“No es posible contar con un catálogo de situaciones generadoras de conflicto de interés. Resulta imposible elaborar una clasificación que pretenda aglutinar a todos los supuestos de hechos que podrían desencadenar en un conflicto de interés, será necesario analizar cada caso en particular. Si bien hay situaciones que pueden coincidir, habrá otras que no, todo dependerá del nivel de tolerancia al riesgo de cada organización, el tipo de negocio, etc. Por ejemplo, no es igual las situaciones consideradas como tolerables en una empresa familiar que en una empresa que no lo es”<sup>11</sup>.

### 3.2. Política de declaración

Implementar una política de declaración. Al contratar con un proveedor, estos se deben adherir al cumplimiento de la misma. En esta política, todos los proveedores deben hacer una declaración a la organización con la que están estableciendo relaciones comerciales de conflicto de intereses.

---

<sup>10</sup> Financial Crime Academy. 1 de abril de 2024 «Oficial de Cumplimiento: Roles y responsabilidades importantes del Oficial de Cumplimiento» <https://financialcrimeacademy.org/es/oficial-de-cumplimiento-roles-y-responsabilidades-importantes-del-oficial-de-cumplimiento/>

<sup>11</sup> Diego Tomás Castagnino, La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo. En: Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 12, 2023, p. 82.

Es decir, los proveedores de mercancía deberán declarar a la organización si hay algún conflicto de interés con algún individuo en puesto de toma de decisiones con el cual se podría llegar a configurar un conflicto de interés. La declaración puede ser por un riesgo de conflicto de interés que se pueda configurar en la actualidad o que pudiera llegar a configurarse en un futuro.

De igual manera, esta política también aplica para la organización. En caso de contratación con un proveedor de mercancía, todos los individuos deberán declarar ante el órgano administrador si hay un conflicto de interés con el mismo o si en algún momento futuro podría llegar a configurarse.

Con estas declaraciones, la organización estaría mitigando los riesgos de conflicto de interés que se están suscitando o que podría llegar a suscitarse. Ahorrándole así a la empresa todo lo que implicaría un riesgo actual o eventual y sus consecuencias.

### ***3.3. Entrenamientos***

Las organizaciones deberán de implementar jornadas de entrenamiento periódicas a los individuos de la organización. Estos entrenamientos estarían basados en explicar e informar a todos los individuos de la organización qué son los conflictos de interés, cuando se estaría configurando un conflicto de interés con proveedores de mercancía, cómo identificarlos, como denunciarlos y en general como gestionar este riesgo. De igual manera, transmitirles la importancia que le da la organización a la ética y a la moral.

Estas jornadas de entrenamiento deben ser explicadas punto por punto, dedicándole un tiempo razonable y específico a cada política para asegurarse que han sido cubiertas por completo.

En caso de actualizaciones o modificaciones regulares de las políticas, la organización mediante el órgano administrador deberá con la misma regularidad de las actualizaciones establecer jornadas especiales para informar a los individuos de las mismas y así, lograr que todos los individuos tengan un manejo extensivo y detallado de las políticas.

### ***3.4. Revisión regular de contratos y archivo de documentación***

La organización deberá, mediante el órgano administrador, hacer revisiones regulares y extensivas de todos los contratos contraídos con proveedores de mercancía. La finalidad de estas revisiones regulares es verificar si las contrataciones han cumplido con todos los requisitos, si hay algún conflicto de interés que no se haya declarado, ya sea por parte de los individuos o por parte del proveedor de mercancía.

De igual manera, es importante hacer estas revisiones para verificar que todos los bienes o servicios que están siendo suministrados por el proveedor de mercancía son los necesarios para la organización y también, si la cantidad de pedidos están acordes a sus necesidades.

Es también importante, dentro de esta política, que la organización mantenga todos los registros e intercambio documentación que se haga o se haya hecho con proveedores

de mercancía. El archivo deberá estar correctamente resguardado y con acceso del órgano administrador.

El archivo se iniciará una vez se contrate con el proveedor de mercancía y se recomienda que se mantenga por un plazo mínimo de 10 años después de la terminación de su relación contractual. Aunque dicho plazo dependerá del sector donde se encuentre la organización, si existe obligación de ley o no, cuál es el plazo por ley para interponer acciones y en general, debe verse desde las particularidades de cada organización.

La finalidad de este archivo es asegurar toda la documentación y en caso de que se suscite algún inconveniente, la organización podrá revisar todo lo registrado que se intercambió durante la relación comercial.

### ***3.5. Comité de selección de proveedores de mercancía***

Se recomienda establecer un comité de selección para los procesos de contratación de los proveedores de mercancía. No obstante, es cierto que la creación de órganos especializados dependerá mucho de las posibilidades económicas y el tamaño de organización, lo importante a todas es poder garantizar objetividad en la selección de proveedores.

La finalidad de este comité es separar las funciones y no concentrar todo el poder de las decisiones en un individuo. Así como también es de suma importancia este comité para que la decisión de la contratación sea objetiva, los integrantes den cada uno su punto de vista y seleccionar al mejor proveedor de mercancía para la suscripción de un contrato.

### ***3.6. Licitación***

La licitación debe ser abierta para todos los proveedores de mercancía y debe contener criterios de evaluación claros y transparentes. La apertura de la licitación atraerá a más proveedores de mercancía y ayudará a que la organización tenga una cartera más amplia de opciones para seleccionar la que sea más beneficiosa para ellos.

En ella, se deben definir cuáles son los criterios que busca la organización para seleccionar a un proveedor de mercancía. Cuando se vaya a contratar con un proveedor de mercancía, el comité de selección deberá tomar en cuenta los criterios para contratar. En sus reuniones deberán decidir de acuerdo a los criterios, cuál será el proveedor de mercancía con el que se contratará.

### ***3.7. Código de Conducta***

Se recomienda crear e implementar un código de conducta que deberá ser obligatorio para todos los individuos de la organización. De igual manera, se deberá establecer una cláusula en el contrato de proveedores de mercancía que, una vez suscriban el contrato, el proveedor de mercancía deberá adherirse al código de conducta establecido por la organización.

El código de conducta debe ser detallado ya que el mismo contendrá cómo guiar el actuar de todos los individuos. Es entendido ampliamente que el código de conducta es

una declaración formal de principios en donde se recogen los valores y estándares éticos por los que se ha de regir una organización.

El documento por tanto ayuda a crear un entendimiento común de los límites dentro de una organización y las normas para interactuar con los demás grupos de interés o partes interesadas externas<sup>12</sup>.

### **3.8. Canales de denuncia**

Se recomienda a la organización crear e implementar canales de denuncias confidencial. Estos canales de denuncia deben ser públicos para todos los individuos de la organización, se debe asegurar que todos los individuos sepan de su existencia y funcionamiento. De igual manera, los canales deben ser confidenciales y no se debe establecer represalias en contra de los denunciantes.

La finalidad de estos canales de denuncia es que los individuos de la organización tengan apertura de denunciar los casos de conflicto de interés y que también tengan la seguridad de que la denuncia llegará de forma anónima y que no tendrá ningún tipo de represalia.

Esto hará que el individuo se sienta seguro y que haya una comunicación efectiva. De esta manera, la organización tendrá más conocimiento de todos los casos que se susciten y así podrá mitigar los riesgos antes de que se configuren.

Con respecto a los proveedores de mercancía, los mismos al suscribir un contrato con la organización también tendrán el beneficio y la oportunidad de utilizar estos canales de denuncia. De esta manera, la organización no sólo cubrirá a los individuos de su organización, sino que también, cubrirá a los individuos pertenecientes al proveedor de mercancía. Estos canales de denuncia estando a la mano de los individuos de ambas partes, ayudará a la organización a asegurar por los dos frentes de que no se esté configurando conflictos de interés con los proveedores de mercancía.

Ahora bien, resulta importante destacar, a manera de ejemplo, un caso de conflicto de interés. Se trata del caso de Robert (Bob) Allen Iger y su relación con Apple y The Walt Disney Group<sup>13</sup>. El famoso tecnológico, Apple Inc., se vio envuelto en un caso de conflicto de intereses en el año 2019 cuando su director, el Sr. Robert A. Iger, renunció a su cargo por revelarse que también era Director Ejecutivo en The Walt Disney Company.

La situación de Bob en ambas empresas no era un problema aparentemente, ambas operaban en sectores diferentes. No obstante, la situación se hizo compleja cuando, a los dos meses de la salida de Bob, ambas empresas lanzaron sus respectivos servicios de

---

<sup>12</sup> ISO Expertise. 2 de septiembre de 2021, ¿qué es y para qué sirve un código de conducta?, <https://www.isoexpertise.com/que-es-y-para-que-sirve-un-codigo-de-conducta/>

<sup>13</sup> Thiago Athayde. 3 de diciembre de 2021, Conflictos de Intereses: ¿Cómo de negativo puede ser su impacto y cómo detectarlos antes de que sea demasiado tarde?, Blog de VTEX <https://vtex.com/es/blog/strategy-es/conflictos-de-intereses-como-detectarlos/>

streaming, denominados: Disney+, por un lado; y por el otro Apple TV+, convirtiéndose así en competidoras directas y con ello surgiendo un problema<sup>14</sup>.

Debemos tener presente que, como Director Ejecutivo de ambas empresas, es presumible que tenía información estratégica sobre ambas plataformas de streaming, lo que representaba un potencial riesgo para la confidencialidad y la integridad no solo de una de las dos, sino de ambas empresas.

Ante este escenario, Iger tomó la decisión de renunciar a su puesto en Apple el mismo día en que se anunció la fecha de lanzamiento y el precio de su servicio de streaming. El caso de Iger ilustra de manera clara lo que se conoce como un "conflicto de intereses", una situación común en el ámbito empresarial que puede perjudicar seriamente la salud y la integridad de las empresas involucradas. Así como la importancia de gestionar procesos adecuados en la contratación y seguimiento de la directiva (aplicable a cualquier cargo)<sup>15</sup>.

De esta manera se deben establecer políticas claras para prevenir y gestionar los conflictos de intereses en las empresas. Estas políticas proactivas deben contemplar la identificación de posibles situaciones de conflicto, la implementación de mecanismos para prevenir y la definición de procedimientos para abordarlas en caso de que se materialicen, surgiendo una eficiente gestión de conflictos de interés que favorezca la consecución de objetivos desde un actuar ético y cónsono con los valores corporativos.

## **CONCLUSIONES**

Los conflictos de interés son una realidad inevitable en las organizaciones hoy en día, producto de la interacción entre intereses personales y objetivos organizacionales. Si bien erradicarlos por completo es una completa utopía, implementar estrategias efectivas para su gestión es posible y crucial para proteger el bienestar de la organización.

En este contexto, los proveedores representan un área crítica donde los conflictos de interés pueden tener repercusiones significativas para el negocio, entendiendo el rol económico que estos desempeñan. Son aquellos que surten al negocio de mercancía y/u ofrecen servicios que permiten que este se mantenga operativo, por tanto, que consiga sus fines.

Un conflicto de interés con un proveedor puede traer numerosas consecuencias o manifestaciones como: afectación de la confianza, daños reputacionales a la marca, pérdida de capital humano esencial, acciones legales en contra de la organización, desequilibrios financieros, pérdida de la cultura corporativa, entre otros.

Es así como se vuelve necesario tomar acciones para gestionarlos y la manera más efectiva es bajo lo que se conoce como enfoque integral. Dos herramientas que han dado respuesta a esta situación de manera exitosa son: el cumplimiento y el Buen Gobierno Corporativo, ambos aplicados con miras a esa contratación con el proveedor.

---

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Ídem.

Siendo necesario no solo contener estipulaciones contractuales en dichos contratos mercantiles que celebre la organización, sino al mismo tiempo crear un enlace con su estructura orgánica y valores internos.

La contratación no se agota en la redacción de un contrato. El contrato no debe verse solo como un documento, sino que debe considerarse como un auténtico instrumento de negocio. Por tanto, estar entrelazado a los procesos y controles internos que garanticen la materialización de las expectativas.

Algunas de las estrategias con las que contamos para prevenir riesgos en la contratación con proveedores y que es posible integrar a la gestión corporativa, son: políticas de conflicto de interés, políticas de declaración, entrenamientos, revisión regular de contratos y un correcto archivo de la documentación asociada, comité de selección de proveedores, licitación, código de ética, canal de denuncias, entre otras.

Estas cobran valor sobre todo en un entorno tan dinámico como competitivo, en donde la gestión eficaz de conflictos de interés con proveedores se convierte en un imperativo para las organizaciones que buscan lograr sus objetivos y alcanzar el éxito responsable y sostenible en el tiempo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Athayde, Thiago. 3 de diciembre de 2021, Conflictos de Intereses: ¿Cómo de negativo puede ser su impacto y cómo detectarlos antes de que sea demasiado tarde?, Blog de VTEX <https://vtex.com/es/blog/strategy-es/conflictos-de-intereses-como-detectarlos/>

Castagnino, Diego Tomás, La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo. En: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nro. 12, 2023.

Da Silva, Douglas. 29 de julio 2022 «Cultura corporativa de una empresa: que és y cómo puede ayudar a tu negocio» Blog de Zendesk <https://www.zendesk.com.mx/blog/cultura-corporativa-de-una-empresa/>

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico «Mala fe» (2023): <https://dpej.rae.es/lema/mala-fe>

Economipedia, “Proveedor: que es, que hace y ejemplos” Javier Sánchez Galán (2024)

Financial Crime Academy. 1 de abril de 2024 «Oficial de Cumplimiento: Roles y responsabilidades importantes del Oficial de Cumplimiento» <https://financialcrimeacademy.org/es/oficial-de-cumplimiento-roles-y-responsabilidades-importantes-del-oficial-de-cumplimiento/>

Germán Pfeffer Urquiaga, Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales (Santiago, Lexis Nexis, 2002).

ISO Expertise. 2 de septiembre de 2021, ¿qué es y para qué sirve un código de conducta?,  
<https://www.isoexpertise.com/que-es-y-para-que-sirve-un-codigo-de-conducta/>

Martínez-Cortés Gimeno, Jesús. El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas, En: *Cuaderno de Derecho y Comercio*, Nro. 65, 2016.

Pfeffer Urquiaga, Germán. *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales*. Santiago, Lexis Nexis, 2002.

Plana Paluzie, Álex. Interés Social de las Sociedades de Capital» Blog Entre Leyes y Jurisprudencia, compilado de STS de 19 de febrero de 1991.  
<https://www.leyesyjurisprudencia.com/2016/10/interes-social-de-las-sociedades-de.html>

Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/conflicto?m=form>.

Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s?m=form>

Sanz Bayón, Pablo. El concepto de interés social en el derecho societario español: las teorías contractualistas e institucionalistas a debate:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3399125](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3399125).

# *Gestión ASG y Banca*

**Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 400-424

**Resumen:** Los modelos de transición que han venido impactando la gobernanza corporativa a nivel mundial han encontrado un sólido anclaje en las llamadas prácticas de sostenibilidad. La gestión empresarial basada en criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) se apuntala como una importante manifestación de cambio cultural de parte de las organizaciones, fundamentalmente a partir del establecimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por parte de la Organización de las Naciones Unidas. La Gestión ASG se perfila como uno de los pilares fundamentales en materia de inversión en el corto y mediano plazo, lo que implica la necesaria integración de sus criterios en la gestión empresarial de las empresas, particularmente las que conforman sectores altamente regulados, como el sector bancario. En este sentido, las entidades bancarias venezolanas enfrentan un importante reto para lo cual se están dando ya los primeros pasos a nivel institucional dirigidos a iniciar y materializar una efectiva transición en sus modelos de gestión empresarial que permitan la integración efectiva de prácticas de sostenibilidad en sus actividades y operaciones.

**Palabras clave:** Gestión ASG; sostenibilidad; sector bancario.

## *ESG Management and Banking*

**Abstract:** *The transition models that have been impacting corporate governance worldwide have found a solid anchor in so-called sustainability practices. Business management based on environmental, social and governance (ESG) criteria is supported as an important manifestation of cultural change on the part of markets and organizations, mainly from the establishment of the Sustainable Development Goals (SDG) by the United Nations. The ESG management model is emerging as one of the fundamental pillars in terms of investment and supervision in the short and medium term, which implies the necessary adaptation and integration of its criteria in the business management of companies, particularly those that make up highly regulated sectors, such as the banking sector. In this sense, Venezuelan banking entities face an important challenge for which the first steps are already being taken at an institutional level aimed at initiating and materializing an effective transition in their business management models that allow the effective integration of sustainability practices in their activities and operations.*

**Keywords:** *ESG Management; sustainability; banking sector.*

**Recibido:** 06/11/2024  
**Aprobado:** 21/11/2024

---

\* Abogado UCAB (1999); Diplomado en Derecho Bancario (UCAB, 2014).

### **SUMARIO:**

**INTRODUCCION. 1. Gestión ASG. Aspectos generales. 2. Sostenibilidad y Gestión ASG en la Banca. Principios de Banca Responsable y Prácticas ASG en América Latina. 3. Sostenibilidad y Gestión ASG en el Sector Bancario Venezolano. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.**

### **INTRODUCCIÓN**

Un tema de extraordinaria actualidad dentro del mundo corporativo actual lo constituye el compromiso de sostenibilidad que la mayoría de las entidades globales han asumido en los últimos años. Fue en el año 2015 cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció los denominados “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS) los cuales fueron diseñados como un plan para lograr un futuro mejor y más sostenible para todos los habitantes del planeta. El sector corporativo mundial no quiso permanecer alejado de esta iniciativa global y visualizó la misma como una excelente oportunidad para integrarse como actor fundamental en la construcción de una sociedad más sostenible y humana.

En este marco de compromiso de parte de las organizaciones empresariales surgen los denominados criterios ASG (Ambiental, Social y Gobernanza) también conocidos por su acrónimo en inglés como ESG (*Environmental, Social & Governance*) los cuales se han venido integrado, cada vez con mayor fuerza, en las estrategias, gestiones y actividades empresariales. Estos criterios están conformados por un conjunto de aspectos íntimamente relacionados con el desarrollo sostenible y con la correcta medición e información transparente acerca de los impactos que las actividades empresariales tienen desde una triple vertical: ambiental, social y de gobernanza.

En lo referido particularmente al sector bancario internacional y al compromiso de sostenibilidad, se destacan los denominados Principios de Banca Responsable, diseñados en asociación con la ONU a través de la Iniciativa Financiera del Programa para el Medio Ambiente (UNEP FI por sus siglas en inglés), anunciados en septiembre de 2019 durante la Asamblea General de la ONU.

En lo que respecta al sector bancario venezolano, desde la fecha de constitución de los Principios de Banca Responsable (septiembre 2019) se tiene que solo una entidad bancaria nacional aparece como signatario de los referidos principios, lo que parece evidenciar un importante rezago de parte de las instituciones bancarias venezolanas en la adopción e integración

---

\* Abogado UCAB (1999); Diplomado en Derecho Bancario (UCAB, 2014).

de criterios de sostenibilidad en sus gestiones corporativas, en comparación con sus pares del continente.

En el presente artículo se revisan aspectos relativos a la Gestión ASG y el sector bancario a través de a través de tres secciones. Una primera sección revisará aspectos generales relacionados con la Gestión ASG, mientras que una segunda sección tocará aspectos relativos a los Principios de Banca Responsable como herramienta de materialización de los criterios ASG en el sector bancario global. Finalmente, una tercera sección revisará brevemente la panorámica actual de la gestión ASG y los Principios de Banca Responsable en el sector bancario venezolano, así como los posibles retos a corto y mediano plazo.

## **1. Gestión ASG. Aspectos Generales**

### **1.1. Definición**

En términos generales, cuando se habla de Gestión ASG se está haciendo referencia a una modalidad de gestión corporativa que integra y consolida dentro de su operativa y práctica comercial, la toma de decisiones basadas en criterios vinculados no solamente con aspectos financieros, sino también con criterios de tipo ambiental, social y de gobernanza.

Por otra parte, una Gestión ASG implica el compromiso al más alto nivel institucional en una organización de promover una cultura corporativa completamente alineada a principios y prácticas de sostenibilidad empresarial, que incluyen una correcta y eficaz medición de su desenvolvimiento en aspectos sociales, ambientales y de gobernanza, así como una absoluta transparencia al momento de revelar información financiera y, sobre todo, información no financiera derivada de las actividades de la empresa.

El sitio web de la plataforma *Brightest* define la gestión ASG de la siguiente forma:

La gobernanza ESG se refiere a la implementación de la toma de decisiones, la supervisión de la junta directiva, las reglas, políticas y procedimientos en toda una organización relacionados con ESG (medio ambiente, sociales y gobernanza). Las empresas con prácticas sólidas de gobernanza ESG generalmente tienen propietarios y equipos de liderazgo responsables, estructuras claras de responsabilidad ESG y buenos controles de procesos<sup>1</sup>.

De lo anterior puede concluirse que todo lo referido a la Gestión ASG atiene básicamente a modalidades o prácticas de gobierno corporativo<sup>2</sup>, caracterizadas por la integración de los llamados

---

<sup>1</sup> «ESG Gobernanza: Que es, ejemplos y mejores prácticas»; Brightest; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://www.brightest.io/esg-gobernanza/>

<sup>2</sup> Por su parte, el gobierno corporativo puede entenderse como un marco de dirección para fortalecer las capacidades institucionales de las empresas, así como una herramienta que facilita la transparencia, la rendición de cuentas y la efectividad de los procesos de toma de decisión; de igual forma proporciona reglas claras entre los principales actores: propietarios, Directorio, alta gerencia y otros *stakeholders*. «Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo: Una actualización acorde con los retos de la sostenibilidad empresarial»; CAF Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe; 24 de noviembre de 2023; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024;

criterios de sostenibilidad en todas las actuaciones derivadas de dicho gobierno, pudiendo entenderse también la Gestión ASG como una transición efectiva hacia formas de gobernanza corporativa más comprometidas con el respeto del medio ambiente, los derechos humanos y la transparencia y ética empresarial.

En este sentido, los criterios ASG se constituyen en una herramienta de medición efectiva y precisa acerca del desenvolvimiento de una organización en temáticas ambientales, sociales y de gobernanza, medición que una vez cuantificada debe ser informada de manera transparente a los grupos de interés, marcando estos dos aspectos (medición y suministro de información) una característica fundamental que distingue a la Gestión ASG de cualquier otro modelo de gobernanza o gestión empresarial.

## ***1.2. Verticales de la Gestión ASG***

La Gestión ASG conforma e integra dentro de su propia dinámica tres (3) verticales perfectamente diferenciadas: (i) ambiental, (ii) social y (iii) gobernanza. Cada una de ellas atiende a aspectos específicos relacionados directa o indirectamente con temáticas de desarrollo sostenible diseñadas por distintos entes internacionales, entre los que destacan en primerísimo orden los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

### ***1.2.a. Vertical Ambiental***

La vertical ambiental de la Gestión ASG (identificada con la letra A en el acrónimo ASG) básicamente hace alusión a la forma en que una empresa u organización se desenvuelve dentro de sus actividades frente a diversos problemas ambientales como el cambio climático, las emisiones de gases de efecto invernadero, la deforestación, la biodiversidad, las emisiones de carbono, la gestión de residuos y la contaminación<sup>3</sup>.

En líneas generales, esta vertical se refiere a las prácticas corporativas sobre la gestión de recursos naturales, cambio climático y relación con el planeta<sup>4</sup> que realiza una empresa, que incluyen la adopción de políticas y procesos internos dirigidos a promover la adopción de energías más limpias, productos y servicios más ecológicos y menos contaminantes, así como la realización de inversiones en sectores y empresas que promuevan el respeto por el medio ambiente y la biodiversidad del planeta, y a restringir las mismas en aquellos sectores que no muestren sólidos compromisos en estos temas.

---

<https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2023/11/lineamientos-para-un-codigo-latinoamericano-de-gobierno-corporativo-una-actualizacion-acorde-con-los-retos-de-la-sostenibilidad-empresarial/>

<sup>3</sup> «¿Qué es ESG?»; IBM México; 24 de enero de 2024; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://www.ibm.com/mx-es/topics/environmental-social-and-governance#:~:text=Krantz%2C%20Alexandra%20Jonker-%2C%20BFQu%20es%20ESG%3F,y%20ambiental%20de%20una%20organizaci%C3%B3n.>

<sup>4</sup> «¿Qué son las siglas ASG o ESG?»; Pacto Mundial Red Española; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://www.pactomundial.org/noticia/la-sostenibilidad-empresarial-desde-las-siglas-asg-o-esg/#:~:text=%E2%80%9CA%E2%80%9D%20de%20ambiente%20se%20refiere,sociedad%20y%20las%20comunidades%20locales>

### ***1.2.b- Vertical Social***

La vertical social de la Gestión ASG (identificada con la letra S en el acrónimo ASG) hace referencia al impacto que una empresa u organización tiene en las personas, la cultura y las comunidades en que se desenvuelve, tomando en consideración aspectos como la diversidad, la inclusión, los derechos humanos y las cadenas de suministro<sup>5</sup>.

En lo referido a esta vertical, la Gestión ASG propicia y promueve a lo interno de las entidades empresariales el desarrollo de políticas de gobernanza que privilegien en todo momento el absoluto e irrestricto respeto a los derechos humanos de las personas, especialmente de las que conforman sus grupos de interés (clientes, accionistas, colaboradores, comunidad donde se desenvuelve).

Por otra parte, bajo esta vertical se amparan todas aquellas políticas y programas dirigidas a promover y fortalecer la diversidad y la inclusión, que incluyen la paridad de género en la conformación de órganos directivos y el establecimiento de sólidos mecanismos que garanticen el respeto a las distintas manifestaciones de diversidad (raza, credo, orientación sexual, nacionalidad), previniendo y sancionando cualquier clase de abuso o acoso hacia las personas en función de las referidas manifestaciones.

### ***1.2.c- Vertical Gobernanza***

La vertical gobernanza de la Gestión ASG (identificada con la letra G en el acrónimo ASG) se relaciona con la estructura y buen gobierno de la empresa, la ética empresarial, la lucha contra la corrupción, la acción colectiva, el cumplimiento normativo, la transparencia y la toma de decisiones. Destacan bajo esta vertical lo referido a la transparencia en el suministro público de la información financiera y no financiera de la empresa, así como el creciente peso que esta última información (no financiera) está tomando de cara a los inversionistas y entes reguladores, entre otros grupos de interés.

De acuerdo a la Red Española del Pacto Mundial<sup>6</sup>, es de las verticales menos trabajada, instando la referida organización internacional a las empresas a ampliar su visión en este punto, considerando el impacto que esta vertical tiene, y su influencia para fortalecer un liderazgo ético desde la agenda de la sostenibilidad<sup>7</sup>.

## ***1.3. Origen y Evolución de la Gestión ASG***

Contrario a lo que pudiera pensarse, no se habla de algo tan novedoso cuando se menciona a la Gestión ASG. De hecho, cierto sector considera que lo que hoy se agrupa bajo el acrónimo

---

<sup>5</sup> «¿Qué es ESG?»; IBM México...art. cit.

<sup>6</sup> El Pacto Mundial es la iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas que lidera la sostenibilidad empresarial en el mundo, de acuerdo a lo indicado en su sitio web <https://www.pactomundial.org/quienes-somos/> Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024.

<sup>7</sup> «¿Qué son las siglas ASG o ESG?»; Pacto Mundial Red Española...art. cit.

ASG es algo que ya se venía trabajando desde hace casi dos (2) décadas en las empresas y organizaciones, sobre todo las relacionadas con los grupos de inversión y el mercado de valores.

En este sentido, OCCHI, Mercedes, fundadora y directora de la organización *ReporteSocial* indica lo siguiente:

La integración de factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) se está observando en todo el mundo corporativo y su rápido crecimiento se debe fundamentalmente al impulso desde el sector de las inversiones sostenibles (...) Pero realmente no es una novedad. ESG, son las áreas de interés para las empresas en la gestión de inversiones y son los criterios que utilizamos al analizar el triple impacto de las organizaciones. Se trata de lo mismo que venimos trabajando como una “buena gestión de sostenibilidad”<sup>8</sup>

El concepto ASG como tal se presenta en el año 2004, contenido en un documento titulado “*Who Cares Wins*”<sup>9</sup> impulsado por un grupo de entidades financieras invitadas por el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan. El objetivo de esta convocatoria era la elaboración de directrices y recomendaciones sobre cómo integrar de mejor manera las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza empresarial en el rendimiento financiero de los valores y en la evaluación de los riesgos empresariales<sup>10</sup>.

Un extracto del resumen ejecutivo del referido documento indicaba lo siguiente:

Este informe es el resultado de una iniciativa conjunta de instituciones financieras a las que el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, invitó para elaborar directrices y recomendaciones sobre cómo integrar mejor las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza corporativa en la gestión de activos, los servicios de corretaje de valores y las funciones de investigación asociadas. Veinte instituciones financieras de 9 países con activos totales bajo gestión de más de 6 billones de dólares estadounidenses han participado en la elaboración de este informe. La iniciativa cuenta con el apoyo de los directores ejecutivos de las instituciones que la respaldan. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas supervisó el esfuerzo colaborativo que condujo a este informe y el Gobierno Suizo proporcionó la financiación necesaria<sup>11</sup>

Este documento, a todas luces visionario, instaba a los diferentes actores relacionados con el mundo empresarial (instituciones financieras, empresas, inversores, consultores) a que incluyeran los factores ambientales, sociales y de gobernanza en sus informes y siguieran desarrollando los conocimientos, los modelos y las herramientas de inversión necesarios de una manera creativa y reflexiva<sup>12</sup>. Por otra parte, el documento “*Who cares wins*” fue el primero en utilizar el acrónimo ESG, relacionándolo directamente con gestión de activos y corretaje de valores, por lo que desde

---

<sup>8</sup> «¿Qué es ESG? Hablemos de gestión y evaluación del triple impacto»; Portal *Comunicarse*; 20 de marzo de 2023; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://www.comunicarseweb.com/opinion-15>

<sup>9</sup> <https://documents1.worldbank.org/curated/pt/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf>

<sup>10</sup> «¿Qué es ESG? Hablemos de gestión y evaluación del triple impacto»... art. cit.

<sup>11</sup> <https://documents1.worldbank.org/curated/pt/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf>

<sup>12</sup> «El relevo a la RSC empresarial que aventuró Naciones Unidad en 2005»; Fundación Caja de Burgos; 3 de septiembre de 2023; Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://portal.cajadeburgos.com/emprendimiento/blog/el-relevo-de-la-rsc-empresarial/>

entonces se estableció el vínculo y la asociación del referido acrónimo con el sector inversionista, el cual se mantiene al día de hoy<sup>13</sup>.

Posteriormente, la Iniciativa Financiera del Programa Ambiental de la ONU (UNEP FI por sus siglas en inglés) incorporó el acrónimo ASG en un informe titulado “*Freshfields*”<sup>14</sup> (2005) dirigido a establecer un marco normativo que permitiera integrar las verticales ambientales, sociales y de gobernanza en las inversiones, demostrando la relevancia de los criterios ASG en la valoración financiera.

En este sentido, el informe “*Freshfields*” sirvió de instrumento de revelación para los inversores acerca de la posibilidad real de incorporar aspectos ASG y al mismo tiempo considerarlos relevantes desde el punto de vista financiero como parte de sus obligaciones fiduciarias. Este Informe es identificado como instrumento esencial en la llamada “Primera Generación de Inversiones Responsables”<sup>15</sup> y un extracto de su prólogo arroja claras luces sobre sus objetivos y metas:

En nuestro negocio, el de las inversiones, la conducta ética va más allá de no infringir la ley, hasta llegar a interpretar correctamente lo que es mejor para los ahorradores, que son los beneficiarios últimos de los fondos institucionales de dinero que nos encargamos de supervisar o gestionar. Aquí es donde surgen las interesantes cuestiones relativas a la responsabilidad fiduciaria: ¿deben definirse los intereses de los ahorradores solo por sus intereses financieros? Si es así, ¿con respecto a que horizonte? ¿no deben tenerse en cuenta también los intereses sociales y ambientales de los ahorradores? De hecho, muchas personas se preguntan de que sirve un porcentaje o tres por ciento adicional del patrimonio si la sociedad en la que disfrutarán de su jubilación y en la que vivirán sus descendientes se deteriora. La calidad de vida y la calidad del medio ambiente valen algo, aunque no sean, o sobre todo porque no sean, reducibles a porcentajes financieros<sup>16</sup>

Estos dos documentos dieron origen a su vez a los Principios de Inversión Responsable (PRI) en la Bolsa de Nueva York, en el año 2006, y en el lanzamiento de la Iniciativa de Bolsa Sostenible (SSEI) para el año 2007, todo en el ámbito del mercado de valores y de inversiones<sup>17</sup>.

Los PRI se constituyen en un conjunto de principios de carácter voluntario que sirven de guía a los inversores para incorporar las verticales ASG en los procesos de toma de decisiones, al enumerar una serie de posibles acciones a desarrollar y fueron presentados oficialmente en abril del año 2006 en la Bolsa de Nueva York. El objetivo de los PRI es concatenar los retornos de

---

<sup>13</sup> «El relevo a la RSC empresarial que aventuró Naciones Unidas en 2005»...art. cit.

<sup>14</sup> <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/Freshfields-A-legal-framework-for-the-integration-of-ESG-issues-into-institutional-investment.pdf>

<sup>15</sup> «UNEP FI y el trabajo en torno a la Inversión Responsable», UNEP FI; 3 de septiembre de 2020; acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2020/09/Sesion-I-Webinar-Inversiones-Responsables-Carolina-Lopez.pdf>

<sup>16</sup> <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/Freshfields-A-legal-framework-for-the-integration-of-ESG-issues-into-institutional-investment.pdf>

<sup>17</sup> «¿Qué es ESG? Hablemos de gestión y evaluación del triple impacto»... art. cit

capital y las verticales ASG, teniendo como norte la consolidación de un sistema financiero global sostenible<sup>18</sup>.

Por su parte, tal como lo mencionan en su sitio web<sup>19</sup>, la iniciativa SSEI es un programa de la ONU organizado por la UNCTAD<sup>20</sup>, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la UNEP FI y el PRI que tiene como misión proporcionar una plataforma global para explorar como las bolsas de valores, en colaboración con inversores, empresas (emisores), reguladores, formuladores de políticas y organizaciones internacionales pueden mejorar el desempeño en cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza corporativa (ASG).

En este sentido, la Iniciativa SSEI busca fomentar la llamada “inversión sostenible”, incluida la financiación de los ODS de la ONU, a través de un programa integrado de realización de análisis de políticas basado en evidencia, facilitando una red y un foro para la creación de consenso entre múltiples partes interesadas y brindando asistencia técnica y servicios de asesoramiento<sup>21</sup>.

Como puede observarse de este rápido repaso por el origen de los criterios ASG, puede concluirse que los mismos no constituyen una novedad de reciente data, sino que su trabajo y desarrollo lleva ya un mínimo de veinte (20) años marcando las pautas de muchas empresas y organizaciones a nivel global, sobre todo las relacionadas al sector del mercado de valores.

Al respecto, y siguiendo en este punto a la ya citada OCCHI, Mercedes<sup>22</sup>, lo que puede resultar novedoso en todo lo relativo a la Gestión ASG actualmente es como el sistema financiero internacional han llegado a un punto de madurez tal, después de tantos años de trabajar en estos aspectos, que hoy en día se entiende perfectamente en la mayoría de los liderazgos empresariales, que es lo que se tiene que hacer bajo una gestión basada en los aspectos ASG.

Adicionalmente, agrega la citada autora:

Desde mi experiencia, quien venía trabajando en una real gestión de medición de sustentabilidad basada en sus temas materiales, identificando impactos, riesgos y oportunidades con lineamientos internacionales, está gestionando sus criterios ESG y puede rendir cuentas (reportar) ese desempeño.

#### ***1.4. Criterios ASG, Sostenibilidad y Responsabilidad Social Empresarial***

Frecuentemente suelen asociarse los términos ASG, Sostenibilidad y Responsabilidad Social Empresarial como si fueran términos similares, por lo que se hace necesario, en toda temática que

---

<sup>18</sup> Martínez Fernández, Sergio. «Los Principios de Inversión Responsable»; Universitat Autònoma de Barcelona; 21 de mayo de 2020; acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/229059/TFG\\_smartinezfernandez.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/229059/TFG_smartinezfernandez.pdf)

<sup>19</sup> <https://sseinitiative.org/about>

<sup>20</sup> United Nations Trade and Development Conference (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)

<sup>21</sup> <https://sseinitiative.org/about>

<sup>22</sup> «¿Qué es ESG? Hablemos de gestión y evaluación del triple impacto» ... art. cit

trate aspectos generales sobre la Gestión ASG, delimitar las relaciones y eventuales diferencias que pudieran existir entre los referidos términos.

#### ***1.4.a. ASG y Sostenibilidad***

Una primera diferencia es posible ubicarla desde el mismo concepto, entendiendo la sostenibilidad como la satisfacción de las necesidades de una organización, grupo de personas o comunidad sin que se agoten los recursos que necesitarán generaciones futuras. Con la sostenibilidad se busca asegurar el crecimiento económico, el respeto hacia el planeta, el bienestar de las personas y el respeto por los derechos humanos<sup>23</sup>.

En este sentido, una organización será sostenible si es capaz de gestionar sus impactos ambientales con eficiencia, promoviendo la igualdad, la inclusión y la equidad social entre sus trabajadores y su comunidad, pagando salarios justos, velando por la salud y seguridad de su personal y comunidad donde resida, y adoptando prácticas de gobernanza que la lleven a obtener una rentabilidad constante y creciente<sup>24</sup>.

Al respecto, el impacto de la sostenibilidad no será solo para la organización y sus trabajadores, sino que los beneficios se perciben en toda la cadena de suministros, así como en sus clientes, consumidores y ciudadanos de la comunidad donde opera.

Por otra parte, cuando se habla de Gestión ASG, se trata de criterios específicos utilizados para evaluar y calificar el desempeño de una organización empresarial en áreas bien definidas (ambiental, social y gobernanza) a través de la entrega de métricas a inversores e instituciones financieras que canalizan recursos hacia organizaciones que se preocupan por el medio ambiente, las personas y las buenas prácticas de gobernanza<sup>25</sup>.

Otra diferencia radica en el hecho que, cuando se habla de criterios ASG, básicamente se está tratando acerca de temáticas de rendimiento y desenvolvimiento en aspectos ambientales, sociales y de gobernanza, pero exclusivamente enfocado en organizaciones empresariales y en el impacto que sus actividades y negocios tienen para los referidos aspectos<sup>26</sup>.

Cuando se habla de sostenibilidad se está haciendo referencia a un concepto más amplio, que incluye temas ambientales, sociales y crecimiento económico tanto en organizaciones (empresas, fundaciones, asociaciones civiles) como en individuos. En este sentido, la sostenibilidad tiene un enfoque más holístico que los criterios ASG, pudiendo ser utilizado en cualquier contexto.

---

<sup>23</sup> «Diferencias entre ESG y Sostenibilidad y por qué es importante», Esginnova Group; 27 de agosto de 2024; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://www.esginnova.com/sostenibilidad/diferencias-entre-esg-y-sostenibilidad-y-por-que-es-importante/>

<sup>24</sup> «Diferencias entre ESG y Sostenibilidad y por qué es importante»...art. cit.

<sup>25</sup> «Diferencias entre ESG y Sostenibilidad y por qué es importante» ...art. cit.

<sup>26</sup> «¿Cuál es la diferencia entre ESG y Sostenibilidad?», CSR Consulting; 26 de julio de 2023; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://www.csrconsulting.com.mx/2023/07/26/cual-es-la-diferencia-entre-esg-y-sostenibilidad/#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20sostenibilidad,de%20gobernanza%20de%20las%20organizaciones.>

Finalmente, puede indicarse como otra diferencia básica el hecho que la Gestión ASG es fundamentalmente una herramienta que suministra información sobre un desempeño, constituyendo un marco estandarizado que permite calificar a una organización y entregar datos de interés a potenciales inversores<sup>27</sup>. Por su parte, la sostenibilidad puede entenderse como una doctrina, una forma de hacer las cosas de manera voluntaria en base a una cultura o filosofía corporativa propia.

En este último sentido, la Gestión ASG puede entenderse como parte integrante de la sostenibilidad, en una relación de especie a género, al constituirse en una herramienta eficaz que permite la medición y la información precisa a los grupos de interés acerca del compromiso y desenvolvimiento específico de una empresa en materia de sostenibilidad.

#### ***1.4.b. ASG y Responsabilidad Social Empresarial***

La relación entre ambos términos, antes de partir de diferenciaciones, puede entenderse en clave de combinación o como complementarios dentro del funcionamiento de una organización. Bajo esta perspectiva, puede hablarse entonces de que la combinación de los criterios ASG y la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) puede ofrecer un enfoque integral para aquellas organizaciones que tienen como objetivo ser sostenibles y responsables. En este contexto, mientras que los criterios ASG evalúan, miden y suministran información sobre aspectos ambientales, sociales y de gobernanza, la RSE se centra en la responsabilidad social y ética de la empresa<sup>28</sup>.

Al integrarse los criterios ASG con las prácticas de RSE, las empresas pueden no solo mejorar su impacto en el medio ambiente y la sociedad, sino que también crean valor a largo plazo, lo cual no solo atrae a inversores comprometidos con la sostenibilidad, sino que también promueve una cultura empresarial ética, evaluándose la forma como la organización interactúa con sus grupos de interés, como concilia en conflictos laborales y como asegura la igualdad de género y la protección de datos personales, entre otros aspectos. Todo lo anterior contribuye a fortalecer la reputación de la empresa y su impacto positivo en la sociedad<sup>29</sup>.

#### ***1.5. Tendencias de la Gestión ASG***

De acuerdo a entidades relevantes a nivel internacional, el año 2023 fue un año complicado para los criterios ASG, y ciertos elementos relacionados con eventos de naturaleza política previstos para el año 2024 pudieran amenazar, a decir de estas organizaciones, los avances que la Gestión ASG ha tenido a nivel global en el mundo empresarial.

Al respecto, el Foro de la Facultad de Derecho de Harvard sobre Gobernanza Corporativa habla de ciertas complicaciones para la temática ASG en el año 2023, indicando:

---

<sup>27</sup> Diferencias entre ESG y Sostenibilidad y por qué es importante» ...art. cit.

<sup>28</sup> «Criterios ASG y RSE: Una filosofía para la inversión sostenible y responsable», Consultora Coordina; 16 de abril de 2024; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://coordina-oerh.com/2024/04/16/criterios-asg-y-rse-una-filosofia-para-la-inversion-sostenible-y-responsable/>

<sup>29</sup> «Criterios ASG y RSE: Una filosofía para la inversión sostenible y responsable»...art. cit.

En cierto modo, 2023 fue un año complicado para los criterios ESG. Este tema puede suscitar opiniones sólidas y diversas, y proliferaron los debates sobre lo que los criterios ESG deberían o no incluir o, de hecho, sobre si los criterios ESG en sí mismos son coherentes con los intereses de los inversores a largo plazo y los deberes fiduciarios del consejo de administración. Sin embargo, tras superar estos debates y centrarse en los distintos grados de importancia que las empresas conceden a los aspectos ESG, vemos que en 2023 los líderes empresariales siguieron centrándose en cómo determinadas cuestiones afectan a sus resultados, así como a su reputación corporativa, a su exposición y gestión de riesgos y al valor corporativo<sup>30</sup>.

No obstante, se menciona igualmente que los reguladores han venido tomando medidas importantes que buscan integrar los criterios ESG en el panorama regulatorio global, produciéndose en el año 2023 un avance en estas tendencias regulatorias en múltiples jurisdicciones. Del mismo modo continuaron creciendo las tendencias de litigios relacionados a temas de sostenibilidad, al igual que una mayor toma de conciencia de las vulnerabilidades y los riesgos de la cadena de valor por parte de los directivos<sup>31</sup>.

El referido Foro de la Facultad de Derecho de Harvard identificó varias tendencias en materia de ASG para el 2024, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

- a. Probabilidad que los cambios regulatorios en materia de ASG resulten en un aumento de litigios (incluidos reclamos entre empresas) y en la aplicación de la ley.
- b. Necesidad de las empresas de utilizar medios más discretos y sofisticados para informar sus estrategias ASG, en virtud de las crecientes tensiones globales y un año electoral sin precedentes en muchas jurisdicciones de referencia internacional.
- c. Mayor escrutinio y presión de los grupos de interés acerca de los objetivos ASG de las empresas y sobre la supervisión de los directorios.
- d. Posicionamiento de la inteligencia artificial en las consideraciones ASG de las organizaciones y en las prioridades de los entes reguladores.
- e. Los avances a nivel mundial de la Gestión ASG requerirán que las empresas se centren en los criterios ASG como nunca antes, incluyendo lo referido a sus cadenas de valor.

Otro conjunto de tendencias en materia ASG deriva del Informe emitido por la Consultora española Foretica<sup>32</sup>, entre las que se destaca por ejemplo el fomento sobre el desarrollo de competencias en temática ASG, área en la que se podría mucho énfasis en el presente año. Se destaca en el referido informe como el avance de las temáticas ASG ha desarrollado nuevos perfiles profesionales en diversas áreas.

---

<sup>30</sup> «ESG Insights: 10 aspectos que deberían ser prioritarios en 2024», Foro de la Facultad de Derecho de Harvard sobre Gobierno Corporativo; 30 de enero de 2024; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://corpgov.law.harvard.edu/2024/01/30/esg-insights-10-things-that-should-be-top-of-mind-in-2024/>

<sup>31</sup> «ESG Insights: 10 aspectos que deberían ser prioritarios en 2024»...art. cit.

<sup>32</sup> «Tendencias ESG 2024 claves para la agenda empresarial de sostenibilidad», Grupo Foretica; enero de 2024; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://drive.google.com/file/d/1k2QmHQ-mQ-HafOG4Rjz864pMrrwPZk-1/view>

Finalmente, otras tendencias mencionadas en el Informe Foretica hacen referencia al fortalecimiento en las relaciones con los grupos de interés, y al fortalecimiento que tendrán necesariamente los informes de sostenibilidad, de cara a la aplicación de la Directiva sobre Información Corporativa en materia de Sostenibilidad (CSRD)<sup>33</sup> a las grandes empresas europeas a partir del año 2024.

## ***2. Sostenibilidad y Gestión ASG en la Banca. Principios de Banca Responsable y Practicas ASG en América Latina***

### ***2.1. Aspectos generales***

Para el año 2015, la ONU estableció los denominados “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS), los cuales fueron diseñados como un plan para lograr un futuro mejor y más sostenible para todos. Los ODS están incluidos en la Resolución AG-ONU conocida más coloquialmente como Agenda 2030, porque se estableció el año 2030 como el año en el cual se pretende darle cumplimiento. Los ODS están conformados por diecisiete (17) objetivos e incluye temáticas como el fin de la pobreza, hambre cero, igualdad de género, acción por el clima y producción y consumo responsable, entre otros.

El sector financiero mundial, tal como lo hicieron sus pares en otros sectores del mercado, no permaneció ajeno a este movimiento de sostenibilidad global, por lo que veintisiete (27) entidades bancarias de las de mayor renombre a nivel internacional<sup>34</sup>, en asociación con la ONU a través de la UNEP FI, procedieron a diseñar los denominados Principios de Banca Responsable (PRB), los cuales fueron anunciados el 22 y 23 de septiembre de 2019 durante la Asamblea General anual de la ONU en la ciudad de Nueva York.

Los PRB fueron suscritos inicialmente por 130 bancos de 49 países, que representaban más de USD\$ 47 billones en activos. A octubre de 2024, más de 345 entidades de cinco (5) continentes que representan 98 trillones de dólares en activos (54% de los activos totales de la banca global) se han adherido a los Principios, según datos contenidos en el sitio web de la UNEP FI<sup>35</sup>.

### ***2.2. Naturaleza de los PRB***

Los PRB constituyen estándares voluntarios impulsados por la UNEP FI, para apoyar a las entidades bancarias en sus objetivos de alinear su estrategia de negocio con los ODS y el Acuerdo Climático de París<sup>36</sup>. Los bancos que suscriben los Principios se comprometen a alcanzar por lo menos dos (2) metas que resulten en un impacto positivo con referencia a los ODS.

---

<sup>33</sup> La CSRD o Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad es la nueva normativa a nivel europeo que sustituye a la Directiva 2014/95/UE y que rige a partir de 2024 la presentación sobre información de sostenibilidad de las empresas de la Unión Europea.

<sup>34</sup> Entre otros, Citi, BBVA, BNP Paribas, Barclays y Santander.

<sup>35</sup> <https://www.unepfi.org/banking/prbsignatories/>

<sup>36</sup> El Acuerdo de París es un tratado internacional sobre el cambio climático, jurídicamente vinculante, adoptado el 12 de diciembre de 2015, entrando en vigencia el 4 de noviembre de 2016. El mismo tiene como objetivo limitar el calentamiento global del planeta.

Por otra parte, los PBR constituyen la manifestación y herramienta expresa que materializa el compromiso del sector financiero en contribuir de manera decisiva con la sostenibilidad en beneficio de todos los habitantes del planeta, completamente alineados a los objetivos y metas de los ODS.

Los PBR conforman en este sentido los estándares internacionales de la Banca sobre los cuales se van a medir todos los aspectos que implican ser un banco responsable en el siglo XXI, a través de un marco de *softlaw* de alcance global que incorpora de manera decisiva la sostenibilidad, abriendo con ello la puerta a la implementación de criterios ASG en las entidades bancarias en todas las áreas y actividades del negocio bancario, desde la estrategia de negocios hasta las relaciones con sus grupos de interés.

### **2.3. Gestión ASG y Banca Responsable**

Como se indicó al momento de tratar la relación existente entre sostenibilidad y ASG, esta última puede entenderse como una especie de la primera, al tratarse de parámetros de medición aplicables a organizaciones empresariales con la finalidad de cuantificar y suministrar información a los grupos de interés acerca del desenvolvimiento específico de una organización en cuanto a las verticales ASG.

Bajo este enfoque, puede afirmarse que, con la adopción de los PBR, el sistema financiero mundial ha establecido sus propios estándares internacionales a través del cual se viabiliza la implementación e integración de la Gestión ASG a lo interno de las entidades bancarias, como una forma idónea de materializar el compromiso de sostenibilidad asumido a través de la Banca Responsable y los PBR.

Lo anterior se ratifica al revisar algunas políticas de sostenibilidad y de banca responsable de entidades bancarias de referencia internacional. Por ejemplo, el Grupo Santander, al identificar los procesos claves en Banca Responsable y Sostenibilidad señala expresamente como uno de ellos “la integración de los criterios ASG” en los siguientes términos:

*Integrar los criterios ASG en las políticas corporativas:* Integrar en las políticas corporativas que regulen los requerimientos necesarios para ofrecer financiación, gestionar activos o cualquier otra actividad relevante, con aquellos sectores, actividades o potenciales clientes que pudieran suponer un riesgo ambiental, social o de derechos humanos.

*Integrar los criterios ASG en los procesos de supervisión y auditoría:* Asegurar la alineación con la estrategia y ambición del Grupo en materia de Banca Responsable.

*Integrar los criterios ASG en los resultados:* las comunicaciones deben tener una forma y una frecuencia que reflejen los impactos ASG del Grupo, ser accesibles para el público al que van

dirigidas y proporcionar suficiente información para que las partes interesadas puedan evaluar la idoneidad de la respuesta de la empresa a los impactos<sup>37</sup>.

Puede concluirse entonces que la integración de los criterios ASG en los objetivos y procesos de sostenibilidad y de banca responsable definen la relación de instrumentalidad que actualmente presentan los PBR en cuanto a la Gestión ASG en las instituciones financieras, teniendo como ámbito de aplicación el sector bancario mundial y las entidades bancarias signatarias de los referidos PBR.

#### ***2.4. Tópicos de la Banca Responsable***

Los PBR abarcan seis (6) tópicos:

1. Alineamiento: las entidades se comprometen a alinear sus respectivas estrategias empresariales con los objetivos expresados en los ODS y en el Acuerdo de París.
2. Impacto y fijación de objetivos: se procurará incrementar de manera continuada los impactos positivos reduciendo los negativos, concentrando esfuerzos en las áreas donde vayan a tener un impacto más significativo.
3. Clientes: las organizaciones están dispuestas a trabajar de manera responsable con sus clientes para desarrollar prácticas sostenibles y generar una prosperidad compartida tanto para la generación actual como para las futuras.
4. *Stakeholders*: los firmantes de estos principios se comprometen a consultar, involucrar y colaborar de modo proactivo con los grupos de interés relevantes para alcanzar los objetivos de la sociedad.
5. Gobernanza y cultura: las entidades fijarán objetivos públicos y los implementarán a través de sistemas efectivos de gobernanza y cultura de responsabilidad bancaria, procurando de este modo corregir los impactos más negativos derivados de su actividad.
6. Transparencia y responsabilidad: se revisarán de manera periódica la implantación de estos principios, apostando por la transparencia y asumiendo plena responsabilidad ante los impactos positivos y negativos.

#### ***2.5. Suscripción de los PBR y compromisos adquiridos***

Desde el mismo momento en que se suscriben formalmente los PBR, nacen compromisos de cumplimiento para todas las entidades bancarias que se adhieren a los Principios, los cuales quedan sujetos a posteriores mediciones, verificaciones e informes.

---

<sup>37</sup> «Política de Banca Responsable y Sostenibilidad», Grupo Santander; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://www.santander.com/content/dam/santander-com/es/contenido-paginas/nuestro-compromiso/pol%C3%ADticas/do-politica-de-banca-responsable-y-sostenibilidad-es.pdf>

El proceso de suscripción para hacerse Banco Signatario de los PBR está conformado por tres (3) pasos: (i) Suscripción de los PBR por parte del CEO de la entidad; (ii) Solicitud formal para hacerse miembro de la UNEP FI, y (iii) Promoción pública del Banco Signatario en cumplir con los PBR<sup>38</sup>.

Una vez que la entidad bancaria se convierte en Banco Signatario, nace para la misma un conjunto de obligaciones y exigencias relacionadas con la toma de acciones y medidas para garantizar la credibilidad y calidad de su compromiso de cumplimiento de los PRB, y que se refieren a los siguientes pasos:

Paso N° 1. Análisis de los impactos: Mediante un análisis de impacto, el Banco identificará sus impactos positivos y negativos más significativos (potenciales) para las personas y el medio ambiente donde realiza sus negocios, para lo cual se deberán considerar todas las actividades principales del Banco.

Paso N° 2. Establecimiento de objetivos e inicio de la implementación: una vez identificados los impactos positivos y negativos más significativos, se establecerán como mínimo dos (2) objetivos. La entidad bancaria deberá asegurar que los mismos sean específicos, medibles (cuantitativa o cualitativamente), alcanzables, relevantes y con un límite de tiempo, para reducir los impactos negativos significativos y aumentar los impactos positivos de la entidad.

Una vez establecidos los objetivos, la entidad bancaria iniciará su implementación dirigida al cumplimiento de estos, asegurando el establecimiento de hitos, y de igual forma validando que el progreso de los objetivos sea susceptible de ser monitoreado y medido de manera efectiva.

Paso N° 3. Prueba de Responsabilidad: La entidad bancaria deberá compartir su progreso en la implementación y cumplimiento de los PRB en sus informes públicos, sin que sea necesario elaborar uno por separado. Los bancos signatarios deberán presentar sus informes a más tardar dieciocho (18) meses después de firmar los PRB, y anualmente a partir de entonces<sup>39</sup>.

## **2.6. Bancos Signatarios**

Tal como se indicó más arriba, la UNEP FI identifica a la fecha actual un total de 345 entidades bancarias signatarias de los PRB, abarcando un total de 98 trillones de dólares en activos, que representan el 54% de los activos totales de la banca global.

Del total de 345 entidades, un 50% de las mismas pertenecen al continente europeo (174), seguidos por la zona Asia/Pacífico (72 entidades para un 21%) y Latinoamérica y el Caribe (57 entidades signatarias, para un 17%). Se destaca la poca presencia de entidades pertenecientes al área de América del Norte (Estados Unidos y Canadá) con solo 14 entidades bancarias signatarias,

---

<sup>38</sup> <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2019/10/1.-Gu%C3%ADa-R%C3%A1pida.pdf>

<sup>39</sup> <https://www.unepfi.org/banking/prbsignatories/>

dato relevante este si se considera, por ejemplo, que solamente el sector bancario estadounidense es 6 veces mayor que el sector bancario latinoamericano<sup>40</sup>.

Dentro del contexto latinoamericano y caribeño, 16 países<sup>41</sup> cuentan actualmente con bancos adheridos formalmente a los PBR. México y Ecuador cuentan con el mayor número de entidades signatarias, con 9 bancos cada uno, seguido por Colombia (8 entidades bancarias) y Brasil (5 entidades).

### ***2.7. Prácticas ASG en América Latina: Otorgamiento de préstamos y suscripción de protocolos verdes***

Un informe emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año 2022<sup>42</sup> describe algunas de las practicas ASG asumidas por entidades bancarias y financieras en la región de América Latina y el Caribe, partiendo del particular contexto en el que estas entidades se desenvuelven.

En este sentido, resaltan las practicas ASG relacionadas con el financiamiento empresarial que realizan las entidades bancarias, destacándose que la integración de los criterios ASG en los créditos empresariales se basa fundamentalmente en la evaluación de los riesgos ambientales y sociales derivados de los proyectos a financiar.

Por otro lado, algunas entidades bancarias han desarrollado sistemas de debida diligencia para calificar, clasificar y mitigar los riesgos ASG vinculados a créditos empresariales, adoptándose listas de exclusión por sectores (actividades de tala de espacios protegidos) o riesgos específicos (uso del trabajo infantil), siendo esto último una de las practicas más habituales de integración de riesgos ASG en América Latina<sup>43</sup>.

No obstante, fueron detectadas varias deficiencias en el informe de la OCDE referido al punto de los prestamos empresariales, siendo la principal de ellas la que hace referencia al hecho de que el análisis ambiental y social realizado por los bancos suele ser un análisis principalmente cualitativo (88% de los bancos) por lo que carecen de profundidad y rigor técnico, presentándose

---

<sup>40</sup> «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe», OCDE; 2022; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://mneguidelines.oecd.org/conducta-empresarial-responsable-en-el-sector-financiero-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>

<sup>41</sup> Los países por número de entidades son los siguientes: Argentina (2); Bolivia (1); Colombia (8), Brasil (5); Costa Rica (4), Chile (2); Ecuador (9); El Salvador (9); Guatemala (2); México (9); Nicaragua (1); Panamá (5); Paraguay (1); Republica Dominicana (2); Trinidad y Tobago (1) y Venezuela (1).

<sup>42</sup> «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe»...art. cit.

<sup>43</sup> «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe»...art. cit, pág. 32. El referido informe de la OCDE indica que en una encuesta realizada en 2019 por la UNEP FI a 78 bancos latinoamericanos, un 67% de los encuestados (frente a un 18% en 2010) tenía una política interna ASG para evaluar y clasificar a los clientes y los proyectos. En Colombia, por ejemplo, el sector energético y minero presentaban el mayor número de proyectos clasificados como de alto riesgo por Bancolombia. Algunos de los motivos que llevaron al banco a emitir un resultado desfavorable en solicitudes de financiación de proyectos mineros fueron, entre otros, el riesgo de conflicto en la comunidad, la falta de permisos ambientales o el impacto en los manantiales de agua.

un peor desempeño en el tema ambiental y a la integración del riesgo climático en las carteras de crédito<sup>44</sup>.

Entre los desafíos que se plantean para las entidades bancarias latinoamericanas que deseen integrar criterios ASG al otorgamiento de créditos empresariales a través de actividades de debida diligencia se encuentra el trascendente papel que juegan los productos y recursos básicos en el contexto latinoamericano, así como los riesgos ASG vinculados a los mismos.

En este sentido, la OCDE ha emitido un conjunto de recomendaciones de debida diligencia para el otorgamiento de préstamos empresariales cuyo objetivo es mejorar la mitigación de riesgos ASG en las carteras de créditos de los bancos, entre las cuales se encuentran:

- Integrar la conducta empresarial responsable en las políticas y sistemas de gestión, describiendo enfoques de debida diligencia y asignando funciones a las unidades de negocio pertinentes;
- Identificar los impactos negativos asociados a la conducta empresarial responsable, creando un primer y segundo filtro para conseguir una identificación reforzada, y desarrollar un proceso para valorar la relación de un banco con un impacto negativo<sup>45</sup>;
- Detener, prevenir o mitigar los impactos negativos detectados, incorporando las expectativas de la conducta empresarial responsable en los documentos contractuales, interactuando con los clientes y colaborando para resolver problemas sistémicos;
- Realizar seguimiento de la implementación y los resultados obtenidos;
- Informar sobre la forma como se abordan los impactos, comunicando públicamente las políticas relacionadas con la conducta empresarial responsable y el número de préstamos empresariales sujetos a una debida diligencia reforzada;
- Reparar o colaborar en la reparación cuando corresponda, intentando ejercer influencia para alentar a los clientes a facilitar una reparación o colaborar en la misma, facilitando el acceso a esta mediante el establecimiento de mecanismos de reclamación dentro del banco.

---

<sup>44</sup> «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe»...art. cit, pág. 32. En este aspecto, la OCDE menciona que solo un 12% de los bancos encuestados por la UNEP FI tenían un conocimiento avanzado sobre las recomendaciones del TCFD (Task Force on Climate-related Financial Disclosures o Grupo de Trabajo sobre Divulgaciones Financieras Relacionadas con el Clima) todo lo cual llevó a la conclusión de que los bancos siguen sin gestionar adecuadamente los riesgos climáticos por falta de conocimiento del impacto financiero del cambio climático y la ausencia de obligaciones regulatorias.

<sup>45</sup> Esto va de la mano con la identificación de impactos que forma parte de los Principios de Banca Responsable de la UNEP FI.

Finalmente, entre otras prácticas ASG adoptadas por entidades bancarias latinoamericanas en función de su compromiso de sostenibilidad y banca responsable y su integración al otorgamiento de créditos empresariales, se cuenta la suscripción de diversos protocolos sobre finanzas sostenibles contentivos de compromisos y obligaciones en esta temática para los bancos, conocidos como “protocolos verdes”.

De conformidad a la OCDE, los protocolos adoptados en el continente comparten similitudes en cuanto al contenido y sistema de gobierno, instando a las instituciones financieras a integrar los riesgos ASG en su oferta de productos, incorporando dichos riesgos en las prácticas de inversión y concesión de préstamos, y promoviendo la gestión sostenible de los recursos dentro de las entidades bancarias. Se recomienda igualmente la información constante al público y la creación de conciencia acerca de las actividades ASG<sup>46</sup>.

### ***3. Sostenibilidad y Gestión ASG en el Sector Bancario Venezolano***

#### ***3.1. Situación general del ecosistema empresarial en Venezuela***

El sector bancario venezolano muestra actualmente un rezago importante en toda la temática relacionada con sostenibilidad empresarial, Gestión ASG y adherencia a los PRB, en comparación con sus pares del continente. Dicho rezago puede explicarse en parte como una consecuencia directa del rezago general que en estos temas muestra el ecosistema empresarial venezolano en su totalidad. Varias señales apuntan a validar lo afirmado.

En primer lugar, y en líneas generales, el sector empresarial venezolano no cuenta actualmente con un desarrollo importante en materia de cultura corporativa que entienda, desarrolle y promueva de manera efectiva la sostenibilidad como marca de identidad de sus políticas y negocios, ni tampoco la integración de criterios ASG en sus actividades y estrategias. Más allá de contadas excepciones (muchas de ellas empresas que son subsidiarias de transnacionales) no puede hablarse de una toma de conciencia seria y efectiva, a nivel empresarial, de lo que significa la sostenibilidad corporativa, por lo que mucho menos puede hablarse de integración de criterios ASG en sus respectivas gestiones.

Causa de lo anterior puede ser el desconocimiento general de lo que significa la sostenibilidad y la Gestión ASG en una empresa, debido a la poca difusión que han tenido estas temáticas en el mundo empresarial venezolano, caracterizado en los últimos años por una constante reinvención y readaptación a las particulares y complejas vicisitudes que ha presentado la economía nacional en muchos de sus sectores.

Parte de ese desconocimiento general puede ubicarse también en la escasa o nula bibliografía nacional sobre el tema, así como en la ausencia de organizaciones, foros e instancias que promuevan la capacitación y desarrollo de perfiles profesionales en estos aspectos.

---

<sup>46</sup> <sup>46</sup> «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe»...art. cit, pág. 36-37. La OCDE indica que en cada uno de los nueve países latinoamericanos que forman parte del análisis objeto del Informe (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Perú) se han adoptado protocolos de finanzas sostenibles firmados por entidades bancarias. En ocho de esos casos, van dirigidos a bancos e instituciones de crédito. En Chile el protocolo incluye también a inversionistas institucionales

Frecuentemente, todo lo referido a esta materia a nivel bibliográfico, documental o de simple información proviene en su mayor parte de fuentes extranjeras. Lo mismo pasa a nivel formativo. El rezago en este aspecto, sobre todo a nivel de preparación académica, parece ser común en todos los sectores.

Las debilidades de gobierno corporativo que son inherentes a la mayoría de las empresas venezolanas surgen como otro factor que ayudan a explicar la poca difusión y presencia que tiene la sostenibilidad empresarial y la Gestión ASG en el mundo corporativo nacional. Frecuentemente rezagadas en temáticas básicas de gobernanza corporativa que rigen los tiempos actuales (por ejemplo, gobernanza y protección de datos personales, compliance, canales de denuncias anónimos, autorregulación y sistemas de control interno) las entidades empresariales venezolanas presentan serias limitaciones a la hora de adaptar criterios ASG en sus respectivas gestiones y estructuras empresariales.

El entorno legal y normativo tampoco contribuye a cerrar los referidos rezagos, con leyes mercantiles concebidas en el siglo XIX que rigen todo lo referido a la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles (cuya última reforma data del año 1955) y con normas complementarias que han quedado desfasadas en el tiempo, a lo que se suma la ausencia de normas que regulen las nuevas tendencias en el mundo corporativo, entre las cuales la sostenibilidad y las temáticas ASG juegan un papel protagónico de primer orden.

### ***3.2. Panorámica actual del sector bancario venezolano***

Lo expuesto en el punto anterior, es perfectamente trasladable al sector bancario, como parte integrante del ecosistema empresarial nacional, a lo que debe sumarse por supuesto, las particulares condiciones del sector, apuntaladas por la complejidad del panorama económico y regulatorio en el que se desenvuelven actualmente las instituciones bancarias venezolanas.

No obstante, parte del rezago presente actualmente en el sector bancario venezolano en cuanto a la sostenibilidad, la Gestión ASG y la adopción de los PBR también puede explicarse a partir de las debilidades estructurales que durante muchos años han mostrado la mayoría de las entidades bancarias en lo referido al desarrollo y consolidación de efectivas instancias de gobierno corporativo a lo interno de sus organizaciones.

Ha sido precisamente la toma de conciencia en estos aspectos, motivada en parte por el movimiento global que viene dándose en el sector bancario mundial, lo que ha motivado un lento e incipiente despertar de las entidades bancarias venezolanas en estos aspectos de gobernanza corporativa relacionada con compromisos de sostenibilidad y adopción de criterios ASG.

No obstante, ciertos parámetros de comparación con otras jurisdicciones latinoamericanas dan muestras de que el reto en estos temas es realmente importante para el sector bancario venezolano en sus eventuales objetivos de cerrar algunas brechas relacionadas con el rezago que mantiene actualmente con el resto del continente en esta materia.

Un primer parámetro viene dado por el hecho de que, a la fecha, solo una (1) institución del sector bancario venezolano aparece como signatario formal de los PBR de la UNEP FI<sup>47</sup>, de un universo de 27 entidades bancarias (23 bancos universales y 4 bancos microfinancieros) existentes en el país<sup>48</sup>; un número realmente bajo si se compara, por ejemplo, con el número de bancos signatarios que tiene actualmente un país como Ecuador (9 de un total de 14 entidades bancarias autorizadas en el sector bancario ecuatoriano)<sup>49</sup>.

Autorizados voceros del sector bancario nacional han mencionado como posibles motivos para esta presunta “apatía” de la banca venezolana en relación a los PBR eventuales desconocimientos acerca de la utilidad o potencial que tiene la sostenibilidad como oportunidad de negocios. En este sentido, en el sitio web de Debates IESA, en entrevista realizada a José Vecchio Grasso, ex presidente de la entidad Banesco Banco Universal, sobre esta temática de los PBR, se indica lo siguiente:

Para José Grasso Vecchio la adopción de estos principios le da a cualquier banco un perfil de institución con responsabilidad social, que asume compromisos sociales, medioambientales y de gobierno en sus operaciones y relaciones con clientes y grupos de interés (...) es necesario difundir información sobre esta iniciativa en el sector bancario nacional, porque muchas instituciones no tienen claras su utilidad o potencial. Además, considera importante mostrar las oportunidades de negocios que existen para la banca venezolana en asuntos relacionados con el ambiente y el cambio climático. En el caso venezolano hace falta una mayor conciencia, tanto del sector público como del privado, sobre la importancia de esta iniciativa de UNEP FI que no solo va dirigida a bancos, sino que también incluye a empresas de seguros y otras instituciones del sector financiero (...) Por eso veo estos principios como una oportunidad de desarrollo que debe ser estudiada por todas las instituciones del sector financiero venezolano<sup>50</sup>.

Otro ejemplo que muestra el rezago del sector bancario venezolano en materia de sostenibilidad viene dado por la inexistencia de protocolos verdes o acuerdos suscritos por las entidades bancarias nacionales que denoten algún tipo de compromiso u obligación de parte de los bancos a integrar dentro de su operativa criterios ASG, o incorporando los riesgos ASG en sus políticas de concesión de créditos empresariales.

Como vimos en la sección anterior de la presente monografía, estos protocolos son de uso común en muchas jurisdicciones latinoamericanas, y se muestran como prácticas ASG asumidas por las entidades bancarias derivadas de su compromiso de sostenibilidad empresarial.

Por ejemplo, en la vecina Colombia, el denominado “Protocolo Verde” fue suscrito en el año 2012 entre el Gobierno de ese país y el sector financiero, representado por la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (Asobancaria) y se define como un documento mediante el cual la Banca colombiana:

---

<sup>47</sup> El Banco del Caribe C.A. (Bancaribe) suscribió formalmente los Principios de Banca Responsable el 23 de mayo de 2023, según lo publicado en la página web de la UNEP FI <https://www.unepfi.org/banking/prbsignatories/>

<sup>48</sup> <https://sudeban.gob.ve/index.php/bancario/>

<sup>49</sup> <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/ServiciosBCentral/SUCRE/sucDoc19.pdf>

<sup>50</sup> «Principios de banca responsable: beneficios para el sector financiero venezolano», Debates IESA; 14 de febrero de 2024; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://www.debatesiesa.com/principios-de-banca-responsable-beneficios-para-el-sector-financiero-venezolano/>

adopta un modelo de sostenibilidad, ejerciendo con ética la actividad bancaria, cumpliendo con la normatividad, desarrollando acciones que fortalezcan el gobierno corporativo, la transparencia y el impacto positivo del sector en la sociedad; promoviendo la adopción de prácticas innovadoras que apunten a construir un modelo de desarrollo respetuoso con las necesidades económicas, sociales y ambientales de la generación actual y de las futuras<sup>51</sup>

En Venezuela no existen a la fecha actual protocolos o documentos de sostenibilidad de las características del Protocolo Verde de Colombia, o de otros Protocolos de similares características existentes en otros países latinoamericanos<sup>52</sup> que reflejen el compromiso de sostenibilidad del sector bancario nacional en lo relativo a sus operaciones y actividades.

Por otra parte, no existe a la fecha en el país la constitución formal de alguna instancia o foro que trate el tema de la sostenibilidad y de la Banca Responsable de manera institucional. En este sentido, la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV) como instancia que agrupa a las entidades bancarias privadas del país, tiene en agenda la constitución formal del Comité de Asuntos ASG, como una forma de ir cerrando brechas de rezago en estas temáticas de sostenibilidad entre sus agremiados<sup>53</sup>.

Otros factores adicionales que pueden ser indicativos del rezago del sector bancario venezolano en temas de sostenibilidad, Gestión ASG y Banca Responsable se encuentran en la inexistencia de normativas específicas de buen gobierno corporativo para los bancos que puedan incorporar las más modernas tendencias en la materia, así como la ausencia de conocimiento y capacitación suficientes en temáticas ASG de la mayor parte de los profesionales que laboran en las instituciones bancarias.

Como puede observarse, el sector bancario nacional presenta interesantes retos en todo lo referido a la sostenibilidad, Gestión ASG y adopción de principios de Banca Responsable, principalmente en lo relativo a cerrar el rezago que existe en comparación con el resto del continente latinoamericano.

### **3.3. Retos del sector**

Los retos que enfrenta el sector bancario venezolano en temas de sostenibilidad y Gestión ASG van de la mano con los parámetros expuestos anteriormente que evidencian el rezago que presentan las entidades bancarias nacionales en estas temáticas.

Un primer reto que debe solventarse atiene a la promoción y desarrollo de conocimientos relacionados con las temáticas ASG y la sostenibilidad empresarial. Ningún otro paso efectivo podrá darse mientras no se tengan claras las nociones básicas de estas tendencias corporativas que son comunes a todos los sectores que conforman el ecosistema económico de un país. Al lado de esto, el desarrollo de nuevos perfiles profesionales dentro del sector se constituye en otro paso

---

<sup>51</sup> <https://www.asobancaria.com/protocolo-verde/>

<sup>52</sup> Por ejemplo, en Argentina el Protocolo de Finanzas Sostenibles (2019); en Brasil el Protocolo Verde (2009) o en Chile el Acuerdo Verde (2019).

<sup>53</sup> Como comparativa, el Comité de Sustentabilidad de la Asociación de Bancos de México fue creado en el año 2007, firmándose el Protocolo de Sustentabilidad en el año 2016. En el año 2023 fue creada la Comisión ASG

necesario que debe ser acometido por las entidades bancarias, en coordinación con instituciones académicas y de desarrollo profesional.

Otro reto que debe enfrentar el sector atiene al necesario redimensionamiento de varias de las estructuras e instancias que conforman el gobierno corporativo en las entidades bancarias, así como el fortalecimiento de otras tantas. Áreas y funciones como el Compliance, Auditoria y en general el Sistema de Control Interno deben adecuarse a los compromisos de sostenibilidad y a los criterios ASG, sin mencionar el rol fundamental que la Junta Directiva juega en todo lo referido a estas temáticas dentro de la banca.

El desarrollo y consolidación de instancias y foros exclusivamente dedicados al tratamiento, la promoción y difusión de la sostenibilidad y de los criterios ASG en la banca debe ser un reto para superar en el corto plazo. En este sentido, el planificado Comité ASG de la ABV puede ser una herramienta de gran ayuda en aras de ir cerrando la brecha que presenta el sector bancario venezolano.

La adopción de protocolos verdes y compromisos de sostenibilidad a lo interno del sector bancario debe ser un reto que complemente el desarrollo y consolidación de instancias nacionales dedicadas exclusivamente al tema de la sostenibilidad y de las finanzas responsables.

Por otra parte, la suscripción de más bancos venezolanos a los PBR de la UNEP FI debe constituirse en un reto de mediano plazo para todo el sector, lo que daría muestras fehacientes que el compromiso de sostenibilidad y de implementación de criterios ASG en la gestión de las entidades bancarias venezolanas habría pasado a un nuevo nivel, dejando atrás las meras declaraciones de intenciones y entrando en una dinámica real donde sus acciones y actividades en cumplimiento de su compromiso de sostenibilidad sean medibles, cuantificables e informadas de manera transparente a los grupos de interés.

Finalmente, la promoción de una normativa de buen gobierno corporativo para el sector bancario, que pueda reunir en su contenido las más modernas tendencias en la materia, incluyendo no solo la sostenibilidad y la Gestión ASG dentro de la banca, sino incorporando otras macrotendencias como la Gobernanza de Datos y la eventual aplicación de la Inteligencia Artificial (IA) en varias ramas del negocio bancario, luce como un reto que a largo plazo puede terminar de cerrar la brecha que actualmente muestra el sector bancario venezolano en estas temáticas con sus pares del continente.

## **CONCLUSIONES**

Los grandes cambios culturales y sociales acaecidos en el siglo XXI han llevado a una toma de conciencia de parte de la humanidad acerca del importante rol que juegan para las actividades empresariales aspectos que escapan de los meros resultados económicos y financieros.

Entre esos aspectos no financieros se destacan los relacionados con el medio ambiente, derechos humanos y transparencia ética que deben ser integrados en toda forma de gestión empresarial, dada la íntima relación que las actividades empresariales tienen con los referidos

aspectos a nivel global, teniendo siempre como norte el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de modelos de producción que prevengan el agotamiento de aquellos y garanticen su existencia para las generaciones futuras .

Bajo este entendimiento, y desde hace ya veinte años, empresas vinculadas al sector del mercado de valores e inversiones, de la mano de entes internacionales como la ONU y la OCDE iniciaron una serie de gestiones tendentes a incorporar aspectos de sostenibilidad en sus gestiones corporativas, dando origen a los llamados criterios ASG como un forma de poder medir e informar de manera clara y transparente a los grupos de interés el comportamiento de las empresas en relación a sus compromisos de sostenibilidad.

Estas iniciativas muy pronto alcanzaron al resto de los sectores que conforman el mercado global, incluyendo al sector bancario, el cual diseñó los llamados Principios de Banca Responsable, que se constituyen en el marco normativo rector del compromiso de sostenibilidad de la banca a nivel mundial, así como herramienta eficaz para integrar los criterios ASG dentro de la gestión de las entidades bancarias.

El sector bancario venezolano muestra un claro rezago en todo lo referido a las prácticas de sostenibilidad e implementación de criterios ASG en su gestión empresarial, en comparación con sus pares del continente latinoamericano, por lo que cerrar esa brecha en el corto y mediano plazo se constituye en uno de los principales retos del sector para los próximos años.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Brightest. «ESG Gobernanza: Que es, ejemplos y mejores prácticas». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.brightest.io/esg-gobernanza/>

CAF Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe. «Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo: Una actualización acorde con los retos de la sostenibilidad empresarial». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2023/11/lineamientos-para-un-codigo-latinoamericano-de-gobierno-corporativo-una-actualizacion-acorde-con-los-retos-de-la-sostenibilidad-empresarial/>

Comunicarse. «¿Qué es ESG? Hablemos de gestión y evaluación del triple impacto». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.comunicarseweb.com/opinion-15>

CSR Consulting. «¿Cuál es la diferencia entre ESG y Sostenibilidad?»; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://www.csrconsulting.com.mx/2023/07/26/cual-es-la-diferencia-entre-esg-y-sostenibilidad/#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20sostenibilidad,de%20gobernanza%20de%20las%20organizaciones.>

Consultora Cordina. «Criterios ASG y RSE: Una filosofía para la inversión sostenible y responsable»; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://coordina->

[oerh.com/2024/04/16/criterios-asg-y-rse-una-filosofia-para-la-inversion-sostenible-y-responsable/](https://oerh.com/2024/04/16/criterios-asg-y-rse-una-filosofia-para-la-inversion-sostenible-y-responsable/)

Esginova Group. «Diferencias entre ESG y Sostenibilidad y por qué es importante»; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://www.esginova.com/sostenibilidad/diferencias-entre-esg-y-sostenibilidad-y-por-que-es-importante/>

Foro de la Facultad de Derecho de Harvard sobre Gobierno Corporativo. «ESG Insights»; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://corpgov.law.harvard.edu/2024/01/30/esg-insights-10-things-that-should-be-top-of-mind-in-2024/>

Fundación Caja de Burgos. «El relevo a la RSC empresarial que aventuró Naciones Unidas en 2005». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://portal.cajadeburgos.com/emprendimiento/blog/el-relevo-de-la-rsc-empresarial/>

Grupo Forética. «Tendencias ESG 2024 claves para la agenda empresarial de sostenibilidad»; acceso en fecha 3 de noviembre de 2024; <https://drive.google.com/file/d/1k2QmHQ-mQ-HafOG4Rjz864pMrrwPZk-1/view>

Grupo Santander. «Política de Banca Responsable y Sostenibilidad»; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://www.santander.com/content/dam/santander-com/es/contenido-paginas/nuestro-compromiso/pol%C3%ADticas/do-politica-de-banca-responsable-y-sostenibilidad-es.pdf>

IBM México. «¿Qué es ESG?». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.ibm.com/mx-es/topics/environmental-social-and-governance#:~:text=Krantz%2C%20Alexandra%20Jonker-%C2%BFQu%C3%A9%20es%20ESG%3F,y%20ambiental%20de%20una%20organiza%20ci%C3%B3n>

Martínez Fernández, Sergio. «Los Principios de Inversión Responsable»; acceso en fecha 2 de noviembre de 2024; [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/229059/TFG\\_smartinezfernandez.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/229059/TFG_smartinezfernandez.pdf)

OCDE. «Conducta empresarial responsable en el sector financiero en América Latina y el Caribe»; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://mneguidelines.oecd.org/conducta-empresarial-responsable-en-el-sector-financiero-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>

Pacto Mundial Red Española. «¿Qué son las siglas ASG o ESG?». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.pactomundial.org/noticia/la-sostenibilidad-empresarial-desde-las-siglas-asg-o-esg/#:~:text=%E2%80%9CA%E2%80%9D%20de%20ambiente%20se%20refiere,sociedad%20y%20las%20comunidades%20locales>

UNEP FI. «UNEP FI y el trabajo en torno a la Inversión Responsable». Acceso en fecha 2 de noviembre de 2024. <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2020/09/Sesion-I-Webinar-Inversiones-Responsables-Carolina-Lopez.pdf>

Debates IESA. «Principios de banca responsable: Beneficios para el sector financiero venezolano»; acceso en fecha 4 de noviembre de 2024; <https://www.debatesiesa.com/principios-de-banca-responsable-beneficios-para-el-sector-financiero-venezolano/>

# *¿Es el garante corporativo la llave para la apertura de la contratación en la explotación de hidrocarburos?*

**Civitillo H. Mariana C.\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 425- 438

**Resumen:** Estas consideraciones buscan determinar el alcance y la efectividad de la figura del garante corporativo en las contrataciones suscitadas en la industria Petrolera, mediante el análisis jurídico de su impacto y relevancia en el campo contractual del Derecho Corporativo de los Hidrocarburos, entendiendo el marco actual en el cual pueden surgir estas contrataciones, las formas en las que se pueden realizar y su relevancia cuando los actores son de nacionalidad múltiple a fin de incentivar la apertura a la inversión privada sea nacional o extranjera.

**Palabras Claves:** Derecho corporativo de hidrocarburos. Garantías. Contratos.

*Is the corporate guarantor the key to the opening of hydrocarbon exploitation contracting?*

**Abstract:** *These considerations seek to determine the scope and effectiveness of the figure of the corporate guarantor in the contracts arising in the oil industry, through the legal analysis of its impact and relevance in the contractual field of the Corporate Law of Hydrocarbons, understanding the current framework in which these contracts can arise, the ways in which they can be carried out and their relevance when the actors are of multiple nationalities in order to encourage the opening to private investment, whether domestic or foreign.*

**Keywords:** *Corporate hydrocarbons law. Guarantees. Contracts.*

**Recibido:** 05/11/2024

**Aprobado:** 19/11/2024

---

\* Abogada Mención Cum Laude (Universidad Central de Venezuela). con Diplomado en Derecho Mercantil del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en el régimen legal de divorcio en Venezuela del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en Derecho Procesal Telemático de la Escuela Nacional de la Defensa Pública. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

# *¿Es el garante corporativo la llave para la apertura de la contratación en la explotación de hidrocarburos?*

Civitillo H. Mariana C.\*  
RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 425- 438

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Garantía Corporativa. Definición. 2. Contextualización Histórica. 3. ¿No es suficiente garantía el derecho de propiedad de los hidrocarburos?. 4. ¿El Garante Corporativo asume las consecuencias jurídicas de un incumplimiento obligacional?. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍAS.**

## **INTRODUCCIÓN**

La industria petrolera estriba en numerosas y distintas actividades interconectadas entre sí; en cuanto la cadena productiva de los hidrocarburos se encuentra compuesta por una sucesión de etapas consecutivas, (upstream, midstream y downstream<sup>1</sup>), que involucra distintas actividades relacionadas entre ellas, las cuales se extienden desde la exploración en busca de yacimiento de hidrocarburos a la producción de estos últimos, pasando por su refinación e industrialización, hasta llegar a la comercialización de los hidrocarburos naturales y de los productos derivados.

Para cada una de estas actividades se requieren contratos, cuya complejidad, atipicidad e interdependencia plantean numerosas problemáticas jurídicas. Siendo a partir de su suscripción y el establecimiento de las distintas obligaciones que vinculan a las partes, así como las consecuencias jurídicas de su incumplimiento lo que generan la necesidad de un tercero que garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Sin embargo, ¿es realmente eficaz esta figura jurídica en las contrataciones petroleras? Ya que, no solo no se ha establecido de manera específica los alcances de esta garantía, sino que este tipo de contrataciones cuenta con diversas garantías que permiten asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Entonces, su relevancia se debe a que ¿el Garante Corporativo asume las consecuencias jurídicas de un incumplimiento obligacional? ¿Si no existe Garantía Corporativa no es posible una contratación petrolera o es una consideración muy drástica? Estas son algunas de las interrogantes a abordar.

---

\* Abogada Mención Cum Laude (Universidad Central de Venezuela). con Diplomado en Derecho Mercantil del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en el régimen legal de divorcio en Venezuela del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en Derecho Procesal Telemático de la Escuela Nacional de la Defensa Pública. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

<sup>1</sup> **Upstream:** exploración, explotación; **Midstream:** transporte, procesos y almacenaje, y **Downstream:** refinación, comercialización y distribución

## **1. *Garantía Corporativa. Definición***

La palabra garantía indica la cualidad (-ia) del garante. La palabra garante viene del francés *garant* y este del germánico *waren* (hacerse responsable, asegurar).<sup>2</sup> El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra garantía como “el efecto de afianzar lo estipulado” o como “la cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”.

Al aplicar la anterior definición al mundo jurídico, podemos decir que las garantías son en esencia un acto accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Su subsistencia, por tanto, está ligada a la existencia de lo principal. En esta forma, además de la obligación personal del deudor de efectuar el pago, el acreedor obtiene la de un tercero, o la afectación de una cosa para responder por el cumplimiento, o ambas a la vez, de acuerdo a lo previsto al código civil venezolano.<sup>3</sup>

Las garantías corporativas por su parte implican que una empresa (el garante) responde por la solvencia de otra empresa (el prestatario). Son comunes en empresas conjuntas, subsidiarias o entidades afiliadas.

En Venezuela, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas<sup>4</sup> y el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>5</sup> buscan regular la actividad contractual para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras por parte de los órganos y entes que ejercen el Poder Público y otros sujetos incluidos en la norma; tanto en la fase de selección del contratista como en la etapa de la ejecución de las prestaciones contractuales. Y dentro de la primera etapa procedimental, como posteriormente, en la ejecución del referido contrato, se emplean las garantías que, en sentido amplio, consisten en una concesión voluntaria al contratante de una situación más favorable de la que pudiera tener cualquier acreedor quirografario. En términos más sencillos implica generar seguridad al sujeto contratante, y en este caso al interés público, con respecto a la permanencia o aseguramiento de las ofertas recibidas y en relación a la correcta ejecución del objeto del contrato.<sup>6</sup>

Esas garantías pueden consistir en obtener la ventaja de que respondan a la obligación no sólo el deudor, sino también otras personas, con lo cual aumenta el número de patrimonios afectados al cumplimiento de la obligación; o en obtener la ventaja de adquirir para seguridad de su crédito un derecho real accesorio sobre un bien o varios bienes determinados (del deudor o de un tercero), que al darle el derecho de preferencia y de persecución, lo aseguren contra el riesgo de tener que concurrir con otros acreedores o de que a consecuencia de actos de enajenación no

---

<sup>2</sup> Diccionario Etimológico, Castellano en línea.

<sup>3</sup> Artículo 1804 Código Civil venezolano: “Quien se constituye fiador de una obligación queda obligado para con el acreedor a cumplirla, si el deudor no la cumple.”

<sup>4</sup> Decreto Nro. 1.399 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. N.º 6.154 Extraordinario del 19/11/ 2014.

<sup>5</sup> G.O. N.º 39.181 del 19/05/2009.

<sup>6</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Volumen I, 1era. ed. Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 727.

pueda ejecutar el bien por haber salido del patrimonio del deudor. En el primer caso se habla de garantías personales y en el segundo de garantías reales.

Las garantías personales no aumentan el poder de agresión del acreedor sobre los bienes de su deudor, sino que aumentan el número de deudores (principales o subsidiarios) de la obligación. En cambio, las garantías reales sí aumentan ese poder de agresión del acreedor insatisfecho por la afectación patrimonial directa que esta supone.

Las garantías personales pueden constituirse mediante la adición de deudores principales o de deudores subsidiarios. Los principales casos de la primera forma son la solidaridad pasiva y la indivisibilidad, estudiadas principalmente desde el Derecho Civil en la teoría general de las obligaciones. El principal caso de la segunda forma, es la fianza.<sup>7</sup>

Las garantías generalmente se asocian al régimen legal de los contratos, ya que adoptan la forma jurídica de un contrato y en consecuencia resultan ser fuente de obligaciones. Sin embargo, debido a que la actividad contractual y las obligaciones que son asumidas por medio de un contrato generalmente requieren estar aseguradas mediante el otorgamiento de alguna figura que garantice el cumplimiento de la referida obligación, y en este caso la garantía se constituiría en un contrato accesorio. Esta exigencia de otorgamiento de garantías puede provenir de la mutua voluntad de las partes dentro de la contratación principal o por imperio de una norma que impongan la obligación de constituir una garantía en determinada circunstancia.

En el ámbito petrolero las garantías corporativas requeridas se asemejan de forma sustancial a las previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas<sup>8</sup> el cual permite al contratante seleccionar formas de garantías entre las múltiples opciones que ofrece el ordenamiento jurídico; eso sí, quedando a cargo del contratante la verificación y aseguramiento de la suficiencia de la garantía.

## **2. Contextualización histórica**

Quizás te cuestiones que relevancia tiene la Ley de Contrataciones Públicas en una contratación petrolera, y es que a partir del 01 de enero de 2006 hubo un cambio en el esquema de explotación petrolera venezolana, eliminando la figura de los Convenios Operativos e instaurando como nuevo régimen jurídico una figura denominada *las Empresas Mixtas*, previstas en la Reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos,<sup>9</sup> en ella se establecieron principios constitucionales que tradicionalmente se mantenían como la propiedad del Estado en los yacimientos de hidrocarburos. En su contenido se destaca el procedimiento a seguir para la creación de las

---

<sup>7</sup> José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías*. Manuales de Derecho. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 8<sup>ta</sup>. Edición, 1992, p. 23.

<sup>8</sup> Decreto Nro. 1.399 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. N.º 6.154 Extraordinario del 19/11/ 2014, en el marco de la Ley habilitante que lo autorizaba a dictar Decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan, dictada por la Asamblea Nacional y publicada en la G.O. N.º 6.112 extraordinario del 19/11/2013; quedando derogada la Ley de Reforma Parcial de la Ley Contrataciones Públicas Venezolana, publicada en la G. O. N° 39.503 del 06/09/2010.

<sup>9</sup> Ley de reforma parcial del Decreto N° 1.510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en Gaceta Oficial de la República bolivariana de Venezuela N° 38.493 de fecha 04 de agosto de 2006.

empresas mixtas<sup>10</sup>, el cual, requiere la aprobación de la Asamblea Nacional, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33<sup>11</sup> de la referida Ley.

Con esta reestructuración el Estrado venezolano elimina de manera unilateral las formas de participación de capital privado existentes hasta ese momento en la industria petrolera nacional, esto es, los antiguos contratos operativos, los convenios de ganancias compartidas y asociaciones estratégicas. Las desapariciones de las antiguas formas de asociaciones petroleras fueron reguladas por la mencionada Ley de Hidrocarburos, el Decreto Ley 5200<sup>12</sup> y Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco.<sup>13</sup>

El régimen de transición consistía en convertir a las empresas petroleras privadas en socios minoritarios, constituyéndose en empresas mixtas ya que el Estado figuraría como accionista mayoritario, con más del 50% del capital social accionario, mientras que el capital privado tendrá una participación accionaria menor. Es por esto que la Ley de Contrataciones Públicas tiene una relevancia importante en las contrataciones petroleras.

En el ejercicio de poderes habilitantes el Ejecutivo Nacional, en beneplácito del Ministerio de Petróleo mediante acuerdo con la Asamblea Nacional, le transfirieron facultades reservadas al Estado a la naciente Empresa Mixta. De esta manera, le otorgaba el poder de comercializar y vender el petróleo crudo mejorado y cualquier otro producto resultante del mejoramiento del crudo conveniente al interés nacional.

---

<sup>10</sup> Para Araujo-Juárez, José: “La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela”. En: Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo. UNAM. David Cienfuegos Salgado y Miguel López Olvera, coords. México, D.F., 2005, pp. 37-38, “la figura de la ‘empresa operadora mixta’ es la modalidad de participación del sector privado en la ejecución de ‘actividades primarias’ de la industria petrolera”. En tal sentido, el autor señala que “la participación del sector privado a través de las empresas operadoras mixtas constituye una modalidad bajo la cual el dominio del Estado sobre la actividad petrolera reservada, la cual el propio constituyente califica como ‘de interés público y de carácter estratégico’, admite la excepción más significativa en términos jurídicos en favor de la participación del sector privado”.

<sup>11</sup> Ley de Hidrocarburos (2006) Artículo 33: “La constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea Nacional podrá modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes. Cualquier modificación posterior de dichas condiciones deberá también ser aprobada por la Asamblea Nacional, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Minas. Las empresas mixtas se regirán por la presente Ley y, en cada caso particular, por los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo que conforme a la ley dicte la Asamblea Nacional, basado en el Informe que emita la Comisión Permanente de Energía y Minas, mediante el cual apruebe la creación de la respectiva empresa mixta en casos especiales y cuando así convenga al interés nacional. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables.”

<sup>12</sup> Decreto N° 5200 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.

<sup>13</sup> Ley Sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, publicado en Gaceta Oficial N° 38.785, de fecha 08 de octubre de 2007.

De modo que, si bien es cierto que algunas Empresas Mixtas, pueden comercializar el crudo extraído, esta acción se debe constreñir a las condiciones impuestas por el Estado Venezolano. A tal efecto, cada Contrato de Compraventa de Hidrocarburos Naturales establecerá los principios de comercialización. Sin embargo, grosso modo podemos sintetizar que, estos principios de comercialización señalan que la Empresa Mixta podrá comercializar, directamente, petróleo crudo mejorado y petróleo crudo mezcla, con la condición de que dicha venta sea efectuada a PDVSA Petróleo, S.A. o alguna otra entidad financiera que así designe PDVSA Petróleo, S.A., conforme lo previsto en el artículo 27<sup>14</sup> de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

No obstante, es posible el establecimiento de un régimen excepcional, es por ejemplo el caso del Anexo “C” del Contrato de Compraventa de Hidrocarburos Naturales entre Petrocedeño, S.A. y PDVSA PETRÓLEO, S.A., en el cual, el accionista minoritario de la Empresa Mixta o socio clase “B” podría ejercer un derecho a compra conforme a los términos y condiciones establecidos por PDVSA Petróleo, S.A.

Por lo que se infiere de este caso, las actividades de comercialización serán ejercidas por la empresa mixta, siempre y cuando, ésta le venda a PDVSA Petróleo, S.A. los hidrocarburos naturales, los derivados, así como la mezcla resultante del petróleo crudo diluido. En consecuencia, si bien es cierto que la comercialización tiene su marco legal en la constitución de la empresa mixta, así como de las disposiciones que reposan en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, permite la ocurrencia de una opción a compra por parte del socio minoritario, este comprende un régimen excepcional, toda vez que, la regla general es que la venta de petróleo crudo diluido y el petróleo crudo mejorado o refinado debe ser realizada en un primer término y con carácter preferente a PDVSA Petróleo, S.A.

Y es que, al comercializar con el Estado, la inversión privada, aunque minoritaria y limitada debe garantizar el cumplimiento de sus compromisos; la forma y la efectividad es en la que buscamos dilucidar en las presentes consideraciones.

### ***3. ¿No es suficiente garantía el derecho de propiedad de los hidrocarburos?***

La Constitución vigente de la República Bolivariana de Venezuela<sup>15</sup> establece la propiedad pública de los yacimientos mineros y de hidrocarburos por primera vez en una de sus disposiciones<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Ley de Orgánica de Hidrocarburos, “Artículo 27: El Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en esta Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio.”

<sup>15</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Caracas. Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 36.860, jueves, 30 de diciembre de 1999. Asamblea Nacional. (CRBV).

<sup>16</sup> Artículo 302 CRBV: “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e i.”

El origen legal de la propiedad pública de los hidrocarburos en Venezuela es una síntesis histórica compleja de normas jurídicas contenidas en el antiguo derecho colonial español, en el derecho minero francés de finales del siglo XVIII y principios del XIX y en la tradición del derecho minero y petrolero venezolanos de los siglos XIX, XX y XXI. Esta síntesis histórica compleja y la evolución de la tradición legal de la propiedad pública de los hidrocarburos en Venezuela se puede resumir muy vagamente, de la siguiente manera:

El 30 de junio de 1920 se dictó la primera Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles en Venezuela que estableció, desde entonces e ininterrumpidamente hasta nuestros días, el sistema dominal de propiedad de los hidrocarburos. Según este sistema jurídico, el Estado podía explotar directamente los hidrocarburos o ceder su explotación a otro agente que cumpla con los requisitos legalmente establecidos. El Estado podía, incluso, discutir libremente, al igual que un propietario particular, las condiciones de la cesión. No estaba obligado, sin embargo, a conceder la cesión de su derecho.

Con el devenir de los años en 2002 se promulga la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y de Hidrocarburos que recogió el principio constitucional de la propiedad pública sobre los yacimientos. Y posteriormente es reformada en el año 2006, a la que hemos hecho referencia a lo largo de este escrito, que ha mantenido el mismo principio.

Ya que el Estado es propietario de todos los yacimientos que se encuentren dentro del territorio nacional, ostenta la facultad prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos de cobrar regalías, el cual es un pago que se efectúa con ocasión de la propiedad de un recurso no renovable que está siendo extraído y extinguido,<sup>17</sup> es ampliamente usado por la mayoría de los países productores y normalmente es calculado sobre el valor del recurso producido o vendido, o en base a las cantidades físicas del recurso extraído, en Venezuela, de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos de hasta un 30% de los hidrocarburos extraídos, independiente de los impuestos de ley, los cuales se desglosan de la siguiente manera<sup>18</sup>:

- **Impuesto Superficial:** Este impuesto es exigible respecto del área no explotada de la concesión y es equivalente a 100 Unidades Tributarias (aproximadamente 1.767 US\$ a la tasa de cambio oficial de 4,30/1 dólar de los EEUU - “US\$”-) por año y por kilómetro cuadrado, sujeto a los siguientes incrementos interanuales: 2% en los primeros 5 años y 5% de allí en adelante, indefinidamente.
- **Impuesto al Consumo Propio:** El Impuesto al Consumo Propio es del 10% de los derivados de hidrocarburos producidos y consumidos como combustible en operaciones propias, calculado al valor de venta de dichos derivados al consumidor final.
- **Impuesto General al Consumo:** La tasa del Impuesto General al Consumo varía entre el 30% y el 50% del precio pagado por el consumidor final por litro de

---

<sup>17</sup> Kumar. R. Taxation for a Cyclical Industry. En Resources Policy. London. 1991. p. 137.

<sup>18</sup> Estos impuestos son deducibles a fines del ISR.

derivados de hidrocarburos vendidos en el mercado nacional. Este parece un impuesto diseñado para ser soportado por el consumidor final, aunque entendemos que nunca se ha aplicado desde su entrada en vigencia en el año 2001.

- **Impuesto de Extracción:** El Impuesto de Extracción es un tercio (33,33%) del valor de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier yacimiento. Se debe pagar mensualmente y se calcula sobre la misma base que la regalía pagadera en efectivo (el valor de mercado del crudo extraído en el área de producción). Para calcular el Impuesto de Extracción el contribuyente puede deducir los montos pagados como regalías, incluyendo cualquier monto pagado como “ventaja especial” (ver 1.6 infra). Como en el caso de la regalía, el ejecutivo nacional puede bajo ciertas condiciones reducir su tasa hasta 20% del valor de los hidrocarburos extraídos.
- **Impuesto de Registro de Exportación:** Equivalente al 0.1% del valor de todos los hidrocarburos exportados. La base imponible es el precio de venta del hidrocarburo exportado.
- **Impuesto sobre la Renta:** El Impuesto sobre la Renta Venezolano (“ISR”) aplica a las ganancias de fuente nacional o extranjera obtenidas por personas naturales residentes o por entidades legales domiciliadas en el país y establecimientos permanentes de entidades no domiciliadas. Las personas naturales no residentes y las entidades legales no domiciliadas están sujetas al ISR sólo por las rentas de fuente venezolana. (Entre otros impuestos mencionados en la ley).

Por lo que además de que en el esquema de las Empresas Mixtas el Estado es el accionista mayoritario haciéndose con el 50, 60, 75% o más de las acciones, tiene el derecho de propiedad constitucional sobre los yacimientos lo que le permite el cobro de regalías que no implica una doble tributación pues los impuestos que deriven de la actividad petrolera están gravados por el régimen fiscal competente y son indistinto de esta figura de regalía, aunado a las fianzas que suelen solicitarse a los contratistas en este campo, adicionalmente, el Estado solicita una garantía corporativa. Lo que da lugar a la siguiente interrogante:

#### ***4. ¿El Garante Corporativo asume las consecuencias jurídicas de un incumplimiento obligacional?***

Ya contextualizados sobre la historia reciente del esquema contractual y empresarial en la exploración, explotación y comercialización del crudo venezolano, que tuvo un impacto sustancial y determinante en las contrataciones en el mundo petrolero, veamos qué pasa con las contrataciones requeridas para el desarrollo de la propia actividad petrolera.

Es sabido que en la industria petrolera se realizan diversas actividades relacionadas entre sí, las cuales se extienden desde la exploración en busca de yacimientos de hidrocarburos y la producción de estos últimos, (de la cual ya hemos hablado), pasando por su refinación e industrialización, hasta la comercialización de los hidrocarburos naturales y de los productos derivados.

Desde el punto de vista jurídico, cada una de estas actividades requiere contratos, en general, los contratos de servicios necesarios para la ejecución de las actividades primarias celebrados por las empresas mixtas operadoras con una empresa de servicios petroleros, incluyendo PDVSA Servicios o una empresa mixta de servicios, y aunque es sabido que la empresa mixta operadora no pueda celebrar contratos en los que transfieran, directa o indirectamente, su función de operadora.<sup>19</sup> Sin embargo, si puede celebrar contratos de servicios petroleros necesarios para la ejecución de las actividades primarias,<sup>20</sup> entre estos contratos de servicios, se pueden enumerar los contratos de exploración sísmica, perforación exploratoria, sellado de pozos improductivos, operación y explotación de campos petroleros, mantenimiento, etc.; y se rige por sus cláusulas contractuales y, supletoriamente, como ya hemos establecido, por la Ley de Contrataciones Públicas<sup>21</sup>, el Código de Comercio y el Código Civil.

Estos contratos y los contratos de ingeniería se rigen principalmente por el principio de la autonomía contractual (con sus tradicionales límites del orden público<sup>22</sup> y las buenas costumbres), salvo por las eventuales cláusulas obligatorias a nivel constitucional o legal, que fueran aplicables al caso concreto, como pudieran ser las denominadas cláusulas exorbitantes.<sup>23</sup>

En la práctica internacional, en general, el contrato de servicio petrolero es un contrato marco (Máster Service Agreement), y es que en el Derecho comparado, la expresión “contrato marco” (la cual difiere sustancialmente de la definición contenida en el artículo 2 del (derogado) Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas del 2010; la cual, *mutatis mutandis*, fuera recogida en el artículo 6, numeral 33<sup>24</sup> de la vigente Ley de Contrataciones Públicas, el cual

---

<sup>19</sup> Cfr., condición N° 3 de los “Términos y condiciones para la creación y funcionamiento de las Empresas Mixtas”, publicados en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.273 del 28 de septiembre del 2009.

<sup>20</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, artículo 25: “las empresas operadoras podrán realizar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan trasferido y celebrar los correspondientes contratos, todo conforme a las disposiciones de esta Ley u otras que le fueran aplicables.”

<sup>21</sup> En la interpretación e integración de dichos contratos, también podrían ser relevantes las disposiciones de algunas leyes especiales como la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley Orgánica del Ambiente, o la Ley Penal del Ambiente, etc.

<sup>22</sup> En este sentido, es oportuno recordar que la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.173 del 07 de mayo de 2009), de conformidad con su artículo 7, es de orden público.

<sup>23</sup> Hernández-Mendible, Víctor Rafael: “Los avances y problemas de la contratación con el Estado”. En: Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 66. Lima, 2011, pp. 107-129; y, Brewer-Carías, Allan R.: Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 369-425.

<sup>24</sup> Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.154 extraordinario del 19 de noviembre de 2014. Artículo 6, N° 33: “Contrato Marco: Contrato suscrito entre los contratantes y contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por sus características o recurrencia dificulten establecer la contratación por cantidades fijas. Para ello, los contratantes deberán aplicar el procedimiento de selección correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades. En estos casos, la adjudicación establecerá los precios unitarios de los rubros o partidas que conforman la contratación, con un monto total máximo del contrato, el cual se ejecutará por órdenes de compra, servicio y de ejecución de obra, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido.”

introdujo, además, la definición de “convenio marco”.<sup>25</sup>). lo que buscan es regular la relación entre el ente contratante del gobierno anfitrión y la compañía (de servicio) petrolera (generalmente, extranjera); la cual, de acuerdo a las estipulaciones contractuales, explotará los yacimientos de petróleo y/o gas, en nombre del gobierno anfitrión, a cambio de remuneración (en las formas y modalidades establecidas en el contrato), y sin que se transfiera la propiedad del subsuelo y/o de los recursos extraídos del mismo a la compañía petrolera. En otras palabras, la empresa de servicios petrolera en ejecución de dicho contrato realiza todas las (denominadas en el ordenamiento jurídico venezolano) actividades primarias, o incluso todas las actividades que componen la cadena de valor del petróleo o del gas, según sean las estipulaciones contractuales.

Ahora bien, indistintamente a la práctica internacional, como hemos establecido la empresa mixta operadora en Venezuela no puede contratar conjuntamente todos los servicios necesarios para ejecutar las actividades primarias en el área delimitada por el Decreto de transferencia<sup>26</sup>, pues ello implicaría transferir su función de operadora. Sin embargo, puede celebrar separadamente contratos de servicios petroleros necesarios para la ejecución de las actividades primarias con compañías de servicios petroleros; las cuales, frecuentemente, suministran la tecnología requerida para la realización de dichas actividades y, además, aportan parte del capital (inicial) necesario para la explotación y aprovechamiento de los hidrocarburos.

También resaltan contratos de ingeniería dirigidos a la construcción de la infraestructura o complejo petrolero necesario para la explotación y aprovechamiento de los hidrocarburos, entre otro tipo de contratos de servicios.

Ahora bien, en este sentido, es sabido, que a partir de la suscripción de los contratos se establecen obligaciones que vinculan a las partes, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento por una de ellas. En el caso de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos o los contratos de servicios derivados de ellos, se ha regulado la figura del Garante Corporativo; sin embargo, queda por definir si esta figura opera en caso de una situación de incumplimiento obligacional, o es que en estos contratos se han fijado otros tipos de consecuencias jurídicas ante situaciones de incumplimiento obligacional.

Como hemos establecido, el Garante Corporativo busca garantizar de manera solidaria el cumplimiento de las obligaciones contractuales; sin embargo, no se ha dilucidado de manera específica los alcances de dicha garantía. Entonces, debemos entender que ¿el Garante Corporativo asume las consecuencias jurídicas de un incumplimiento obligacional? De ser afirmativa esta interrogante, surgen entonces dos escenarios posibles:

- i) el Garante Corporativo realiza la obligación incumplida, o
- ii) el Garante Corporativo paga por el incumplimiento obligacional.

---

<sup>25</sup> Ley de Contrataciones Públicas, Artículo 6, N° 34: “Convenio Marco: Mecanismo mediante el cual el Servicio Nacional de Contrataciones, selecciona proveedores con los que los contratantes podrán contratar, bienes y servicios que requieran y que sean ofertados a través de catálogos electrónicos que se elaboren para este tipo de contrataciones. Los contratos resultantes de estos convenios serán suscritos por cada uno de los contratantes requirentes de los bienes o servicios.”

<sup>26</sup> De acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, “el Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras el derecho al ejercicio de las actividades primarias”.

Sobre el primer punto, tenemos que normativa y contractualmente se suele designar al titular de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, esto es al Contratista (Empresa Mixta operadora), como único agente habilitado para realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, teniendo esto presente queda descartada la posibilidad de que el Garante Corporativo realice las obligaciones incumplidas por el Contratista vinculadas a estas actividades, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Ahora bien, en relación con el segundo escenario se tiene que consuetudinariamente los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos tienen dos fases. Una es la fase de exploración en la cual se establecen obligaciones vinculadas a la búsqueda de hidrocarburos, y otra es la fase de explotación donde se establecen obligaciones vinculadas a la extracción de los hidrocarburos hallados. A nivel contractual tradicionalmente se han fijado consecuencias jurídicas distintas ante incumplimientos obligacionales en la fase de exploración y en la fase de explotación; específicamente, en la fase de exploración la ejecución de una fianza y en la fase de explotación la resolución del contrato. Con ello, claramente podemos ver que ya se establecieron mecanismos jurídicos que operan en caso de un incumplimiento obligacional, y que además hacen que la obligación se extinga y que el Garante Corporativo no tenga qué garantizar o pagar por la obligación incumplida.

Sin embargo, ¿qué sucede en los casos de contratos de servicios? ¿Es el garante corporativo una figura indispensable para dar seguridad contractual al Estrado como propietario de los yacimientos y quien deposita en estas figuras de ley u otras que se pudieran crear en un cambio de paradigmas? consideramos que si a fin de que opere como una red de seguridad. Lo que se busca es que el garante, se comprometa a responder si el prestatario no cumple con sus obligaciones. Esto con el propósito de tranquilizar al prestamista, reduciendo su nivel de riesgo.

Es decir, aunque los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y los contratos de servicio, ya han fijado consecuencias jurídicas ante situaciones de incumplimientos obligacionales. No obstante, en este esquema de empresas mixtas instaurado desde el 2006, se ha establecido que esta garantía corporativa, aunque subsidiaría, es necesaria y deberá existir mientras sean exigibles las obligaciones principales del contrato.

Además, PDVSA suele exigir que de no encontrarse vigente la Garantía Corporativa podría operar como causal de resolución del contrato, por lo que su vigencia es un imperativo para que el contrato no se resuelva. Finalmente, en relación con la vigencia del Garante Corporativo creemos que debe estar vinculada únicamente a su existencia legal, lo cual supone un capital económico sólido, ello a pesar de que el Garante Corporativo no asume pagos por incumplimientos obligacionales, como lo dijimos anteriormente.

## **CONCLUSIÓN**

Con la suscripción de un contrato en el cual las partes se comprometen a cumplir ciertas obligaciones, se suscita la necesidad de generar mecanismos legales que proporcionen seguridad

jurídica a las partes contratadas. En este sentido surgen las garantías que se configuran como un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Como hemos establecido a diversos tipos de garantías, sin embargo, el objeto principal de estas consideraciones ha sido dilucidar la importancia de la garantía corporativa en el marco de la contratación petrolera. Que como hemos visto presenta unas particulares históricas determinantes para entender las interrogantes aquí planteadas.

Y es que a diferencia de la llamada “apertura petrolera” materializada a través de contratos celebrados entre los inversionistas privados y la República (Convenios de Asociación y Convenios Operativos), en el actual esquema petrolero, toda la inversión privada debe realizarse a través de empresas mixtas en las que, de acuerdo a la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2006), PDVSA debe tener la mayoría accionaria (al menos 50% de las acciones) así como control sobre las decisiones de la empresa mixta.

Por tanto, respecto de la actividad petrolera primaria no existe, como tal, un régimen contractual específico, más allá del previamente estudiado. No obstante, las diferencias entre las condiciones de los Acuerdos de Creación de las empresas mixtas (en particular las creadas en 2010) apuntan a que existió cierto nivel de negociación entre los inversionistas privados y el Ejecutivo Nacional antes de la aprobación de dichos Acuerdos por parte de la Asamblea Nacional.

Desde el punto de vista jurídico, cada una de dichas actividades requiere contratos, cuya complejidad y atipicidad plantean numerosas problemáticas jurídicas, incluso la forma en la que se garantiza su cumplimiento y los agentes que se obligan para este fin. En general, los contratos de servicios necesarios para la ejecución de las actividades primarias celebrados por las empresas mixtas operadoras con una empresa de servicios petroleros, incluyendo PDVSA Servicios o una empresa mixta de servicios, se rige por sus cláusulas contractuales y, supletoriamente, por la Ley de Contrataciones Públicas, el Código de Comercio y el Código Civil.

La figura del Garante Corporativo es funcional, por cuanto, permite al Estado o la Empresa Mixta, según el contrato que se trate, sentir un mayor control o seguridad jurídica dentro de las posibles contrataciones, en este sentido, consideramos que el inversionista privado no debería presentar mayor oposición, ya que como hemos evaluado, son las garantías directas, como la fianza y otras figuras jurídicas a fines, que se ejecutarían en primera instancia, en un litigio o disputa arbitral.

Sin embargo, insistimos de forma sistemática y reiterativa que el Estado venezolano debe aperturar canales de negociación menos impositivos y leoninos para captar inversión privada, sea nacional o extranjera que impulse una economía nacional más sana y próspera.

Los legisladores tienen la tarea nada fácil de encontrar un equilibrio entre el justo beneficio de Venezuela como Estado propietario y el riesgo asumido por las empresas de capital privado que desarrollarían los proyectos de exploración y explotación, atendiendo a las necesidades particulares de cada parte.

Somos conscientes de que en Venezuela es inviable un sistema fiscal petrolero que excluya las regalías (como ocurre por ejemplo en Reino Unido), y otras garantías, como la garantía corporativa, que aseguren las ganancias justas por el detrimento de los yacimientos propiedad constitucional del Estado venezolano, por el contrario apoyamos la previsión de estas garantías no sólo desde el punto de vista de las fianzas públicas, sino también como manifestación de su soberanía sobre los recursos naturales; Sin embargo, como hemos sostenidos consideramos imperante la negociación y apertura para incentivar la inversión privada, a fin de impulsar la recuperación de la economía venezolana.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Allan R. Brower- Carias. (2007). “La estatización petrolera 2006-2007 con la terminación unilateral y anticipada de los contratos operativos y de asociación respecto de las actividades primarias de hidrocarburos”. p. 6.
- \_\_\_\_\_. (1976). Revista de la Facultad de Derecho N° 58. Caracas. p.81. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/95.-II.4.92.pdf>
- \_\_\_\_\_. (2001). “El caso de la apertura petrolera (Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999”. Caracas. p.280.
- Amorer, Elsa. (1991) “El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana”. Colección Estudios Jurídicos número 45. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. p. 71.
- Fronjosa L., Ernesto (2013). La ley de hidrocarburos de Venezuela del año 1943: Un complejo proceso de negociación en el ámbito global. Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat. Boletín No 25. mayo de 2013. pp. 176- 210.
- Hernández G., José Ignacio. (2017). “La Regulación de los Hidrocarburos en Venezuela: Situación Actual y Propuestas de Reforma\*”. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y la Universidad Central de Venezuela (UCV).
- Komblith, Miriam y Quintana, Luken, (1976) “Gestión fiscal y centralización del poder político en los gobiernos de Cipriano Castro y de Juan Vicente Gómez”, en Revista Politeia número 10, Caracas. pp. 143.
- Mora Contreras, Jesús. (2015). “Contratos de exploración y producción de petróleo: reforma y renegociación del régimen del upstream en Venezuela y en el medio oriente”. Encyclopédie de l'énergie. p.2. Disponible en: [https://www.encyclopedie-energie.org/contratos-de-exploracion-y-produccion-de-petroleo-reforma-y-renegociacion-del-regimen-del-upstream-en-venezuela-y-en-el-medio-oriente/](https://www.encyclopedie-energie.org/contratos-de-exploracion-y-produccion-de-petroleo-reforma-y-renegociacion-del-regimen-del-upstream-en-venezuela-y-en-el-medio-orient/)
- Palacios, Isaac F. (s.f.). “La Guerra Comercial Petrolera de 1986. Principales Causas y Efectos.

Penso Acero, Yldefonso. (2014). Análisis histórico de la legislación petrolera en Venezuela Procesos Históricos, núm. 25, enero-junio, pp. 86-99 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela.

Elisabeth Eljuri y Daniela Jaimes, “The 2007 Nationalization of the Venezuelan Orinoco Oil Belt”, publicado en *Oil & Gas Energy Law Intelligence*, Tomo 5, Número 4, 2007.

Olavarría Leopoldo y Lupini Roberto, “Análisis comparativo de las condiciones aplicables a Empresas Mixtas de la Faja Petrolífera del Orinoco creadas en virtud de la Ley de Migración de 2007 y en 2010”

Rondón de Sansó H. “El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos: El Impacto del Petróleo en Venezuela”. Caracas 2008.

### **Legislación**

Acuerdo de la Asamblea Nacional publicado en Gaceta Oficial Nro. 38.798 de fecha 29 de octubre de 2007.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864. (22 de abril de 1864).

Constitución de Venezuela de 1961, promulgada en fecha 16 de enero de 1961 por el antiguo Congreso de la República de Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (1999), Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000, con enmienda N°1 de fecha 15 de febrero de 2009, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 de fecha 19 de febrero de 2009.

Decreto 5.664 mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocedeño, S.A., Gaceta Oficial Nro. 38.807 de fecha 09 de noviembre de 2007.

Ley de Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles, promulgada en fecha 30 de junio de 1920. Ley de Hidrocarburos de 1943, fue sancionada por el Congreso Nacional y publicada en el número 31 (Extraordinario) de la Gaceta Oficial en fecha 13 de marzo de 1943.

Ley de Impuesto sobre la renta promulgada el 12 de julio de 1948. Disponible en: <http://bibliofep.fundacionempresasolar.org/dhv/entradas/f/fifty-fifty/>

Ley que Reserva al Estado Venezolano la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, se promulgo en fecha 29 de agosto de 1975, con fecha de entrada en vigencia 1 de enero de 1976.

Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en Gaceta Oficial Nro. 138.493 de fecha 04 de agosto de 2006, Gaceta Oficial Nro. 39.830 de fecha 28 de noviembre de 2011.

# *De la des-formalización material a la re-formalización digital: Las Formalidades Contractuales en la era Digital*

**José Javier Briz Kaltenborn\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 439-448

**Resumen:** En un sistema legal eminentemente formal que regula las actividades civiles y mercantiles debe tener cabida la implementación de los avances tecnológicos. Algunas normativas de relativa reciente data implementan y regulan mecanismos digitales de comunicación y suscripción que indudablemente son muy distantes a lo que pudieron prever los codificadores y sobre los cuales el sistema y proceso registral se ha fundamentado para su ejecución. Para conectar ambas realidades y usar las nuevas normativas en los procesos formales se requerirá en un futuro bastante cercano de una “Re-Formalización Digital” de aquellas “formalidades” presenciales e incluso autógrafas y manuscritas aplicables en la práctica a los actuales procesos judiciales, administrativos y registrales.

**Palabras Claves:** Firma; firma electrónica; formalidades contractuales; mensajes de datos.

*From material de-formalization to digital re-formalization:  
Contractual Formalities in the Digital Age*

**Abstract:** *In an eminently formal legal system that regulates civil and commercial activities, the implementation of technological advances must take a place. Some relatively recent regulations implement and regulate digital communication and subscription mechanisms that are undoubtedly very distant from what the lawmaker of the codes could have foreseen and on which the registration system have been based. To connect both realities and use the new regulations in formal processes, a “Digital ReFormalization” of those in-person and even handwritten “formalities” applicable in practice to judicial, administrative registrations processes will be required in the fairly near future.*

**Keywords:** *Signature; electronic signature; contractual formalities; data messages.*

**Recibido:** 31/10/2024  
**Aprobado:** 28/11/2024

---

\* Abogado Universidad Católica Andrés Bello 1987, Post Grado en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello 1991, ExProfesor en Centro Internacional de Actualización Profesional (Ciap/UCAB) y en la Universidad Católica Andrés Bello; conferencista invitado sobre diversos temas de naturaleza legal/corporativa en la Universidad Católica del Táchira, Universidad Monteávila, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Colegio de Abogados del Estado Carabobo y diversas cámaras de comercio; Ex Director de diversas Cámaras binacionales de Industria y Comercio; Abogado en Ejercicio.

# *De la des-formalización material a la re-formalización digital: Las Formalidades Contractuales en la era Digital*

**José Javier Briz Kaltenborn\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 439-448

## **SUMARIO:**

1. Generalidades. 2. Normatividad y transición de la formalidad física y material a la formalidad digital o Re-formalización Digital. 3. Aplicación práctica de los mensajes de datos y firmas electrónicas en las distintas figuras legales que por antonomasia requieren del cumplimiento de diversas formalidades y solemnidades para generar derechos y obligaciones. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

### *1. Generalidades*

La función del contrato, convenio y cualquiera otra forma de asunción de obligaciones o de adopción de decisiones, en general, de tipos de manifestación de la voluntad del individuo, no puede ni debe escaparse de la modernidad comunicacional y transaccional dominada por las nuevas tecnologías digitales.

Estando inmersos en una realidad tecnológica no solo nacional sino que trasciende sus fronteras donde las comunicaciones, transacciones, actividades comerciales globalizadas exigen una celeridad y seguridad mayúscula, donde lo manuscrito y lo presencial viene a ser sustituido por criptografías, barras, algoritmos, QR's, video conferencias y la inteligencia artificial, la adaptación legal a esta realidad de los requisitos y formalidades de los procesos administrativos jurídicos, públicos o privados, debe ser impostergable.

Cabe preguntarse hasta que límite estos avances tecnológicos pueden permear la exigencia de formalidades específicas materiales (en contraposición a lo digital) que deban cumplir ciertas negociaciones de naturaleza civil o mercantil, como por ejemplo, la firma de documentos a ser notariados o registrados: alquiler de bienes muebles o inmuebles, testamentos, compraventa de inmuebles, garantías mobiliarias e inmobiliarias, constitución de sociedades, firmas personales, asambleas de accionistas, entre otros.

---

\* Abogado Universidad Católica Andrés Bello 1987, Post Grado en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello 1991, ExProfesor en Centro Internacional de Actualización Profesional (Ciap/UCAB) y en la Universidad Católica Andrés Bello; conferencista invitado sobre diversos temas de naturaleza legal/corporativa en la Universidad Católica del Táchira, Universidad Monteávila, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Colegio de Abogados del Estado Carabobo y diversas cámaras de comercio; Ex Director de diversas Cámaras binacionales de Industria y Comercio; Abogado en Ejercicio.

Este tema no es nuevo. A pesar de que en Venezuela este proceso se podría decir que es de reciente data, sobre todo a partir de algunas sentencias que promueven estas novedades, en algunas instituciones legales como por ejemplo los títulos Valores, ya se ha venido hablando del concepto de Desmaterialización de los Títulos Valores, que no es otra cosa, que adaptar a la realidad tecnológica el riguroso concepto de la tenencia y transferencia de la Titularización Cartular, que impera, por citar un ejemplo, en las Letras de Cambio. Alfredo Morles Hernández,<sup>1</sup> refiriéndose originalmente a la materia de Títulos Valores, ya indicaba que:

(...) Aparte de la transferencia electrónica de fondos, que envuelve la eliminación total o parcial de documentos, la informática está creando oportunidades para crear documentos electrónicos y formas automatizadas de negociación, con perspectivas insospechadas de sustitución de mecanismos asentados sobre la base de papel. Tal es el caso de la del (Sic) Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) del transporte internacional. No se trata de una sustitución radical, porque siempre habrá campo para los negocios que requieran el uso de títulos tradicionales individuales o en serie, sino de la insurgencia de un nuevo sistema, cuya convivencia con el tradicional deberá regularse, a partir de la creación de una teoría general.

## ***2. Normatividad y transición de la formalidad física y material a la formalidad digital o re-formalización digital***

### **INTROITO:**

La gestión administrativa, documental, judicial y registral existente en el país siempre se ha caracterizado por poseer un alto componente material y formal. Es común, normal e imperativo legalmente concebir la necesidad de registrar documentos para generar efectos constitutivos de derechos o para otorgar fe ante terceros; verificar presencialmente para dar fe notarial; certificar documentación mediante visados con firma manuscrita. No basta pues para algunas operaciones y negociaciones la sola manifestación de voluntad, si no, que esta debe manifestarse y concretarse bajo el imperio de ciertas formalidades para darles valor ya sea entre las propias partes o ante terceros. Esto no es negativo en absoluto, al contrario, es la base del orden social y económico para así mantener las reglas claras en un sin número de derechos y obligaciones gestadas por el individuo humano.

La transición de lo material, físico y presencial a lo digital no pretende eliminar necesariamente los componentes materiales y formales. Lo digital no obviará las formalidades, sino que crea un medio adicional a lo formal para hacer más rápida, efectiva y segura las innumerables gestiones y transacciones realizadas por el ser humano. No se trata pues de eliminar los actos que por ley requieran cumplir ciertas solemnidades sino de adaptar distintos aspectos de dichas solemnidades como por ejemplo, el registro físico de documentos, presencia física de personas y firmas manuscritas, a los nuevos medios que lo digital nos ofrece. Los actos seguirán siendo consensuales o solemnes, solo que el mecanismo para concretarse, probarse y generarse podrán realizarse mediante las vías adicionales que ofrece la tecnología digital. Esta será simplemente una nueva evolución de las propias formalidades y/o sacramentos.

---

<sup>1</sup> ALFREDO MORLES HERNANDES: CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Los Títulos Valores, reimpresión 2000. Pag. 1601

Planiol y Ripert<sup>2</sup> en su obra de Derecho Civil, al referirse a las “Oscilaciones históricas del formalismo”, señalan:

Para todos los actos hay ritos, formalidades, palabras sacramentales (como el sacramentum, la mancipatio, y la stipulation del antiguo derecho romano) que si faltan no se alcanza la existencia jurídica. En todas partes el derecho surge siendo formalista. Dos causas han contribuido a privarlo de ese carácter: las necesidades del comercio y el progreso de la cultura intelectual. Las operaciones mercantiles necesitan sencillez y rapidez en su realización; por ello fue el acto mercantil por excelencia, la compraventa, la que abrió la primera brecha en el sistema de los contratos solemnes del viejo derecho romano (...). Esta primera causa no hubiera bastado, si el progreso de la instrucción y la polularización de la escritura no hubiesen permitido emplear medios de pruebas más sencillos; las Chirographa y las cauciones. Las antiguas formas simbólicas no sólo tenían como utilidad propia derivar la esencia del acto jurídico verbal y obligar a las partes a precisar su voluntad; servían también de prueba (...) Desde esos lejanos tiempos el acto consensual ha realizado una marcha invasora; por doquier se ha propagado a costa de las solemnidades originarias.

Según Planiol & Ripert esta disminución del formalismo, en la actualidad se ha revertido y ha resurgido la formalidad solo que por otras razones: por la desconfianza:

Las complicadas relaciones derivadas de una civilización avanzada, multiplican las probabilidades de los fraudes y a los errores a que están expuestas las partes en los contratos desprovistos de formalidades (...) la solemnidad de los actos jurídicos reaparece en todas partes con nuevas formas bajo los nombres de autenticidad, registro, transcripción, etc. Pero ahora no se trata de simbolismo, sino de desconfianza<sup>3</sup>

Sellos lacrados ya se sustituyeron por sellos de tinta y ahora por códigos de barra, firmas manuscritas por QR's o firmas electrónicas; presencias físicas por presencias virtuales (video conferencias). En fin, la Des-formalización material pasa a re-formalizarse digitalmente. El uso de la tecnología digital en consecuencia no se debe adoptar como un mecanismo para eliminar las solemnidades sino para sustituirlas por elementos más rápidos y eficaces, manteniendo si: la seguridad de las acciones, gestiones y transacciones.

2.1. El derecho venezolano ya ha incluido la tendencia al área digital en función a crear mecanismos más ágiles y seguros en los distintos procesos en los cuales se necesitan las intervenciones de las distintas instituciones de la administración pública, adecuando el cumplimiento de determinadas características y solemnidades al proceso digital.

2.1.1. En este sentido como punto de partida de este proceso, el Decreto Ley N° 1.204 de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE)<sup>4</sup>, que es la normativa general que regula lo concerniente a la creación, validez y eficacia de los mensajes de datos y las firmas electrónicas, establece en su artículo 6 que cuando determinados negocios jurídicos deban cumplir con exigencias solemnes o formales, estas podrán realizarse con los mecanismos descritos en la propia LMDFE y que cuando estos actos o negocios exijan una firma autógrafa, dicho requisitos quedaría satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica. Esta norma no hace referencia a exclusiones específicas en cuanto al tipo de formalidades o solemnidades, como si lo hacen otras legislaciones, como por ejemplo la chilena<sup>5</sup>. En su momento

---

<sup>2</sup> Marcel Planiol, Georges Ripert, DERECHO CIVIL, 1996, Pag. 43

<sup>3</sup> IDEM pag 44.

<sup>4</sup> G.O. N° 37.148 de fecha 28.02.01

<sup>5</sup> Ley N° 19.799 "LEY SOBRE DOCUMENTOS ELECTRONICOS, FIRMA ELECTRONICA Y

la Ley Argentina N° 25506 del año 2001 también, en su artículo 4 establecía las siguientes exclusiones: a) A las disposiciones por causa de muerte; b) A los actos jurídicos del derecho de familia; c) A los actos personalísimos en general; d) A los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes.<sup>6</sup> Sin embargo, este artículo fue derogado por la Ley Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional, N° 27.446 del año 2018.

Lo establecido en la LMDEF significa lo imperativo del uso de la firma electrónica y mensajes de datos y el valor de sustituibilidad que poseen. Sin embargo, creemos que esta disposición no puede ser de aplicación inmediata y directa cuando pretenda sustituir solemnidades que forman parte de la naturaleza de ciertos contratos o documentos regulados por sus propias normas específicas. Si bien la LMDFE es una norma especial, sólo lo es en cuanto a la Firma Electrónica y Mensaje de Datos, no lo es, para la naturaleza de los actos o documentos *per sé* que se regulan por sus propias normativas. Por esta razón es de suma importancia entender que estos mecanismos tecnológicos/digitales no eliminarán las formalidades y solemnidades sino que las variaran o complementarían en su ejecución.

Desviándonos ligeramente del tema angular, consideramos importante, para así definir conceptos que servirán para entender mejor la equivalencia entre lo formal y solemne, y, lo tecnológico y digital, definir algunos conceptos: la LMDFE define en su artículo 2 la Firma Electrónica como la “información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto bajo el cual ha sido empleado”. Por otro lado, en el mismo artículo define “Mensaje de Datos” como “toda información ininteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”.

Es interesante destacar que la Firma Electrónica no pareciera tener validez si no está necesariamente vinculada a un “Mensaje de Datos”, es decir, pareciera, para dar los efectos que la ley desea, que no se podría agregar la firma electrónica a un documento redactado en Word para luego imprimirlo. Sino, que ese documento en Word debería ser almacenado y preferiblemente intercambiado por vía electrónica. Esta vinculación puede ser de dos tipos: formando parte integrante del propio Mensaje de Datos, o, estar inequívocamente asociada a este (final artículo 16).

Aunque la LMDFE no aclara si pueden existir o no diversos tipos de firmas electrónicas, como si lo hacen otras normas extranjeras como por ejemplo el Reglamento de la Unión Europea<sup>7</sup>,

---

SERVICIOS DE CERTIFICACION DE DICHA FIRMA” publicada el 12.4.02. En su artículo 3 cuando hace referencia a equivalencia entre lo escrito y lo digital o tecnológico, expresamente señala: “Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico;

b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y

c) Aquellos relativos al derecho de familia.”

<sup>6</sup> Ley de Firma Digital N° 25.506, promulgada el 11 de Diciembre de 2002

<sup>7</sup> REGLAMENTO (UE) No. 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

analizando la LMDFE, podríamos discriminar los siguientes tipos de firma: Firma Electrónica *persé*, Firma Electrónica Certificada, Firma Electrónica Convenida y Firma Electrónica Sugestiva.

La Firma Electrónica *persé* es aquella definida por la normativa en su artículo 2 cómo la “información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto bajo el cual ha sido empleado”.

La Firma Electrónica Certificada, es aquella firma electrónica *perse* evaluada por un proveedor de servicios de certificación de firmas conforme a lo establecido en la LMDFE y que por estar certificada se presume que cumple con los requisitos de garantía y seguridad establecidos por dicha ley. (art. 18)

La Firma Electrónica convenida es aquella usada entre dos o más partes entre si cuyas características de seguridad y garantía fueron convenidas y creadas entre ellas, pero que no son certificadas por un ente certificador. En este tipo de firmas podríamos incluir aquellas que algunos especialistas en el tema tecnológico definen como Firmas Digitales, que se da a entender como la firma manuscrita guardada en un formato determinado como por ejemplo PDF y archivada de forma particular normalmente acordada entre las partes.

La Firma Electrónica sugestiva, sería aquella Firma Electrónica, que si bien no cumple con los requisitos de garantía y seguridad, podría constituir un elemento de convicción valorable acorde con la sana crítica (art. 17 LMDFE).

Como se mencionó *supra* esta normativa sería la piedra angular para des-materializar las formalidades y sacramentos sustituyéndolos por mecanismos con mayor celeridad en su ejecución y mayor seguridad en su creación, identidad, legitimidad y registro.

En cualquier caso pensar en una correcta implementación del sistema de firmas electrónicas certificadas en beneficio de aquellas operaciones contractuales que deban cumplir con ciertas formalidades para su existencia o eficacia, implica necesariamente el desarrollo de 3 aspectos básicos: (i) que la organización de la administración pública esté al nivel de la exigencia tecnológica para que el mecanismo prospere; (ii) que la regulación legal especial aplicable a las distintas materias jurídicas permita, o al menos, no prohíba, el uso de estos mecanismos; y, (iii) que el registro de la firma electrónica certificada se masifique entre los particulares.

2.1.2) Otra norma de suma importancia es la Ley de Registros y Notarías, (LRN)<sup>8</sup> la cual establece que la utilización de medios electrónicos servirá para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, las cuales pueden llevarse a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico y de la firma electrónica. En este sentido, el último párrafo de su artículo 2 señala que “(..) para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y

---

del 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Firma Electrónica, firma Electrónica Avanzada y Firma Electrónica Cualificada. Artículos 3, 25 y 26

<sup>8</sup> G.O N° 6.668 Ext. de fecha 16.12.2021

solemnidades de los actos o negocios jurídicos, se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley”.

La extrema importancia de este artículo 2 en concordancia con el resto de la normativa que, entre otros aspectos, describe las funciones registrales y notariales y establece ciertas formalidades y solemnidades, radica en que otorga igual equivalencia entre lo formal/solemne y lo electrónico.

2.1.3) Siguiendo con el análisis, de una manera algo tímida el artículo 18 de la Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación establece que la autoridad competente deberá, entre otros puntos, democratizar el acceso a las tecnologías de información.<sup>9</sup>

2.1.4) De una manera más concreta, la Ley de Infogobierno<sup>10</sup> (LI) en su artículo 1, incita al Poder Público y Poder Popular a utilizar las tecnologías de información para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas, promoviendo de esta manera el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado y la independencia tecnológica.

Es interesante destacar, que entre otras muchas finalidades de esta ley (LI), una de ellas es: Garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas, a través de las tecnologías de información. (art. 3, 4°), y obliga al poder público a “utilizar las tecnologías de información en su gestión interna, en las relaciones que mantengan entre los órganos y entes del Estado que lo conforman, en sus relaciones con las personas y con el Poder Popular” (art. 6).

Esta ley en su artículo 8 consagra que las personas tienen derecho a:

- 1.- Dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de información, quedando el Poder Público y el Poder Popular obligados a responder y resolver las mismas de igual forma que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales, en los términos establecidos en la Constitución de la República y la Ley.
2. Realizar pagos, presentar y liquidar impuestos, cumplir con las obligaciones pecuniarias y cualquier otra clase de obligación de esta naturaleza, haciendo uso de las tecnologías de información.
3. Recibir notificaciones por medios electrónicos en los términos y condiciones establecidos en la ley que rige la materia de mensajes de datos y las normas especiales que la regulan.
4. Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales.
5. Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, así como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, haciendo uso de las tecnologías de información.
6. Utilizar y presentar ante el Poder Público y demás personas naturales y jurídicas, los documentos electrónicos emitidos por éste, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio, de conformidad con la presente Ley y la normativa aplicable.
7. Obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado o interesada.
8. Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las tecnologías de información.

---

<sup>9</sup> G.O. N° 6.693 de fecha 01.04.22

<sup>10</sup> G.O N° 40.274 de fecha 17.10.2013

9. Utilizar las tecnologías de información libres como medio de participación y organización del Poder Popular.

En este sentido, complementariamente su artículo 54 indica que la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, adscrita al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia en ciencia, tecnologías e innovación, es el órgano competente en materia de seguridad informática, y es responsable del desarrollo, implementación, ejecución y seguimiento al Sistema Nacional de Seguridad Informática, a fin de resguardar la autenticidad, integridad, inviolabilidad y confiabilidad de los datos, información y documentos electrónicos obtenidos y generados por el Poder Público y por el Poder Popular, así como la generación de contenidos en la red.

2.2) Desde la perspectiva judicial, la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia publicada en la Gaceta Oficial N° 42.583 de fecha 7 de marzo de 2023 declara viable y de aceptación obligatoria con efectos hacia el futuro (*ex-nunc*) el uso progresivo de la firma electrónica en los escritos, diligencias, decisiones y actuaciones de los intervinientes en un expediente judicial, tanto por parte de los usuarios del servicio público de administración de Justicia, como por los funcionarios del Poder Judicial previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa que regula el uso de esa tecnología de información.

### ***3. Aplicación práctica de los mensajes de datos y firmas electrónicas en las distintas figuras legales que por antonomasia requieren del cumplimiento de diversas formalidades y solemnidades para generar derechos y obligaciones***

Con la intención de crear un contexto comparativo para el futuro análisis, tomemos como punto de partida figurativamente las exclusiones establecidas en la ley chilena<sup>11</sup>, cuando dispone que la aplicación de las firmas electrónicas y/o los mensajes de datos no será viable “(..) a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

- a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico;
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y
- c) Aquellos relativos al derecho de familia.”<sup>12</sup>

A diferencia de la norma anteriormente citada, podemos decir que nuestra LMDFE es inclusiva en el sentido de que no solo no establece excepciones sino que en su artículo 6 establece que cuando determinados negocios jurídicos deban cumplir con exigencias solemnes o formales, estas podrán realizarse con los mecanismos descritos en la propia LMDFE y que cuando estos actos o negocios exijan una firma autógrafa, dicho requisitos quedaría satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica.<sup>13</sup> De esta forma pareciera que para el tema de las formalidades y solemnidades sutilmente se faculta al usuario interesado a sustituir estas por los medios tecnológicos apropiados sin permitir la discreción del funcionario en rechazarlas. En cambio, la normativa es clara en señalar que cuando se exige firmas autógrafas estas quedarán sustituidas por la firma electrónica siempre que esta esté conforme a lo establecido

---

<sup>11</sup> Ver segundo párrafo del punto 2.a de este trabajo.

<sup>12</sup> IDEM pie de pag. N° 6

<sup>13</sup> Ver Supra. Pag. 4

en la ley. En estos escenarios siempre habrá que hacer una revisión de las normas particulares que regulan la naturaleza y condiciones de cada operación.

Sin ánimo de hacer un listado extenso y preciso de las normativas vigentes en Venezuela que podrían establecer formalidades legales, para saber si estas solemnidades que incluso pueden ser de naturaleza constitutiva de derechos, pueden ser sustituidas por los mensajes de datos y firmas electrónicas, será necesario analizar cada figura jurídica para saber si el uso de las Firmas Electrónicas/Mensaje de Datos satisface el cumplimiento de las formalidades y solemnidades. Si dadas las características prácticas de la formalidad y solemnidad no fuere posible sustituirlas por las herramientas tecnológicas, la normativa legal especial requeriría de una modificación.

Usemos como guía algunos ejemplos abstractos de formalidades, apliquémoslos a una referencia legal y saquemos conclusiones:

Hay actos civiles y mercantiles que para tener eficacia constitutiva y/o declarativa ante terceros deben ser registrados o notariados: Hipoteca de bienes inmuebles, compra venta de inmuebles, constitución de compañías, asambleas de accionistas, poderes, testamentos, sólo por citar algunos. En estos casos, con el mandamiento de la LRN y LI pareciera que los procesos se podrían hacer mediante el envío y registro de los documentos por la vía de mensajes de datos (transmitidos por vía electrónica), y la satisfacción de la firma autógrafa sería a través de una Firma Electrónica, para lo cual cada firmante persona natural que sea parte o representa a una parte contractual debería tener también su firma electrónica.

Algunas normativas o documentación exigen la presencia de los otorgantes o de los asistentes para la realización de determinados actos con efectos jurídicos. En estos casos había que revisar si la presencia debe ser física o no. En caso de no ser física podría ser virtual y la presencia virtual podría ser en vivo o diferido. En cualquier caso estas presencias virtuales (videos conferencias) encuadrarían dentro de la definición de “Mensaje de Datos” ya que la definición de mensaje de datos se refiere a toda “información inteligible en formato electrónico”, sin especificar si la misma debe ser solo escrita o no y sin que exista ninguna exclusión.

Igual análisis habría que hacer cuando la normativa requiera el visado de documentos, soportes físicos, presentación de documentos, publicidad registral, digitalización de imágenes, fe pública de actos, hechos y declaraciones. Ya la LRN, además de lo establecido en su artículo 2<sup>14</sup>, establece en su artículo 68 que el Notario tienen la potestad de dar fe pública de los hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos.

## **CONCLUSIONES**

Salvo que para determinados negocios la Ley requiera la presencia física de los otorgantes (entiéndase como requisito legal y no directrices o criterio funcional), todo el proceso registral o notarial se podría hacer sin la presencia física del interesado y sin la firma manuscrita plasmada de manera tradicional directamente en el documento.

---

<sup>14</sup> Ver SUPRA. Pag. 6

Las bases normativas para el fomento de este cambio y los dictados obligantes para que los distintos órganos administrativos gubernamentales apliquen los cambios está hecho. Ahora resta la puesta en marcha de las adecuaciones tecnológicas necesarias para que los distintos procesos, ya sean de naturaleza administrativa o judicial, avancen en este sentido manteniendo la seguridad y controles necesario para que los procesos que antes se gestaban de forma material y presencial ante dichos órganos, ahora de manera digital, mantengan la veracidad, fidelidad y seguridad de los derechos, deberes y obligaciones generados.

Los conceptos, ideas y afirmaciones contenidas en estas líneas sólo pretenden ser un punto de partida que implica probablemente un cambio de paradigmas. ¿Podrá esta tecnología disruptiva modificar algunos principios del derecho? Hemos podido interpretar leyes y situaciones fácticas porque existen, pero mención aparte merecerá hacer en un futuro bastante cercano las implicaciones que pueda traer la aplicación de la Inteligencia Artificial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alfredo Morles Hernández: Curso De Derecho Mercantil, Los Títulos Valores, reimpresión 2000. Pag. 1601.

Marcel Planiol, Georges Ripert, DERECHO CIVIL, 1996, Pag. 43 y 44.

# ***La importancia del Compliance en la Contratación Pública: Una perspectiva de Derecho Comparado***

**Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez\***

**Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao\*\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 449-470

**Resumen:** la contratación pública, es una de las actividades del Estado más expuesta a actos ilícitos como sobornos o malversación, de manera que marcos legales basados en las experiencias del *corporate compliance* pueden ayudar a asegurar mayor transparencia y eficiencia de la Administración Pública. A partir del análisis de los sistemas de contratación pública de naciones más avanzadas en esta materia, que han implementado sistemas de control como programas de integridad y transparencia, como Colombia y Brasil, se extraen experiencias que Venezuela puede adoptar para implementar un sistema robusto de compliance en sus procesos de contratación pública, siguiendo el ejemplo de estos países, para reducir la corrupción y fomentar un entorno de competencia justa y transparente.

**Palabras clave:** Contratación Pública, Compliance, Buen Gobierno Corporativo.

## ***The Importance of Compliance in Public Procurement: A Comparative Law Perspective***

**Abstract:** *Public procurement is one of the State activities most exposed to illicit acts such as bribery or embezzlement, so that legal frameworks based on the experiences of corporate compliance can help ensure greater transparency and efficiency of public administration. From the analysis of the public procurement systems of more advanced nations in this area, which have implemented control systems such as integrity and transparency programs, such as Colombia and Brazil, experiences are drawn that Venezuela can adopt to implement a robust compliance system in its public procurement processes, following the example of these countries, to reduce corruption and promote an environment of fair and transparent competition.*

**Key words:** *Public Procurement, Compliance, Good Corporate Governance.*

**Recibido:** 03/11/2024  
**Aprobado:** 17/11/2024

---

\* Abogado, *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Programa de Estudios Avanzados en *Compliance* y Buen Gobierno Corporativo de la misma Universidad (completada carga académica).

\*\* Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Especialización en Derecho Procesal Universidad Católica Andrés Bello (completada carga académica). Consultor Máster en Arrendamientos Inmobiliarios y Condominios, Fundacelac/Celacj. Diplomado en Arrendamientos Inmobiliarios y Propiedad Horizontal, Northern International University. Programa de Estudios Avanzados en *Compliance* y Buen Gobierno Corporativo de la Universidad Católica Andrés Bello (completada carga académica).

# ***La importancia del Compliance en la Contratación Pública: Una perspectiva de Derecho Comparado***

**Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez\***

**Doris Marysabel Rodríguez Da Conceicao\*\***

RVDM, Nro. 13, 2024, pp. 449-470

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Marco normativo de la contratación pública en Venezuela. 2. La corrupción un flagelo que es necesario combatir. 3. La integración del compliance en la contratación pública a nivel latinoamericano como un instrumento en la lucha contra la corrupción. 3.1. Brasil. 3.2 Colombia. Beneficios de incorporar el Compliance a la Contratación Pública en Venezuela. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN**

La contratación pública es un fenómeno que se incrementa exponencialmente en la medida en que el Estado tenga un mayor papel interventor en la economía y actúe como un gestor económico. A pesar de que estos pactos difieren sustancialmente de los de naturaleza civil, en lo que respecta a su suscripción y ejecución, los mismos no dejan de ser acuerdos bilaterales entre entes de la Administración Pública y particulares, y, por tanto, son verdaderos contratos que generan obligaciones para ambas partes.

Sin embargo, el volumen de las transacciones, los diversos intereses que se encuentran en juego, así como también la estrecha relación entre los funcionarios públicos y las empresas privadas, convierten a esta especial actividad del Estado en un caldo de cultivo para que se den casos de sobornos, malversación de fondos, abusos de poder, entre otras actividades ilícitas,<sup>1</sup> que

---

\* Abogado, *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Programa de Estudios Avanzados en *Compliance* y Buen Gobierno Corporativo de la misma Universidad (completada carga académica).

\*\* Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Especialización en Derecho Procesal Universidad Católica Andrés Bello (completada carga académica). Consultor Máster en Arrendamientos Inmobiliarios y Condominios, Fundacelac/Celacj. Diplomado en Arrendamientos Inmobiliarios y Propiedad Horizontal, Northern International University. Programa de Estudios Avanzados en *Compliance* y Buen Gobierno Corporativo de la Universidad Católica Andrés Bello (completada carga académica).

<sup>1</sup> «Anti-Corruption Module 4 Key Issues: Corruption in Public Procurement». United Nations Office on Drugs and Crime. Acceso el 06 de julio de 2024. <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-4/key-issues/corruption-in-public-procurement.html>.

desnaturalizan y desvían el objetivo inicial de la contratación pública que es la satisfacción del interés general.

Para garantizar que los contratos públicos se desarrollen en un marco de transparencia e integridad que garantice un correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por todas las partes involucradas, los Estados han dispuesto todo un andamiaje legal que imponen obligaciones tanto a los entes de la Administración como a sus contratistas, así como también una serie de consecuencias si las mismas son incumplidas.

Así las cosas, el *corporate compliance*, o cumplimiento normativo, entendido como “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 ética”<sup>2</sup>, puede ser un mecanismo de cuya implementación en la contratación pública coadyuve en el combate del flagelo de la corrupción, asegurando la calidad de los servicios públicos, y optimizando la eficiencia en el uso de los fondos del Estado.

La implementación de programas de cumplimiento en la contratación pública responde a múltiples desafíos, tales como la identificación y mitigación de riesgos legales y éticos, la promoción de la cultura de la legalidad, y la generación de confianza tanto en los ciudadanos como en los mercados. En este contexto, los organismos públicos y las empresas contratistas están llamados a desarrollar marcos normativos robustos y mecanismos de control eficientes, incluyendo códigos de conducta, auditorías periódicas, y canales de denuncia.

El presente trabajo busca resaltar la importancia del *compliance* en la contratación pública, a raíz de experiencias en países de la región, y cómo su implementación en Venezuela puede potenciar la integridad y la transparencia en los procesos contractuales de la Administración Pública, reducir la incidencia de prácticas corruptas, y promover un entorno de competencia justa y abierta. El escenario ideal para el correcto desarrollo de toda contratación que se maneje en el sector público, es que precisamente este sea la guía de conducción, que, con su ejemplo, indique cómo debe conducirse este proceso sobre la base de los más altos estándares de integridad.

### ***1. Marco normativo de la contratación pública en Venezuela***

Sin ánimos de entrar en un análisis exhaustivo de los instrumentos constitucionales y legales que regulan la actividad contractual de la Administración Pública en Venezuela, lo cual escapa de la delimitación de este trabajo, sí consideramos necesario establecer una visión general que permita

---

<sup>2</sup> Diego Tomás Castagnino, «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. Nro. 3. Caracas. (2019).

al lector saber en dónde estamos actualmente a nivel legislativo y hacia dónde podemos ir con la ayuda de las herramientas que nos ofrece el *compliance*.

De esta forma, desde un punto de vista constitucional la actividad contractual del Estado venezolano se encuentra reconocida en el artículo 150<sup>3</sup> de la Carta Magna en lo relativo a la celebración de los contratos de interés público nacional, para cuya celebración se requiere la aprobación del Parlamento en los casos específicos que la Ley disponga. Este artículo, junto con el 151,<sup>4</sup> son los únicos en la Constitución que reconocen expresamente la potestad del Estado de celebrar contratos, entre distintos entes políticos territoriales o particulares.

Sin embargo, de una interpretación sistemática del texto constitucional nos damos cuenta que esta potestad emana de la propia “cláusula de estado social” contenida en el artículo 2<sup>5</sup>, que implica la concepción del Estado como una “organización de bienestar” en donde éste participa activamente en el ámbito económico propio de la actividad particular, realizando actividades materiales tendentes a “la satisfacción inmediata de una necesidad de interés público”.<sup>6</sup>

De igual forma, en Venezuela “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”<sup>7</sup>, y su actuación debe basarse en principios como los de honestidad, transparencia, eficacia y eficiencia de manera que todo contrato que se suscriba con cualquiera de los entes que integran el Poder Público debe desarrollarse bajo un esquema que respete tales principios.

Por su parte, a nivel legal, el principal instrumento que debemos citar es la Ley de Contrataciones Públicas que data del año 2014<sup>8</sup>, la cual regula en detalle la actividad contractual

---

<sup>3</sup> Artículo 150: La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional. La ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías.

<sup>4</sup> Artículo 151: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

<sup>5</sup> Artículo 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

<sup>6</sup> María Amparo Grau. *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), 30-31.

<sup>7</sup> Artículo 141: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

<sup>8</sup> Gaceta Oficial N° 6.154, del 19 de noviembre de 2014

de la Administración, las condiciones que se deben cumplir para ser un contratista del Estado y las consecuencias que se pueden producir en los casos de incumplimientos o uso irregular de los contratos.

De igual forma, contamos con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>9</sup>, que establece regulaciones y sistemas de control y vigilancia tanto a los órganos de la Administración Pública como a las personas, naturales o jurídicas, que contraten con estos.

También, se dispone de una Ley contra la Corrupción<sup>10</sup>, cuya función es, según el propio texto, prevenir y sancionar los actos de corrupción administrativa que afecten el patrimonio público y la ética pública, así como establecer los principios, deberes y derechos que deben regir la conducta de los funcionarios públicos y la ciudadanía, así como los órganos encargados de ejercer el control, las sanciones administrativas y los delitos contra el patrimonio público y la administración de justicia.

De manera que, ante tantas normas y regulaciones resulta válido preguntarse si las mismas han sido efectivas en el combate contra el flagelo de la corrupción, o si, por el contrario, dada su ineffectividad debemos hacer uso de otras alternativas, como lo es el *corporate compliance*.

## ***2. La corrupción un flagelo que es necesario combatir***

El ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en una oportunidad señaló que la corrupción es “un flagelo insidioso que empobrece a muchos países, y nos afecta a todos”<sup>11</sup>; como tal, la corrupción es una plaga que se propaga e incrusta en lo más profundo de nuestras sociedades, que se manifiesta en diversas formas, desde pequeños sobornos hasta la malversación de fondos públicos a gran escala, y su prevalencia es un agravante que frena el progreso y deteriora el tejido social.

Sus consecuencias son nefastas, pues no solo perjudican a individuos, sino que “socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Gaceta Oficial N° 6.013, del 23 de diciembre de 2010

<sup>10</sup> Gaceta Oficial N° 6.699, del 2 de mayo de 2022

<sup>11</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito. 2005. «Acción mundial contra la corrupción: Los documentos de Mérida.».

<sup>12</sup> «Los esfuerzos de los Instrumentos Internacionales para combatir la corrupción [Parte 3/5]», LISA Institute, acceso el 06 de julio de 2024, en <https://www.lisainstitute.com/blogs/blog/instrumentos-internacionales-corrupcion#:~:text=“Se%20ha%20reconocido%20ampliamente%20que,puede%20conducir%20a%20malas%20gestiones.”>

Lamentablemente, uno de los sectores más vulnerables para la ocurrencia de actos corruptos y fraude es en la contratación con el sector público, lo que representa un riesgo significativo para la integridad y la eficiencia tanto de la Administración Pública como la de los privados que contratan con ésta; de hecho, se estima que a nivel global el pago de comisiones, coimas y demás conceptos por fuera de la ley elevan en un diez por ciento los costos operativos del sector privado.<sup>13</sup>

Venezuela no sólo no escapa de esta realidad, sino que en los últimos años ha sido reseñada como la nación más corrupta del continente americano y uno de los más corruptos del mundo de acuerdo con los últimos informes presentados por organismos internacionales especializados en el tema.<sup>14</sup>

Escándalos de corrupción en torno a contratación con el sector público venezolano están a la orden día, investigaciones llevadas a cabo por Organizaciones No Gubernamentales arrojan que desde 1999 existen en el país un aproximado de 246 obras públicas inconclusas en donde se invirtieron más de trescientos dieciséis mil millones de dólares.<sup>15</sup>

Proyectos como el segundo puente sobre el Lago de Maracaibo, el tercer puente sobre el Río Orinoco, las nuevas líneas del metro de Caracas, Guarenas-Guatire y los Teques, el sistema ferroviario nacional, nuevos hospitales o tramos de autopistas pasaron de ser obras que buscaban mejorar la infraestructura y calidad de vida de las poblaciones a ser toda una trama de sobrepagos, pagos fingidos y fraudes cambiarios que desembocaron en obras que nunca se terminaron o inclusive empezaron su construcción.

No obstante, que la corrupción sea un problema endémico no quiere decir que sea insuperable. Tradicionalmente el combate contra la corrupción se ha abordado desde un punto de vista represivo y punitivo, es decir, se persigue y sanciona una vez que los actos se han realizado y el daño al patrimonio público ya ha ocurrido, en pocas palabras, se ataca las consecuencias, mas las causas siguen intactas y es por ello que a pesar de contar normas estrictas y severas penas los actos de corrupción siguen a la orden del día.

Con un enfoque multilateral, que vaya más allá del aspecto tradicional represivo del derecho penal, se podrían lograr mejores resultados en la lucha contra este flagelo que enferma nuestra sociedad. Es ahí en donde el *corporate compliance* y los principios del buen gobierno corporativo, con su enfoque preventivo y de autorregulación, pueden ser de gran ayuda.

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> «Venezuela es vista cada vez más corrupta - Transparencia Venezuela», Transparencia Venezuela, acceso el 06 de julio de 2024, en: <https://transparenciave.org/venezuela-es-vista-cada-vez-mas-corrupta/>

<sup>15</sup> «Transparencia Venezuela: al menos 246 obras públicas quedaron inconclusas en el país desde 1999», El Diario, consultado el 06 de julio de 2024, en: <https://eldiario.com/2022/09/30/transparencia-venezuela-obras-publicas-que-dieron-inconclusas-venezuela/.X>

Es sabido que el *compliance* parte de la autorregulación y busca prevenir el incumplimiento de normas que puedan afectar a las personas involucradas en negocios jurídicos. Es por ello, que las acciones a emprender desde este campo jurídico en la lucha contra la corrupción “deben centrarse en un enfoque preventivo que vincule tanto a la Administración como al ámbito empresarial y que evite el desvío de fondos públicos hacia intereses privados”<sup>16</sup>

Para que la corrupción en la contratación pública sea efectivamente combatida, es necesario que tanto las empresas como los sujetos pertenecientes a la Administración Pública fomenten medidas de autorregulación que incrementen los controles internos y sirvan de obstáculos para la ocurrencia de actividades ilícitas.

De esa forma, pasaremos a analizar dos casos de vecinos suramericanos, que han implementado el *compliance* en sus marcos regulatorios de contratación pública a los fines de volverse más transparentes y disminuir los riesgos de corrupción y los cuales pueden servir a Venezuela en un futuro próximo.

### ***3. La integración del compliance en la contratación pública a nivel latinoamericano como un instrumento en la lucha contra la corrupción***

#### ***3.1 Brasil***

En Brasil, desde 2010, existe un banco de datos en donde empresas comprometidas con la creación de un ambiente más íntegro y transparente en las relaciones con el sector público y privado se inscriben voluntariamente y sirven como sugerencia a la Administración Pública para contratar.<sup>17</sup>

Asimismo, a nivel legislativo se han adoptado diversas medidas en relación al cumplimiento y la contratación pública. En 2013, se aprobó la Ley 12.846, conocida como Ley Anticorrupción, la cual señala la existencia de procedimientos internos de integridad, auditoría y códigos de ética como factores agravantes en la imposición de sanciones a las organizaciones.<sup>18</sup>

También, en 2015, el Decreto 8.420 estableció los criterios que los programas de integridad deben adoptar, tales como mecanismos para detectar y corregir irregularidades, así como el

---

<sup>16</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario europeo)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 67, n.º 268 (1 de julio de 2017), pp. 789.

<sup>17</sup>Rastrollo Suárez, Juan José, "Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: los casos de Brasil y Colombia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 26 (21 de junio de 2021), pp. 214

<sup>18</sup> Idem, pp.213.

procedimiento a seguir para la contratación administrativa.<sup>19</sup> De igual forma, a nivel local, algunos estados brasileños han establecido una normativa que requiere obligatoriamente la implementación de programas de compliance en contratos públicos. Por ejemplo, en Río de Janeiro y el Distrito Federal, las leyes estatales establecen la posibilidad de que las empresas adopten programas de integridad para ser elegibles en convocatorias gubernamentales que superen ciertos valores monetarios y plazos de duración..<sup>20</sup>

Estas acciones, aseguran que las empresas contratistas tengan procedimientos claramente definidos para detectar y corregir irregularidades, fomentando un ambiente de mayor ética y transparencia en sus relaciones tanto con el sector público como con el privado. Sin embargo, autores brasileños señalan que estos mecanismos aún tienen un amplio campo de mejora. La falta de cooperación entre los diversos organismos de fiscalización, el uso limitado de tecnologías y la falta de adaptación de la administración pública a la era digital son los principales desafíos que enfrenta el modelo de cumplimiento en la contratación pública en Brasil actualmente.<sup>21</sup>

Para disminuir esto, desde la academia se plantea la adopción de medidas de compliance inteligente en la contratación pública, mediante la adaptación de los sistemas de la Administración Pública a la era digital, utilizando herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial para optimizar los mecanismos de compliance y la eficacia en el análisis de datos.<sup>22</sup> Además, se debe implementar una coordinación entre los órganos de control interno de la Administración Pública para reducir las oportunidades de corrupción, para de esta manera asegurar una colaboración en tiempo real entre las instituciones de control y fomentar una amplia participación social en la cadena de contratación.<sup>23</sup>

### **3.2. Colombia**

De seguidas, se pretende, de forma general pero lo más ilustrativa posible, brindar una visión de lo que es el “Compliance en el sector público en Colombia” y que, por ende, aplica a sus contrataciones públicas. Al igual que en Venezuela, la nación hermana, también presenta diversas normas en su ordenamiento jurídico que rigen este ámbito, pero que, como se observará, debemos reconocer que ubican al cumplimiento normativo o “compliance” en el ámbito de la administración pública, en un grado de mayor relevancia y tratamiento que en nuestro país.

---

<sup>19</sup>Idem, pp.215

<sup>20</sup> Idem, pp. 217-2018.

<sup>21</sup> Alencar Alisson Carvalho de, "Compliance inteligente nas contratações públicas: defesa efetiva da concorrência" (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2020), <https://gredos.usal.es/handle/10366/145331#:~:text=Así,%20se%20ingresó%20a%20la%20propuesta%20de%20un,pública,%20para%20fortalecer%20la%20defensa%20de%20la%20competencia.>

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Idem.

Tenemos como génesis, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991<sup>24</sup>, que prevé además del principio de “moralidad” como bastión de la función administrativa y oponente acérrimo del flagelo de la corrupción, el “control interno” que debe prelar como un requerimiento obligatorio para garantizar el ejercicio de tal función, con estricto apego a la legalidad.

A partir de estos postulados de la Carta Magna Colombiana, han sido varias las disposiciones jurídicas que este Estado ha promulgado para blindar y ampliar ese principio de moralidad que debe regir en este sector, siendo digna de destacar la Ley 2195 del año 2022<sup>25</sup>, en materia de compliance, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. debido a que entre diversos y novedosos aspectos, modifica en su Artículo 31 al “Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” previsto por el Artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 (que tenía su origen en el Decreto 124 de 2016<sup>26</sup>), siendo el más prominente la creación de los “Programas de Transparencia y Ética Pública” (PTEP). Pudiendo esta Ley 2195 de 2022, ser considerada como el vértice de la pirámide en el compliance para el sector público colombiano, reiterando lo antes mencionado de que hay diversas normas jurídicas las que han construido el compliance público en Colombia, que junto a estos “PTEP” conforman el modelo de cumplimiento normativo en el sector público colombiano.

Como lo afirma el Dr. Jorge Andrés Amézquita Toro, “si concebimos un modelo de Public Compliance para la Administración Pública colombiana bajo el reconocido modelo de “Tres Líneas de Defensa”, necesariamente tiene que traer a colación la Ley 87 de 1993 sobre control interno.”<sup>27</sup>

Al respecto, debe reiterarse que el control interno encuentra su base no sólo en el citado Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, sino además en su Artículo 269, último que reitera la obligación que tienen las autoridades públicas de diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno. En dicha ley y su normativa reglamentaria podría encontrarse ciertamente la mencionada “tercera línea de defensa”.

---

<sup>24</sup> Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley

<sup>25</sup> Diario Oficial de la República de Colombia N° 51.921, del 18 de enero de 2022

<sup>26</sup> Decreto 124 de 2016, publicado en el Diario Oficial de la República de Colombia No. 49767, del 26 de enero de 2016

<sup>27</sup> Jorge Andrés Amézquita Toro, "Public Compliance: Anclaje normativo del Compliance en el sector público colombiano", World Compliance Association, consultado el 12 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/3201/articulo-public-compliance-anclaje-normativo-del-compliance-en-el-sector-publico-colombiano.html>.

Es propicio también destacar, en este recorrido normativo referido al compliance, en el vecino país, la Ley 489 de 1998<sup>28</sup>, contentiva de las normas sobre funcionamiento de las entidades del orden nacional, que, en su artículo 15, previó un “Sistema de Desarrollo Normativo” como un “conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos humanos, técnicos, materiales, físicos, y financieros de las entidades de la Administración Pública”, que vendría a constituir “la primera línea de defensa” como indicó Amézquita Toro.

En esta sucinta cronología de la normativa en cumplimiento de Colombia, debe destacarse, de igual manera, la Ley 872 de 2003<sup>29</sup>, por la cual se crea el Sistema de Gestión de la Calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios, cuya importancia radica en el hecho de haber erigido un instrumento para controlar y evaluar la operación de las instituciones públicas de rango ejecutivo, y otras, al medir la calidad y la satisfacción del colectivo en la prestación de los servicios que recibe de estos entes, lo cual en materia de compliance es de resaltar, puesto que garantizar la calidad en una prestación de servicio, automáticamente deviene en adaptar a este sistema creado la totalidad de la normativa jurídica que regula tal prestación.

Luego, a través del Decreto 1599 del año 2005<sup>30</sup>, que es de suma relevancia para la optimización de un compliance anticorrupción en la administración pública colombiana, se adoptó el método de gestión de riesgos, bajo las premisas dadas por el Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (“COSO”, organización que desarrolla pautas para que las empresas evalúen los controles internos y la gestión de riesgo) y se creó el “Modelo Estándar de Control Interno (MECI)”, con el que por medio de la autogestión de riesgos, el objetivo es que los diversos entes públicos, como dijo Amézquita Toro<sup>31</sup>, “establezcan acciones, políticas, métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, verificación y evaluación en procura de su mejoramiento continuo (autorregulación), en la cual cada uno de los servidores de la entidad se constituyen en parte integral (autocontrol).” Así, el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018<sup>32</sup>, articuló en un solo Sistema de Gestión los de Desarrollo Administrativo y Gestión de la Calidad, además del de Sistema de Control Interno.

En Colombia, son de gran valía los esfuerzos realizados en pro del compliance, de esta manera el Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) para los entes administrativos

---

<sup>28</sup> Diario Oficial de la República de Colombia No. 43.464, del 30 de diciembre de 1998.

<sup>29</sup> Diario Oficial de la República de Colombia No. 45.418, del 2 de enero de 2004

<sup>30</sup> Diario Oficial de la República de Colombia, N° 45920, del 26 de mayo de 2005.

<sup>31</sup> Amézquita Toro, Ob.Cit.

<sup>32</sup> *Departamento Nacional de Planeación.* (s.f.). Consultado el 13 de julio de 2024 <https://colaboracion.dnp.gov.co/>. <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd%202014-2018%20tomo%201%20internet.pdf>

públicos es de suma relevancia, de conformidad con lo pautado en el Decreto 1499 del año 2017<sup>33</sup>, puesto que constituye la guía de términos y condiciones a seguir para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades de carácter público. De hecho, en la ya citada Ley 2195 de 2022 se prevé que este modelo o aquellos que le reformulen o modifiquen requieren estar articulados con el “Programa de Transparencia y Ética Pública (PTEE)” que en dicho texto legal se creó.

Este acoplamiento es, sin lugar a dudas, correcto, puesto que mientras más articuladas estén las siete dimensiones<sup>34</sup> que definen el último modelo con un sólido sistema de gestión de riesgo, especialmente contra la corrupción, sumando lo previsto en el “Modelo Estándar de Control Interno (MECI)”, así como la notable relevancia que se está dando al “Oficial de Transparencia” en los entes públicos, con apego a la estrategia de la Red Interinstitucional de Transparencia y Anticorrupción (RITA), bajo la supervisión y seguimiento de la Secretaría de Transparencia<sup>35</sup>, estaríamos, como afirma Amézquita Toro, ante la “figura que resulta compatible con una “segunda línea de defensa” para las entidades del sector público que tiene la misión de asegurar las medidas de transparencia, legalidad y anticorrupción de la respectiva entidad”.<sup>36</sup>

Ahora bien, ya visto todo lo antes expuesto, como basamento del compliance en la administración pública colombiana, abordaremos lo que respecta a la Contratación Pública. Los contratos estatales son actos jurídicos que celebran las entidades estatales generadoras de obligaciones, determinadas en normas de derecho público y en lo previsto en éstas, se debe acudir al derecho privado, en otras palabras, es la forma mediante la cual el Estado suscribe con una persona natural y/o jurídica un acuerdo para el cumplimiento de sus obligaciones.

La contratación pública en Colombia está regulada por los principios constitucionales y por los pautados en los siguientes instrumentos legales: Ley 80 del 28 de octubre de 1993, contentiva del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; Ley 1150 de 2007<sup>37</sup>, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 993 y se dictan otras disposiciones generales para la contratación con recursos públicos; Ley 1474 de 2011<sup>38</sup>, por la cual se dictan las normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública; Decreto 19 de 2012<sup>39</sup>, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y

---

<sup>33</sup> Diario Oficial de la República de Colombia No.50.353, del 11 de septiembre de 2017

<sup>34</sup> *Modelo Integrado de Planeación MIPG - Ministerio del Interior.* (s.f.). Ministerio del Interior. <https://www.mininterior.gov.co/oficina-asesora-de-planeacion/grupo-de-mejoramiento-continuo/modelo-integrado-de-planeacion-mipg/>

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Amézquita Toro, Ob.Cit.

<sup>37</sup> Diario Oficial de la República de Colombia N° 46.691, del 16 de julio de 2007

<sup>38</sup> Diario Oficial de la República de Colombia N° 48128, del 12 de julio de 2011.

<sup>39</sup> Diario Oficial de la República de Colombia N° 48308, del 10 de enero de 2012

trámites innecesarios en la Administración Pública y; Decreto 1082 de 2015<sup>40</sup>, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional (cuya última actualización fue el 5 de febrero de 2024).

La contratación pública es de suma importancia, por el hecho de que es fundamental en la operatividad de los gobiernos y en el desarrollo de sus programas y planes, satisfaciendo las necesidades del colectivo en las materias inherentes a la condición humana tales como: salud, educación, servicios públicos, entre otros, repercutiendo en la mejoría de su calidad de vida y, evidentemente, todo esto se traduce en el respeto a los derechos ciudadanos.

Pues bien, la regla fundamental de la contratación pública debe ser la selección objetiva para la adquisición de bienes o servicios, a través de criterios mínimos de escogencia como: cumplimiento, precio, plazo, organización, insumos, experticia, equipamiento, entre otros, pero evidentemente hay excepciones, y en Colombia se efectúa a través de las siguientes modalidades<sup>41</sup>, dependiendo del bien u objeto a contratar, a saber: 1) Contratación Directa; 2) Licitación Pública; 3) Selección Abreviada; 4) Concurso de Méritos y 5) Mínima Cuantía, cuyos procesos y particularidades están previstos en Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y en el Decreto 1510 de 2013.

1) La Contratación Directa: proceso por el cual se celebran contratos, sin necesidad de que sean entregadas y evaluadas varias ofertas, y únicamente en los casos previstos en las leyes que rigen la materia. Esta forma de contratación constituye la excepción no la regla.

2) La Licitación Pública: es el procedimiento a través del cual el ente administrativo públicamente formula una convocatoria previa para que los interesados presenten sus ofertas, en condiciones de igualdad, y el ente escoja la más favorable. Debe existir un proceso de selección objetiva, sometido a un proceso de selección riguroso y se basa en objetos complejos y de significativo valor. Aquí el factor determinante es el precio ante la calidad.

3) La Selección Abreviada: es una forma de selección objetiva, pauta para aquellos supuestos en que por las características del objeto que se va a contratar, o bien por las particularidades de la contratación o la cuantía del bien, servicio u obra, se adelantan procesos simplificados para garantizar una mayor eficiencia en la gestión contractual. En esta modalidad se toman en cuenta tanto el precio como la calidad.

---

<sup>40</sup> Diario Oficial de la República de Colombia, del 26 de mayo de 2015

<sup>41</sup> *Módulo 2. Contratación Pública y Plataformas para acceder a la información.* (s.f.). <https://transparenciacolombia.org.co/>. [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion\\_publica\\_plataformas\\_acceder\\_informacion.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion_publica_plataformas_acceder_informacion.pdf)

4) Concurso de Méritos: se da en aquellos casos en que el objeto primordial de la contratación es el desarrollo de actividades en los que priven los conocimientos, técnicas y organización con carácter especial, susceptibles de enmarcarse en funciones de consultoría y desarrollo de proyectos, por ende, son distintas a las actividades puramente materiales. En este caso prela la calidad ante el precio.

5) Mínima Cuantía: Esta modalidad surgió en Colombia con el “Estatuto Anticorrupción”, en la que el Congreso creó una nueva forma de selección, que procede en todos aquellos casos en los que, independientemente del objeto en particular, se vayan a adquirir bienes, servicios y/o se contraten obras cuyo valor no sea superior al 10% de la menor cuantía del ente contratante<sup>42</sup>. El factor determinante para la escogencia es que se usa para compras menores.

Por otra parte, amerita destacar el hecho que Colombia cuenta con herramientas electrónicas para garantizar la transparencia en las contrataciones de carácter público<sup>43</sup>, así tiene el “Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP)”, que es un sistema electrónico administrado por la “Agencia Colombia Compra Eficiente” (cuya creación data de 2011), que permite la consulta, registro y seguimiento de la información sobre los procesos contractuales que se realicen con recursos públicos, con dos plataformas, SECOP I, que da publicidad a los procesos de contratación de las entidades estatales y de todo aquel que ejecute recursos públicos y SECOP II, que trasciende de la publicidad y ofrece a todo aquellos participantes del Sistema de Compra Pública una plataforma transaccional. La importancia del SECOP es que se pueden monitorear todas las etapas del proceso de contratación pública, así como ver la información de los procesos; es interactivo; permite la trazabilidad; los documentos que soportan los procesos no pueden ser reutilizables y; los datos están estandarizados.

También cuenta con la “Tienda Virtual del Estado Colombiano”, que es una herramienta tecnológica en línea del sistema de compras públicas, a través de la cual se pueden efectuar compras, en este sector, por medio de los instrumentos de agregación de demanda.

Luego de este recorrido por el tratamiento jurídico del compliance en la legislación colombiana, con especial referencia a la contratación pública, podríamos concluir, que ese blindaje legal del primigenio e invaluable principio de moralidad constitucional, con todas las aristas que puede abarcar este tipo de contratación, en Colombia sí existe al contar con una normativa jurídica sólida, acompañada de las herramientas actuales que permiten su idoneidad, por lo que el aseguramiento del cumplimiento no tendría su asiento en un déficit normativo, sino en el desconocimiento o no utilización de los mecanismos para su efectiva implantación, en algunos

---

<sup>42</sup> Estas cuantías están establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 del año 2007

<sup>43</sup> *Módulo 2. Contratación Pública y Plataformas para acceder a la información.* (s.f.). <https://transparenciacolombia.org.co/>. [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion\\_publica\\_plataformas\\_acceder\\_informacion.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion_publica_plataformas_acceder_informacion.pdf)

casos, que conlleva a la inoperatividad e ineficacia de esos mecanismos que deben presidir la función pública. Por ello, el Compliance es el que permite insertar nuevas reflexiones en el seno de las entidades públicas que posibiliten generar gradualmente ese grado de conciencia y convicción exigido para asegurar el cumplimiento normativo.

#### ***4. Beneficios de incorporar el Compliance a la Contratación Pública en Venezuela***

Sin lugar a dudas, no solo en Venezuela, sino en la mayoría de los países del mundo, los procesos de contratación pública conllevan un muy alto riesgo de ser objeto del flagelo de la corrupción, que causa daños tan significativos a los que están más desprotegidos, a quienes se les impide tener las mismas oportunidades que los más favorecidos, condenándolos irremediablemente a que se incremente su situación de pobreza y precariedad, en todos los sentidos, “La evasión fiscal y la corrupción provocan "mayor deuda pública y menos inversión en educación, sanidad y otros servicios públicos. Significa más desigualdad, porque los más vulnerables son los más afectados por la fuerte caída del gasto social".<sup>44</sup>

El principal efecto de las actividades corruptas es el significativo sobrecosto que genera, incidiendo de forma muy perjudicial, en las políticas públicas cuyo norte debe ser procurar el mayor beneficio del colectivo, la satisfacción de las necesidades de interés general.

Lamentablemente en Venezuela, hay una notable falla en el control, supervisión, vigilancia de los procesos de contratación pública, y los que existen en la normativa jurídica parecen ser ignorados, cada vez que es posible.

También, se ha podido observar, en muchos casos que han sido públicos y notorios, que se ha incrementado el concierto para delinquir, cada vez es mayor el número de personas que se asocian para cometer el delito; y lo más nefasto en este panorama de corrupción, es el alto índice de impunidad para quienes incurrir en la comisión de este hecho punible.

De hecho, tan solo por mencionar un caso que reseña lo público de este flagelo, que afecta a la administración pública, la importante cadena internacional alemana de noticias Deutsche Welle (DW-TV), el 30 de enero de 2024, reseñó que “Venezuela es el segundo país más corrupto del mundo”<sup>45</sup> “

---

<sup>44</sup> Gracia Ballesteros Fernández, "riesgos de corrupción en contratos públicos. cómo prevenir malas prácticas", World Compliance Association, consultado el 12 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/1403/articulo-riesgos-de-corrupcin-en-contratos-pblicos-cmo-prevenir-malas-prcticas-.html>.

<sup>45</sup> Deutsche Welle, "Venezuela es el segundo país más corrupto del mundo – DW – 30/01/2024", dw.com, 30 de enero de 2024, <https://www.dw.com/es/venezuela-es-el-segundo-país-más-corrupcto-del-mundo-y-el-primero-en-américa/a-68123819>.

Por su parte, Transparencia Internacional indicó sobre Venezuela que "Miles de millones de dólares de dinero público han sido malversados sistemáticamente, beneficiando a unos pocos individuos poderosos", en cuyo informe anual de 2023 este país aparece como el más corrupto de América por décimo año consecutivo.

De igual forma, según el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) en el sector público, con una escala de cero (muy corrupto) a 100 (muy baja corrupción), Venezuela obtuvo 13 puntos. Sólo Somalia supera a nuestro país a escala global.<sup>46</sup>

Asimismo, se denunció que en Venezuela

Grandes esquemas de corrupción van de la mano con la captura de los sistemas legislativo, regulatorio y judicial por parte de funcionarios de alto nivel para generar poder y evadir el castigo. Pago de sobornos y la cooptación de jueces y fiscales en todos los niveles del sistema de justicia se ha convertido en uno de los principales mecanismos utilizados por las redes delictivas para asegurar la continuidad de sus actividades ilícitas, así como su impunidad.<sup>47</sup>

Todo lo anterior, lo único que dibuja es un terrible cuadro de riesgos que hacen esencialmente inviable para cualquier empresa con estándares serios, nacional o internacional, considerar en contratar con el Estado venezolano, lo cual se traduce un perjuicio más para el ciudadano al verse privado de obras o bienes públicos..

Puntualizando, en Venezuela, como antes se refirió, el marco normativo que, principalmente, rige a las contrataciones en el sector público son la Ley de Contrataciones Públicas, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal y Ley contra la Corrupción. Y la primera citada, es la que regula, con carácter especial y específico, esta actividad contractual en la Administración Pública, que fue reformada en el año 2014, con el propósito de asentar en esta materia un desarrollo importante respecto a la responsabilidad administrativa, al prever nuevos supuestos de hecho objetos de sanción, que no habían sido considerados hasta esa data.

En este orden de ideas, es apropiado reseñar lo afirmado por el abogado y profesor venezolano, experto en contrataciones públicas, Daniel Rosas Rivero cuando afirmó:

A pesar del gran avance que constituyó la reforma del artículo 166 de la Ley de Contrataciones Públicas, lo cierto es que la norma no es perfecta, ya que aún arrastra

---

<sup>46</sup> "2023 Corruption Perceptions Index: Explore the results", Transparency.org, consultado el 17 de julio de 2024, <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>.

<sup>47</sup> Deutsche Welle, Ob. Cit.

importantes deficiencias [...] dejando a interpretación del operador jurídico la determinación del ámbito de aplicación de la referida norma...Adicionalmente debemos decir, que el ejercicio de la potestad organizativa en materia de contratación pública trae consigo grandes retos en materia de responsabilidad administrativa, ya que la flexibilidad que otorga la Ley de Contrataciones Públicas [...] y el Reglamento, en conjunto con el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pueden hacer sumamente complicada y casuística la determinación de los sujetos susceptibles de aplicación de los supuestos de responsabilidad administrativa. En tal sentido, los órganos de control fiscal que pretendan aplicar dichos supuestos de responsabilidad administrativa deberán hacer un análisis detallado y exhaustivo de la estructura organizativa para determinar exacta y fehacientemente a qué persona o unidad administrativa le ha sido atribuida una determinada función o actividad, teniendo en cuenta que dicha determinación seguramente variará en cada contratante como consecuencia del ejercicio de la potestad organizativa. Por tanto, desde el punto de vista del control fiscal, la labor de determinar los sujetos a quienes aplicar una determinada sanción, tampoco es sencilla, y quizás ello sea un elemento importante que el legislador venezolano también deba considerar en una futura reforma del ordenamiento jurídico en materia de contratación pública.<sup>48</sup>

La contratación pública es una rama del derecho público que “per se” debe ser sumamente particular y amerita un nivel profundo de conocimientos para poder culminar con éxito su adecuado y estratégico procesamiento, tanto es su ámbito operativo como jurídico; por lo que entender que en los instrumentos legales citados se encuentran regulados todos los aspectos relativos a dicha materia, sería un grave error, y nada acertado, porque simplemente todos los supuestos de hecho no lo están y la existencia de riesgos que mutan, constantemente, lo hacen prácticamente imposible.

Entonces, es cuando surge la necesidad del “*Compliance*”, que, como afirmó el abogado dominicano Babaji Cruz Peñaló,

hace referencia al conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos, según dispone la World Compliance Association (WCA). Lo anterior puede ser de aplicación tanto para el sector privado como para el sector público, por lo que resulta improrrogable que en la Administración Pública iniciemos con la aplicación de mejores prácticas de Compliance que permitan gestionar los riesgos legales y operativos que se pueden materializar en la contratación pública.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Rosas Rivero, Daniel, “La Responsabilidad Administrativa en materia de Contratación Pública en Venezuela”, *Revista de Contrataciones Públicas*, Número 5, editado por IJ Editores. Buenos Aires, 2021.

<sup>49</sup> Babaji Cruz Peñaló, “Compliance y gestión de riesgos para una contratación pública 2.0”, *World Compliance Association*, consultado el 13 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/2753/articulo->

Y es así, efectivamente, se hace impostergable no solo instaurar el cumplimiento normativo en el sector privado sino también en el público, y especialmente en el área de contrataciones públicas, debido a la significativa cantidad y relevancia de los riesgos que en ella se presentan, irregularidades, fraude, la corrupción, nuestro enemigo acérrimo, y cualquier otra actuación que violente la normativa jurídica, así como la ética e integridad absoluta que debe prevalecer en un buena administración y por ende, en un buen gobierno, que minimice la imposición de sanciones legales, sobre todo por actos de corrupción o el surgimiento de las tan dañinas consecuencias reputacionales y más para un ente de la administración pública.

Cumplimiento normativo que, en su fundamento, no puede carecer de una debida identificación de procesos que potencialmente podrían ser objeto de malas prácticas; de un correcto mapeo de evaluación de riesgos; de una codificación de buenas prácticas y; por supuesto, de una apropiada gestión de los datos.

Donde se considera deben ser implantados los Principios de Transparencia, Igualdad de Trato y No Discriminación previstos en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014<sup>50</sup>, sobre contratación pública, que garantizan la aplicación correcta de contratación, en el transcurso de todas sus fases.

En Venezuela, al igual que en muchos países, la contratación pública, en todas sus etapas, es vulnerable por el surgimiento de una serie de riesgos que afectan, en mayor o menor medida, al ente administrativo que la promueve, bien sea por acción u omisión o por un equívoco. En consecuencia, la única y lógica respuesta a cómo evitar o mitigar esos peligros que pueden incidir en un proceso de contratación pública, es contar con un plan de gestión fundamentado en esos riesgos y donde se apliquen las mejores prácticas de compliance, con el objetivo primordial de reducir significativamente esas transgresiones normativas usuales y así implantar los mecanismos de control idóneos que permitan disminuir, en su grado mínimo, la posibilidad de que se incurra en actos de corrupción y evitar simples equívocos que, por falta de conocimiento, se cometen comúnmente y con ello, se busca el desarrollo de la más óptima administración que están en la obligación de ejecutar los entes administrativos públicos.

En ese modelo de organización y gestión o sistema de compliance, donde se garantice la integridad y el buen gobierno en las contrataciones públicas en nuestro país, que es el propósito o recomendación de este trabajo, compartimos el criterio del Dr. Jaime Pintos Santiago, abogado español experto en contratación pública, en el sentido que en el mismo se deben anclar, para ser respetados, los valores éticos y principios tales como: imparcialidad, objetividad, eficiencia en el

---

compliance-y-gestion-de-riesgos-para-una-contratacion-publica-20.html#:~:text=Con%20un%20modelo%20de%20gesti3n%20basado%20en%20riesgos,a%20la%20que%20est3n%20llamadas%20las%20instituciones%20estatales.

<sup>50</sup> Publicada en: «DOUE» núm. 94, de 28 de marzo de 2014, páginas 65 a 242 (178 págs.)

gasto público, igualdad de trato y no discriminación, reconocimiento mutuo, transparencia e integridad; asimismo, coincidimos en que es imprescindible, en la utilización de los recursos públicos, tener en cuenta los principios de la ética pública y del buen gobierno, siendo los principales principios aplicables en materia económica los que a continuación se refieren, vinculados estrechamente a la contratación pública: de utilización de los recursos públicos, de funcionamiento de la gestión económico-financiera, de actuación propios de las intervenciones y de responsabilidad. Y también contar con un sólido Código de Ética y Transparencia.<sup>51</sup>

En la contratación pública venezolana hay una inapropiada gestión de las vulnerabilidades o riesgos de carácter regulatorio, así como un insuficiente cumplimiento de ese marco jurídico regulatorio, aunado a un inadecuado gobierno corporativo, a un manejo para nada eficiente de los gastos públicos, donde prácticamente es nula la rendición de cuentas, carente, en términos generales, de la totalidad de esos principios de la ética pública y del buen gobierno que se citaron precedentemente, tenemos un “cocktail” delicado, y por qué no bastante peligroso, que cada día va en detrimento del valiosísimo fin que debe procurar la administración pública, que no es otro que el mayor bienestar general o colectivo.

Entonces, es necesario implantar nuevos métodos, órganos y procedimientos de compliance que prevengan la comisión de estos riesgos, en un modelo donde se soporte el mejor marco de gobierno, a través de la difusión de una cultura ética y de estricto respecto a la normativa jurídica, dotado de efectivas medidas y herramientas para ejercer el debido control de las actuaciones de los funcionarios públicos, porque el ideal es que este sector sea el ejemplo del sector privado.

Al haber internalizado todo lo aquí expuesto, son evidentes las ventajas o beneficios que para Venezuela traería el contar con un sistema de compliance en las contrataciones públicas, toda vez que se identificarían, analizarían y evaluarían los riesgos a los que conlleva una mala gobernanza y la falta de integridad, logrando así reducirlos a su mínima expresión, por medio de eficaces controles, asegurando que los funcionarios públicos actúen en base a los más altos estándares de integridad, imparcialidad, objetividad, eficacia en el gasto público, igualdad de trato y no discriminación, y suma transparencia, logrando con ello superponer el interés público sobre los intereses particulares y cumplir sus funciones con eficiencia, para disminuir las transgresiones a la normativa jurídica vigente y conductas anti-éticas. Así debería funcionar nuestra Contratación en la Administración Pública.

---

<sup>51</sup> Pintos Santiago, Jaime “Compliance en Contratación Pública: Integridad, Principios, Estándares de Conducta e Identidades en la Ley de Contratos del Sector Público” consultado el 13 de julio de 2024, en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr\\_Jaime\\_Pintos\\_Principios\\_15-12.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr_Jaime_Pintos_Principios_15-12.pdf)

## **CONCLUSIONES**

Una vez transitado el camino que nos trazamos en estas disertaciones, con respecto a la importancia que reviste el Compliance en la Contratación Pública, desde las perspectivas entre naciones hermanas suramericanas, como lo son Colombia, Brasil y Venezuela, en las que tantas coincidencias o encuentros tenemos, en los ámbitos comercial, social, geográfico, político, social, cultural, sociológico y hasta legal, entre otros, observamos que, en efecto, para los tres países el implantar programas de cumplimiento en la contratación pública ha constituido y constituye un gran desafío, pero es una necesidad imperiosa, porque al lograr identificar y mitigar los riesgos legales y éticos, se promueve una cultura de la legalidad, generando confianza tanto en sus ciudadanos como en los mercados.

Hablamos sobre el marco normativo que rige las contrataciones públicas en Venezuela, puntualizando en la corrupción como el gran flagelo que hay que combatir, no obstante, al comparar cómo ha sido la integración del compliance en la contratación pública en Brasil y Colombia con respecto a la de Venezuela, es preciso reconocer que, en ambos países, se ha profundizado mucho más en la legislación sobre el cumplimiento normativo y enfatizado en su implantación, por lo que evidentemente están más avanzados en materia de cumplimiento normativo que nosotros.

La regulación de la actuación de los entes administrativos de carácter público, especialmente en el ámbito de las contrataciones públicas, bajo las directrices del cumplimiento normativo o compliance, se hace cada vez más necesario, la supervisión de la actuación administrativa debe efectuarse con la mayor eficiencia, eficacia y celeridad posibles, debido a las cambiantes realidades tecnológicas, económicas, sociales, climáticas, entre otras, que estamos experimentando. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha ido incluyendo en la normativa jurídica de diversos países en América Latina, y en algunos de ellos ya se reconocen los programas o planes de compliance como factores atenuantes o eximentes de esa responsabilidad, todo en aras de incrementar la ardua lucha contra la corrupción. Dado esto, es muy probable que esta figura se haga parte en la contratación pública de estos países.

En Brasil existe el reconocimiento de estos programas, sin embargo, el modelo puede ser problemático al limitar por ejemplo la participación de las Pymes, y en Colombia, a pesar que hay un expreso reconocimiento en el ámbito administrativo, no ha habido el debido desarrollo legislativo.

Por ello, concluimos enfatizando que en Venezuela urge la implantación de un verdadero sistema de organización y gestión de compliance, a través del cual se asegure la integridad y el buen gobierno en las contrataciones públicas al igual que los más altos principios éticos para la

más óptima y transparente utilización de los recursos públicos, y así lograr con éxito el valioso y principal objeto de la Administración Pública que no es más que satisfacer las necesidades e intereses del colectivo, procurando el mayor bienestar general.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación**

- Ley de Contrataciones Públicas, Gaceta Oficial N° 6.154, del 19 de noviembre de 2014
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, Gaceta Oficial N° 6.013, del 23 de diciembre de 2010
- Ley contra la Corrupción, Gaceta Oficial N° 6.699, del 2 de mayo de 2022
- Ley 2195 del año 2022, Diario Oficial de la República de Colombia N° 51.921, del 18 de enero de 2022
- Decreto 124 de 2016, Diario Oficial de la República de Colombia No. 49767, del 26 de enero de 2016
- Ley 872 de 2003, Diario Oficial de la República de Colombia No. 45.418, del 2 de enero de 2004
- Decreto 1599 del año 2005, Diario Oficial de la República de Colombia, N° 45920, del 26 de mayo de 2005.
- Decreto 1499 del año 2017, Diario Oficial de la República de Colombia No.50.353, del 11 de septiembre de 2017
- Ley 1150 de 2007, Diario Oficial de la República de Colombia N° 46.691, del 16 de julio de 2007
- Ley 1474 de 2011, Diario Oficial de la República de Colombia N° 48128, del 12 de julio de 2011.
- Decreto 19 de 2012, Diario Oficial de la República de Colombia N° 48308, del 10 de enero de 2012
- Decreto 1082 de 2015, Diario Oficial de la República de Colombia, del 26 de mayo de 2015

### **Doctrina**

- Alencar Alisson Carvalho de, "Compliance inteligente nas contratações públicas: defesa efetiva da concorrência" (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2020),
- Castagnino, Diego Thomás. "Una aproximación al concepto de Corporate Compliance". Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 3. Caracas. 2019.
- Grau, María Amparo. *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, Acción mundial contra la corrupción: Los documentos de Mérida" Viena, 2005

Pintos Santiago, Jaime “Compliance en Contratación Pública: Integridad, Principios, Estándares de Conducta e Identidades en la Ley de Contratos del Sector Público” consultado el 13 de julio de 2024,

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario europeo)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 67, n.º 268 (1 de julio de 2017),

Rastrollo Suárez, Juan José, "Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: los casos de Brasil y Colombia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 26 (21 de junio de 2021),

Rosas Rivero, Daniel, “La Responsabilidad Administrativa en materia de Contratación Pública en Venezuela”, *Revista de Contrataciones Públicas*”, Número 5, editado por IJ Editores. Buenos Aires, 2021.

### **Artículos publicados en sitios web especializados.**

2023 Corruption Perceptions Index: Explore the results", Transparency.org, consultado el 17 de julio de 2024, <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>.

Anti-Corruption Module 4 Key Issues: Corruption in Public Procurement". United Nations Office on Drugs and Crime. Consultado el 06 de julio de 2024. en <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-4/key-issues/corruption-in-public-procurement.html>.

Babaji Cruz Peñaló, "Compliance y gestión de riesgos para una contratación pública 2.0", World Compliance Association, consultado el 13 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/2753/articulo-compliance-y-gestion-de-riesgos-para-una-contratacion-publica-20.html#:~:text=Con%20un%20modelo%20de%20gesti%20n%20basado%20en%20riesgos,a%20la%20que%20est%20n%20llamadas%20las%20instituciones%20estatales>.

*Departamento Nacional de Planeación*. (s.f.). Consultado el 13 de julio de 2024 [https://colaboracion.dnp.gov.co/. https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd%202014-2018%20tomo%201%20internet.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/.https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd%202014-2018%20tomo%201%20internet.pdf)

Deutsche Welle, "Venezuela es el segundo país más corrupto del mundo – DW – 30/01/2024", [dw.com](https://www.dw.com/es/venezuela-es-el-segundo-pa%20s-m%20s-corrupto-del-mundo-y-el-primero-en-am%20rica/a-68123819), 30 de enero de 2024, <https://www.dw.com/es/venezuela-es-el-segundo-pa%20s-m%20s-corrupto-del-mundo-y-el-primero-en-am%20rica/a-68123819>.

Gracia Ballesteros Fernández, "riesgos de corrupción en contratos públicos. cómo prevenir malas prácticas", World Compliance Association, consultado el 12 de julio de 2024, <https://www.worldcomplianceassociation.com/1403/articulo-riesgos-de-corrupcin-en-contratos-pblicos-cmo-prevenir-malas-prcticas-.html>.

Jorge Andrés Amézquita Toro, "Public Compliance: Anclaje normativo del Compliance en el sector público colombiano", World Compliance Association, consultado el 12 de julio de 2024,

<https://www.worldcomplianceassociation.com/3201/articulo-public-compliance-anclaje-normativo-del-compliance-en-el-sector-publico-colombiano.html>.

Los esfuerzos de los Instrumentos Internacionales para combatir la corrupción [Parte 3/5]", LISA Institute, consultado el 06 de julio de 2024, en <https://www.lisainstitute.com/blogs/blog/instrumentos-internacionales-corrupcion#:~:text=“Se%20ha%20reconocido%20ampliamente%20que,puede%20conducir%20a%20malas%20gestiones>

*Modelo Integrado de Planeación MIPG - Ministerio del Interior.* (s.f.). Ministerio del Interior. <https://www.mininterior.gov.co/oficina-asesora-de-planeacion/grupo-de-mejoramiento-continuo/modelo-integrado-de-planeacion-mipg/>

*Módulo 2. Contratación Pública y Plataformas para acceder a la información.* (s.f.). <https://transparenciacolombia.org.co/>. [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion\\_publica\\_plataformas\\_acceder\\_informacion.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/cuidado-paz/caqueta/Contratacion_publica_plataformas_acceder_informacion.pdf)

Transparencia Venezuela: al menos 246 obras públicas quedaron inconclusas en el país desde 1999", El Diario, consultado el 06 de julio de 2024, en: <https://eldiario.com/2022/09/30/transparencia-venezuela-obras-publicas-quedaron-inconclusas-venezuela/>.

Venezuela es vista cada vez más corrupta - Transparencia Venezuela", Transparencia Venezuela, consultado el 06 de julio de 2024, en: <https://transparenciave.org/venezuela-es-vista-cada-vez-mas-corrupta/>

# 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.



SOCIEDAD VENEZOLANA DE  
DERECHO MERCANTIL

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

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

 [www.sovedem.com](http://www.sovedem.com)

 [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)

 [@sovedem\\_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)