



SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

n.º **12**
CARACAS, 2024

HOMENAJE AL *Dr. Francisco Hung Vaillant*

COLABORADORES:

Francisco Hung Vaillant
Nayibe Chacón Gómez
Diego Thomás Castagnino
Daniel Pérez Pereda
Wilfredo Monsalve García
Liliana Vaudo Godina
Jesús A. Villegas-Ruiz
Federico Palma Naranjo
Marianela Zubillaga
Alexander Ocanto Portillo
Jorge P. Freitas Di tomo
Mariana Civitillo H.
Alejandro Ramírez Padrón
Gabriel Morales S.
Simón Jesús Fernández Bravo
Jeison García Palacios
Hector Orlando Rodríguez R.
Gabriela A. Sánchez Ariza

Cristina Hellmund
María-Fernanda Uzcátegui
Michelle Pasceri
Miguel Ángel Zambrano E.
Coralía Indriago González
Enmilú García Quintana
Mariana Oca Fernández
Joaquím Gonçalves do Espirito Santo
Nailet Gómez Padilla
Luis Ernesto Fidhel Gonzáles
Walther Elías García S.
Kimberly K. González Rojas
Génesis D. Gutiérrez Rosales
Daniela Linares Gatti
Ezzat Lorenzo Chelhod Beylouné
Adriana Echenagucia Gago
Alejandro H. Castagnino

© REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777

ISSN: 2739-0020

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

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

Revista Venezolana de Derecho Mercantil nro. 12 / Junio 2024

Publicación de la convocatoria: 27/2/2024.

Recepción de artículos: del 27/2/2024 al 17/5/2024.

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

E-mail: sociadadderechomercantil@gmail.com

Diseño y diagramación: www.megaeditorial.com

E-mail: info@megaeditorial.com

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

Caracas, Venezuela.



Signatory of





SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

XII EDICIÓN

COLABORADORES:

Francisco Hung Vaillant	Cristina Hellmund
Nayibe Chacón Gómez	María-Fernanda Uzcátegui
Diego Tomás Castagnino	Michelle Pasceri
Daniel Pérez Pereda	Miguel Ángel Zambrano E.
Wilfredo Monsalve García	Coralía Indriago González
Liliana Vaudo Godina	Enmilú García Quintana
Jesús A. Villegas-Ruiz	Mariana Oca Fernández
Federico Palma Naranjo	Joaquím Gonçalves do Espirito Santo
Marianela Zubillaga	Nailet Gómez Padilla
Alexander Ocanto Portillo	Luis Ernesto Fidhel Gonzáles
Jorge P. Freitas Di tomo	Walther Elías García S.
Mariana Civitillo H.	Kimberly K. González Rojas
Alejandro Ramírez Padrón	Génesis D. Gutiérrez Rosales
Gabriel Morales S.	Daniela Linares Gatti
Simón Jesús Fernández Bravo	Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune
Jeison García Palacios	Adriana Echenagucía Gago
Hector Orlando Rodríguez R.	Alejandro H. Castagnino
Gabriela A. Sánchez Ariza	



**SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL**

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 Sanquírico Pittevil

**VOCAL POR LOS PROFESORES
DE DERECHO MERCANTIL**

Carlos Domínguez

**COORDINADOR DE ASUNTOS
ACADÉMICOS**

Pedro Rengél

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

EDITOR GRÁFICO

Juan Marcano

Sumario

<i>Presentación y agradecimientos</i>	IX
Nayibe Chacón Gómez, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda	
<i>Semblanza homenaje al Dr. Francisco Hung Vaillant</i>	XIII
Adriana Echenagucia G. y Alejandro Hugo Castagnino C.	

ARTÍCULOS

<i>El derecho al dividendo periódico</i>	19
Francisco Hung Vaillant	
<i>La transmisión de acciones mortis causa</i>	61
Nayibe Chacón Gómez, Diego Tomás Castagnino, Daniel Pérez Pereda y Wilfredo Monsalve García	
<i>Breves anotaciones sobre el Factor Mercantil</i>	97
Nayibe Chacón Gómez	
<i>Cumplimiento normativo empresarial. La debida diligencia como principio de actuación</i>	107
Liliana Vaudo Godina	
<i>Los problemas de la sucesión en la empresa familiar</i>	133
Jesús A. Villegas-Ruiz y Federico Palma Naranjo	
<i>Consideraciones sobre el anonimato en los contratos electrónicos</i>	145
Marianela Zubillaga	
<i>El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial</i>	159
Coralia Indriago González	

<i>Análisis a la sentencia nro. 070 del 23/02/2024 de la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre convocatorias de asambleas, vía electrónica</i>	177
Alexander Ocanto Portillo	
<i>Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties</i>	201
Jorge P. Freitas Di tomo	
<i>Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?</i>	227
Mariana Civitillo H.	
<i>La ética como brújula: Hacia un gobierno corporativo responsable</i>	253
Alejandro Ramírez Padrón	
<i>Análisis comparativo entre el artículo 299 del Código de Comercio venezolano y el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo. El potencial desconocimiento de la copropiedad de acciones y un régimen de propiedad paralelo</i>	269
Gabriel Morales S.	
<i>(Des) Protección del Consumidor en Venezuela. O de la necesidad de las técnicas de protección del consumidor</i>	279
Simón Jesús Fernández Bravo	
<i>Notas sobre los microseguros en la nueva Ley de la Actividad Aseguradora</i>	311
Jeison García Palacios	
<i>El healthy banking y su viabilidad normativa en Venezuela</i>	329
Hector Orlando Rodríguez Rodríguez	
<i>Contratación mercantil mediante Contratos Electrónicos: carencias y desafíos en la legislación venezolana</i>	361
Cristina Hellmund, María-Fernanda Uzcátegui y Michelle Pasceri	

<i>Uso de la firma electrónica en los contratos de compra venta en el comercio internacional de mercaderías</i>	381
Gabriela A. Sánchez Ariza y Miguel Ángel Zambrano E.	
<i>Las reglas de Rotterdam y su posible implicación en la legislación venezolana</i>	415
Coralía Indriago G., Enmilú García Q. y Mariana Oca F.	
<i>Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %</i>	433
Joaquím Gonçalves do Espirito Santo	
<i>La personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles y la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos</i>	475
Naillet Gómez Padilla	
<i>Títulos valores: aspectos regulatorios en el mercado de capitales venezolano</i>	489
Luis Ernesto Fidhel Gonzáles	
<i>La rendición de cuentas de una administración de facto</i>	547
Walther Elías García S.	
<i>Breve análisis sobre Big Data y la protección al usuario del Sistema Bancario Venezolano</i>	581
Kimberly K. González Rojas, Génesis D. Gutiérrez Rosales y Daniela Linares Gatti	
<i>Aspectos legales de la sostenibilidad empresarial en Venezuela</i>	613
Ezzat Lorenzo Chelhod Beylouné	

Presentación y agradecimientos

Desde el Comité Ejecutivo y el Comité Editorial de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), nos complace presentar la décima segunda edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

En esta oportunidad, rendimos un merecido homenaje al destacado y respetado profesor Dr. Francisco Hung Vaillant, quien, a través de sus obras y enseñanzas, ha contribuido significativamente al desarrollo del Derecho Mercantil venezolano.

El Dr. Hung se ha destacado tanto en el ámbito académico como en el profesional. Aunque actualmente está jubilado de la docencia en la Universidad Central de Venezuela, continúa contribuyendo activamente al campo del Derecho Mercantil. Entre sus obras más recientes se encuentran el libro: “Notas sobre el arbitraje en el sistema legal venezolano” y el artículo titulado: “El derecho al dividendo periódico”, incluido en esta edición de nuestra Revista.

No exageramos al afirmar que el Dr. Hung es uno de los máximos exponentes de nuestra disciplina jurídica. Su influencia se refleja en la frecuencia con la que sus obras son citadas en sentencias judiciales, trabajos de investigación jurídica y consultas profesionales. Sus escritos son estudiados tanto en programas de pregrado como de posgrado, asegurando así que su legado continúe formando a nuevas generaciones de abogados.

Como es costumbre, nuestra Revista incluye una breve pero significativa semblanza del homenajeado, preparada en esta ocasión por Adriana Echenagucia Gago y Alejandro Castagnino. Aprovechamos esta oportunidad para agradecer a los familiares y amigos del Dr. Hung por su colaboración en la elaboración de la semblanza. Esperamos que el resultado final sea de su agrado.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la Sovedem (www.sovedem.com), el veintisiete (27) de febrero de 2024, en donde, el Comité Editorial de la revista invitó a académicos, investigadores y estudiantes, nacionales y extranjeros, así como a la comunidad jurídica en general a presentar trabajos con miras a su publicación.

De acuerdo con los términos de la Convocatoria, se recibieron artículos hasta el diecisiete (17) de mayo de 2024.

En esta ocasión, recibimos un total de 24 trabajos, los cuales fueron evaluados mediante un riguroso proceso de arbitraje por pares, doble y ciego. Todos los trabajos fueron aprobados, conformando así la presente edición de la Revista con los siguientes artículos:

1. Francisco Hung Vaillant: “El derecho al dividendo periódico”.
2. Nayibe Chacón Gómez, Diego Tomás Castagnino, Daniel Pérez Pereda y Wilfredo Monsalve García: “La trasmisión de acciones mortis causa”.
3. Nayibe Chacón: “Breves anotaciones sobre el Factor Mercantil”.
4. Liliana Vaudo: “Cumplimiento normativo empresarial. La debida diligencia como principio de actuación.”
5. Jesús A. Villegas-Ruiz y Federico Palma Naranjo: “Los problemas de la sucesión en la empresa familiar”.
6. Marianela Zubillaga: “Consideraciones sobre el anonimato en los contratos electrónicos”.
7. Coralia Indriago: “El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial”.
8. Alexander Ocanto: “Análisis a la sentencia nro. 070 del 23/02/2024 de la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre convocatorias de asambleas, vía electrónica”.
9. Jorge P. Freitas Di tomo: “Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties”.
10. Civitillo H. Mariana C.: “Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?”
11. Alejandro Ramírez Padrón: “La ética como brújula. Hacia un gobierno corporativo responsable”.
12. Gabriel Morales S.: “Análisis comparativo entre el artículo 299 del Código de Comercio venezolano y el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo. El potencial desconocimiento de la copropiedad de acciones y un régimen de propiedad paralelo”.
13. Simón Jesús Fernández Bravo: “(Des) Protección del Consumidor en Venezuela. O de la necesidad de las técnicas de protección del consumidor”.
14. Jeison García Palacios: “Notas sobre los microseguros en la nueva Ley de la Actividad Aseguradora”.
15. Hector Orlando Rodriguez Rodriguez: “El healthy banking y su viabilidad normativa en Venezuela”.
16. Cristina Hellmund, Michelle Pasceri y María-Fernanda Uzcátegui: “Contratación mercantil mediante Contratos Electrónicos: carencias y desafíos en la legislación venezolana”.

17. Gabriela Alejandra Sánchez Ariza y Miguel Ángel Zambrano Escalante: “Uso de la firma electrónica en los contratos de compra venta en el comercio internacional de mercaderías”.
18. Enmilu Garcia, Coralia Indriago y Mariana Oca: “Las reglas de Rotterdam y su posible implicación en la legislación venezolana”.
19. Joaquím Gonçalves do Espirito Santo: “Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %”.
20. Naillet Gómez Padilla: “La personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles y la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos”.
21. Luis Ernesto Fidhel Gonzáles: “Títulos valores: aspectos regulatorios en el mercado de capitales venezolano”.
22. Walther Elías García: “La rendición de cuentas de una administración de facto”.
23. Kimberly K. González Rojas, Génesis D. Gutiérrez Rosales y Daniela Linares Gatti: “Breve análisis sobre Big Data y la protección al usuario del Sistema Bancario Venezolano”.
24. Ezzat Lorenzo Chelhod Beylouné: “Aspectos legales de la sostenibilidad empresarial en Venezuela”.

Nos enorgullece poder una vez más ofrecerles una Revista de carácter científico, arbitrada, indexada y de acceso abierto, con una frecuencia semestral. Esta publicación está especializada en el área del Derecho Mercantil y se adapta a los más estrictos estándares internacionales.

Queremos destacar también el esfuerzo y dedicación de nuestro equipo editorial y de los revisores externos, cuyo trabajo riguroso y minucioso asegura la calidad y relevancia de los artículos publicados. Agradecemos a los autores por su confianza en nuestra Revista y por sus valiosas contribuciones, que enriquecen el debate académico y profesional en nuestra disciplina.

Finalmente, invitamos a nuestros lectores a participar activamente enviando sus trabajos, comentarios y sugerencias. Su retroalimentación es fundamental para seguir mejorando y manteniendo la excelencia de nuestra publicación.

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

Queremos expresar nuestro más profundo agradecimiento a nuestro Miembro Incorporado, Juan Marcano, y al equipo de MEGA Editorial, por su invaluable apoyo en la diagramación de esta edición.

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

Caracas, junio de 2024.

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Diego Castagnino
Director General / Director-Editor

Prof. Dra. Nayibe Chacón
Secretaria General

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang
Asesor Académico

Semblanza homenaje al Dr. Francisco Hung Vaillant

Adriana Echenagucia Gago*
Alejandro Hugo Castagnino Cerveira**

Esta décima segunda edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil por decisión unánime del Comité Ejecutivo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil rinde tributo a uno de los más importantes mercantilistas de nuestra historia contemporánea, el destacado y respetado profesor Dr. Francisco Hung Vaillant, quien, a través de sus obras y enseñanzas, ha contribuido significativamente al desarrollo del Derecho Mercantil venezolano.

El Dr. Hung nació en Caracas, el 13 de diciembre de 1937. Se graduó de abogado en la Universidad Central de Venezuela, casa de estudio en la que también obtuvo el título de Doctor en Derecho en 1965 (tesis con mención de honor).

Ha dedicado su carrera como académico y abogado al derecho mercantil, el derecho de la empresa, los medios alternativos de solución de conflictos y la ética en los negocios.

En el ámbito académico, es recordado por sus alumnos por su disciplina y rigurosidad científica, así como por su cercanía, amabilidad y pasión por los temas que impartía en el aula.

Fue un destacado Profesor de Derecho Civil y Mercantil en pregrado y postgrado, en la Universidad Central de Venezuela desde 1963 (hoy jubilado). Así mismo, ha sido Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Metropolitana, en las materias: Derecho Civil I, Derecho Mercantil, Ética en los Negocios, Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

Su generosidad en compartir sus conocimientos y experiencias para contribuir con el desarrollo y la actualización de la doctrina, se ve reflejado en su incansable labor como autor de innumerables libros y artículos.

* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2008. Maestría en Derecho Financiero, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2012.

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2013. Abogado, Universidad Internacional de la Rioja, España. Diplomatura *Economics and political theory*, Universidad de los Andes, Chile. Miembro fundador de SOVEDEM. Profesor de la cátedra de legislación mercantil de la Escuela de Administración y Contaduría, UCAB.

Su contribución intelectual sigue siendo referencia obligada en los estudios del Derecho Mercantil tanto a nivel de pregrado como de postgrado, así como en la práctica profesional y judicial de esta disciplina jurídica.

Entre sus libros y artículos publicados destacan:

- “El Cheque En El Proyecto De Ley De Títulos Valores y Operaciones Bancarias”. Universidad Central de Venezuela Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Privado Sección de Derecho Comparado. Numero 13. 1964
- “Algunos aspectos de la protección del derecho de autor en Venezuela”. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Comparado. Sección de Derecho Comparado. nro. 15. 1965
- “Estudios sobre derecho de autor”. Universidad Central de Venezuela. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Facultad de Derecho. Nro. 40. 1968
- “Comentarios al Proyecto de la Ley Reglamentaria de la Libertad Económica y de la Protección al consumidor”. Escritorio Díaz, Egaña, Hung & Aveledo. Caracas. 1980
- “Contribución al estudio de la Ley contra despidos injustificados”. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos, nro. 14. 1981
- “Sociedades”. Valencia, Venezuela Vadell Hermanos Editores. 1981
- “La regulación de la actividad publicitaria”. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos, nro. 17. 1982
- “Reflexiones sobre el arbitraje en el Derecho venezolano”. Editorial Jurídica Venezolana. 2001
- “La denominada Doctrina del Levantamiento del velo por abuso de la personalidad jurídica”. En: “El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías”. Coord. por Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz; Allan Randolph Brewer Carías (hom.), Vol. 2. 2003
- “Derecho Civil I”. Caracas Vadell Hermanos Editores. 2004
- “La protección de la propia imagen en el sistema jurídico venezolano”. Paredes Editores, S.R.L. 2004
- “Introducción al estudio de las personas jurídicas”. Editorial Concilium. 2004
- “La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles”. Cuadernos unime-tanos 11 / septiembre. Universidad Metropolitana. 2007
- “Notas sobre el arbitraje en el sistema legal venezolano”. Editorial Dahbar. 2022

Vale la pena destacar que muchas de las obras antes indicadas han sido objeto de revisiones y actualizaciones por parte del autor, teniendo a la fecha varias ediciones publicadas.

El Dr. Hung continúa contribuyendo activamente al campo del Derecho Mercantil. Nos enorgullece que su trabajo más reciente se encuentra en esta Edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, y se titula: "El derecho al dividendo periódico".

Por otro lado, el Dr. Hung ha sido uno de los principales impulsores del arbitraje en Venezuela. Formó parte del Consejo Científico Nacional del Comité Venezolano de Arbitraje y de la Lista Oficial de Conciliación y Árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Ha sido árbitro en importantes casos.

En el ámbito profesional, el Dr. Hung se ha destacado por una ejemplar práctica jurídica, caracterizada por la ética y altos estándares de calidad. Quienes hemos tenido el honor, la dicha y la oportunidad de trabajar con él, damos fe de su generosidad al compartir sus punto de vista, su trato respetuoso y su genuino interés en mantenerse actualizado él y todos los que lo rodeamos.

Entre 1962 y 1983 formó parte del Escritorio "Ramón Díaz & Asociados", y luego fue socio de "Díaz, Egaña, Hung y Aveledo". En 1983 ingresó como Vicepresidente de Asesoría Jurídica del grupo de Compañías Embotelladoras de Pepsi-Cola y Empresas Filiales; cargo desempeñado hasta 1996; fecha en la cual trabajó como Vicepresidente de asesoría Jurídica de Panamco de Venezuela S.A. (Coca-Cola) hasta 1998, donde continuó acompañando Oswaldo Cisneros Fajardo (+) como su brazo legal, como el Asesor Jurídico del Grupo de Empresas lideradas por el empresario, entre las que se encontraban, Central Azucarero Porutguesa S.A., Produvisa, Telcel C.A., Corporación Digitel, C.A entre otras. El amplísimo conocimiento jurídico del Dr. Hung le ha permitido durante todos estos largos años acompañar a Oswaldo Cisneros Fajardo, sus socios y a su familia en todos sus negocios.

No exageramos al afirmar que el Dr. Hung es uno de los máximos exponentes de nuestra disciplina jurídica. Su influencia se refleja en la frecuencia con la que sus obras son citadas en sentencias judiciales, trabajos de investigación jurídica y consultas profesionales. Sus escritos son estudiados tanto en programas de pregrado como de posgrado, asegurando así que su legado continúe formando a nuevas generaciones de abogados.

Caracas, junio de 2024

ARTÍCULOS

El derecho al dividendo periódico

Francisco Hung Vaillant*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 19-59

Resumen: Este ensayo tiene como objetivo establecer una línea de argumentación tendente a demostrar que en el sistema venezolano es posible sostener que las sociedades de capital cerradas deben entregar periódicamente a sus socios, en carácter de dividendos, todo o parte de las utilidades que produzcan; esto es, argumentar en el sentido de que en el derecho venezolano el socio tiene un derecho al cobro periódico de dividendos cuando la sociedad de la cual forma parte produce durante su ejercicio fiscal, utilidades líquidas y recaudadas y no tiene deudas anteriores que deban conjugarse con tales utilidades; derecho que no puede ser ignorado por la asamblea de accionistas.

Palabras clave: Dividendos, utilidades líquidas y recaudadas, derechos esenciales del socio.

The right to the periodic dividend

Abstract: *This essay intends to establish a comprehensive line of argument to demonstrate that within the Venezuelan legal system, it is imperative to recognize and uphold the principle that closed capital companies are obligated to distribute dividends to their shareholders periodically. This distribution should encompass all or a portion of the profits generated by the company. In essence, the argument asserts that Venezuelan law unequivocally grants partners the inherent right to receive regular dividends when the company, in the course of its fiscal year, generates liquid and collected profits without any outstanding debts that could impede the distribution of such earnings. This fundamental right of partners to the periodic collection of dividends is a cornerstone of corporate governance that should not be disregarded or overlooked by the shareholders' meeting.*

Keywords: *Dividends, liquid and collected profits, essential rights of the partner.*

* Abogado por la UCV 1962. Doctor en Derecho por la UCV 1964. Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la UCV.

El derecho al dividendo periódico

Francisco Hung Vaillant*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 19-59

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Conceptos, 1.1. El contrato de sociedad, 1.2. Los dividendos, 1.3. Utilidades líquidas y recaudadas. 2. Derechos que comporta la posición de socio. 3. Violación de derechos personalísimos del socio. 4. Argumentación en favor del derecho a recibir dividendos periódicos, 4.1. Nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales, 4.2. El argumento de la naturaleza jurídica y origen de la sociedad, 4.3. Refutación de la posición que niega el derecho a recibir dividendos en forma periódica, 4.4. El silencio de la Ley, 4.5. El supuesto carácter “soberano” de la asamblea de accionistas. 5. La acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana, 5.1. Evolución de nuestra jurisprudencia en torno a la acción de nulidad, 5.2. Características de la acción de nulidad, 5.3- Legitimados activos y pasivos, 5.4. Alegatos de la parte actora, 5.5. Prueba de la parte actora, 5.6. El tiempo útil para el ejercicio de la acción.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código de Comercio no contiene disposición alguna que establezca en forma expresa el derecho del socio a recibir dividendos periódicos. La citada omisión ha dado lugar a que la generalidad de nuestra doctrina mercantil se haya pronunciado por la tesis de la no existencia en nuestro derecho mercantil común, de un derecho al dividendo periódico.¹ La generalidad de la doctrina, tanto nacional como extranjera, al analizar los derechos que otorga la acción al socio; concretamente los calificados como derechos patrimoniales, habla del “derecho a la participación en las utilidades”; no obstante, cuando analizan esos derechos a la luz del contenido de la Ley mercantil aplicable, la doctrina generalmente niega la existencia de antes mencionado derecho; utilizando, la mayoría de las veces, el argumento de que el otorgamiento de dividendos corresponde a la soberanía de la asamblea. Por su parte, Morles Hernández califica la negativa de la existencia del derecho a los dividendos como la opinión prevaleciente

* Abogado por la UCV 1962. Doctor en Derecho por la UCV 1964. Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la UCV.

¹ Ver en este sentido: Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. UCAB, Colección Cátedra, Caracas, 2017, Tº II p. 285. Este autor niega de plano la existencia del socio a recibir periódicamente dividendos y deja la facultad de acordarlos a la asamblea de accionistas, op. cit. P. 467.

en la doctrina venezolana.² En efecto, José Loreto Arismendi señala que: “En principio corresponde a la asamblea de accionistas decretar los dividendos...”³ Por su parte, el maestro Goldschmidt afirma que en Venezuela “...la opinión prevaleciente niega ese derecho y considera que las ganancias están a disposición de la asamblea”. No obstante, en nuestro parecer, el maestro deja abierta la puerta para aceptar que se pueda objetar la decisión de la asamblea de no distribuir dividendos cuando la misma haya sido tomada “...por razones extrasociales en perjuicio de la minoría...”, en cuyo caso la objeción correspondiente puede ser fundamentada en “...en abuso del derecho de voto de la mayoría”.⁴

En la elaboración de las páginas que siguen, se parte de la base de una investigación documental referida a varios textos legales de nuestro ordenamiento positivo los cuales consideramos aplicables a la institución y del análisis de la doctrina nacional y extranjera. Como resulta obligado, utilizaremos las necesarias referencias al Derecho Comparado.

Con el auxilio de la metodología de la investigación documental, se busca precisar si en nuestro sistema existe o no un derecho a obtener dividendos periódicos cuando una sociedad produce utilidades en un determinado período. Igualmente, trataremos de deducir los principales principios jurídicos que rigen el punto en estudio y el conjunto de normas específicas a través de las cuales se obtiene su regulación. Finalmente, se analizan los medios de los cuales puede valerse el socio cuyo derecho al dividendo le es violado. En tal contexto, se procede al análisis de las disposiciones legales específicas contenidas tanto en el Código Civil como el Código de Comercio, la Ley del Mercado de Valores y las obligadas referencias a un conjunto de sentencias emanadas del Tribunal Supremo De Justicia.

Al analizar la doctrina nacional relevante, nos parece que son pocos los autores que niegan de plano que en nuestro sistema se pueda sostener con propiedad que el socio no tiene derecho al reparto de dividendo periódicos. A nuestro modo de ver, lo que realmente afirma en forma generalizada nuestra doctrina mercantil mayoritaria, es que la entrega de dividendos periódicos al socio tiene como pre-requisito, una decisión aprobatoria por parte de la asamblea;⁵ sin embargo, consideramos que la existencia de tal pre-requisito no autoriza para hablar de la “soberanía” de la asamblea; punto que

² Obra citada, p. 285

³ Arismendi, José Loreto y Arismendi (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y mercantiles. Talleres tipográficos de Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. Tercera Edición, pp. 326-327.

⁴ Goldschmidt, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, Editorial Ediar Venezolana S.R.L. Caracas, 1979. p. 329

⁵ Ver por todos, Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Lepervnche, Luisa Teresa: La sociedad anónima. Vadell hermanos Editores. Valencia-Caracas, mayo, 1996, Tercera edición, p. 391.

discutiremos durante el desarrollo del trabajo. Al negar la soberanía de la asamblea, negamos paralelamente que la supuesta “soberanía” pueda impedir la distribución de dividendos entre los socios cuando se dan los presupuestos legales para ello: existencia de utilidades líquidas y recaudadas; salvo que existan reales y fehacientes señales de que al distribuir las utilidades se atente, en el caso concreto, contra la salud financiera de la sociedad, o existan estipulaciones contrarias estipuladas en los estatutos sociales. Es de advertir que en la doctrina extranjera a menudo se habla de soberanía de la asamblea, pero aceptando que el ámbito de acción de la misma tenga límites tanto en la Ley como en los estatutos.

El trabajo ha sido dividido en cinco partes: Introducción, en la cual se puntualiza la forma en la cual serán utilizados en el ensayo ciertos conceptos: contrato de sociedad, dividendos y utilidades líquidas y recaudadas. En la parte II se analizan los derechos que comporta la posición de socio y se hace mención a ciertas clasificaciones de tales derechos. La parte III ha sido dedicada a los efectos que apareja la violación de los derechos esenciales (utilizamos el término individuales o particulares). En la parte IV se exponen los argumentos a favor de la tesis sostenida en el ensayo, describiendo nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales; exposición del argumento de la naturaleza jurídica y origen de las sociedades; la refutación de la opinión que niega el derecho del socio a recibir dividendos periódicos, analizando el silencio de la Ley al respecto, el adjetivo de “soberana” con el cual es calificada la acción de deliberación de la asamblea de accionistas. Es igualmente analizada la acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana, describiendo la evolución de tal jurisprudencia, así como las características de la acción, los alegatos que debe utilizar la parte actora, las pruebas que debe aportar al proceso dicha parte, y el término para la pérdida de la acción; finalizando con el señalamiento de ciertos problemas que con respecto al ejercicio de la acción ha planteado la doctrina. En la parte V se exponen nuestras conclusiones.

1. Conceptos

1.1. El contrato de sociedad

El art. 1649 Código Civil define el contrato de sociedad como aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común. La mención a un “fin económico común” está en nuestro Código Civil desde la reforma promulgada en el año 1942, ya que antes de dicha reforma se hablaba de “fin de lucro”. El cambio de terminología mencionado, ha llevado a parte de nuestra doctrina a utilizar la mención para diferenciar entre sociedades y asociaciones y afirmar que el

“fin económico común” comprende el evitar pérdidas o hacer economías en los gastos. Adicionalmente, debemos señalar que el art. 1662 Código Civil. dispone que cuando en el contrato de sociedad no se indica la parte de cada socio en los “beneficios” o en las pérdidas, ésta será una parte proporcional al aporte de cada uno al fondo social. Por lo demás, en nuestro sistema está viciada de nulidad la cláusula que acredite a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima a cualquiera de los socios de contribuir en las pérdidas, salvo que se trate de socio que solo aporta su propia industria (art. 1664 Código Civil).

Alguna doctrina establece una diferencia entre “realización de un fin económico común” y “obtención de beneficios pecuniarios para repartir entre los socios”⁶. En realidad, nosotros no vemos contradicción alguna; ya que la finalidad de obtener beneficios pecuniarios para repartir entre los socios no choca con la realización de un fin económico común. Obtener beneficios pecuniarios para repartir entre los socios está implícitamente contenido en la búsqueda de un “fin económico común”. Por otra parte, las normas jurídicas deben leerse e interpretarse desde un contexto, y el que nos ocupa está formado básicamente por el siguiente conjunto de normas: (i) El art. 1662 Código Civil se refiere a “la parte de cada socio en los beneficios; y luego trata el punto del socio que solo aporta su propia industria (arts. 1649 y 1656 Código Civil); (ii) Además, del citado art. 1662, también se refieren al beneficio de los socios los art. 1663 y 1664 *eiusdem*; (iii) Los arts. 213 ordinal 6°, 214 ordinal 7° y 304 ordinal 2° Código de Comercio La lectura coordinada de las normas legales citadas, sugiere que los términos “beneficios económicos”, “utilidades” y “dividendos”, se refieren a un mismo concepto. En lo sucesivo utilizamos la palabra dividendos por cuanto es el término comúnmente utilizado en el lenguaje mercantil.

Por su parte, el CCo utiliza otra terminología para referirse al fin económico común. En efecto, en su art. 213, ordinal 6°, habla de “repartirse los beneficios” (sociedades en comandita por acciones). Igual mención hace en el art. 214, ordinal 7°, (sociedades de responsabilidad limitada). Finalmente, el art. 219 hace referencia a los citados arts. 213 y 214 para las sociedades anónimas. Es de hacer notar que el Código citado en su art. 266, ordinal 2°, refiriéndose a ciertas obligaciones solidarias de los administradores señala como una de ellas la de garantizar la existencia real de los dividendos pagados. Finalmente, el art. 307 *eiusdem* dispone que solo pueden pagarse “dividendos” a los accionistas cuando existen “utilidades líquidas y recaudadas”. La misma norma señala que los accionistas no están obligados a restituir los dividendos que hayan percibido en virtud de balances sociales hechos de buena fe. De todo lo an-

⁶ Así, Arismendi, citado por Morles Hernández Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles, Tomo II. Colección Cátedra UCAB. Caracas, 2017, p. 7.

terior deducimos que el fin que tienen en mente todos aquellos que se organizan para constituir o integrarse en una sociedad; es decir, la voluntad de quienes se asocian, es la obtención de ganancias, lo cual se traduce en el reparto de las utilidades, producidas en el cumplimiento del objeto social.

1.2. Los dividendos

La recepción de dividendos periódicos es uno de los principales incentivos que tienen los inversores para adquirir acciones en una compañía. Por otra parte, ellos son utilizados como un mecanismo de las empresas para lograr recursos financieros. El Real Academia de la lengua Española define la palabra dividendo como: cuota que, al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción. Mas claramente expresado, es aquella parte de la utilidad producida por una compañía que se distribuye entre sus socios en proporción al aporte de cada uno de ellos al capital social. Se dice que la palabra dividendo tiene su origen en el vocablo latino *dividendus*, el cual significa “cantidad a dividir”. Finalmente, como antes ha sido afirmado, los dividendos son las rentas que obtienen los dueños de acciones como contraprestación por haber invertido en la empresa y, generalmente, es el principal incentivo que tienen los inversores para comprar acciones o cuotas de una sociedad. El maestro Vivante los define como “...la utilidad líquida pagadera periódicamente sobre cada acción. El derecho a exigirlo al fin de cada ejercicio se haya sometido a dos condiciones: una suspensiva, de que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea, y otra resolutoria, de que la asamblea no modifique los Estatutos suspendiendo el pago, por ejemplo, para constituir fondos de reserva”.⁷

Los dividendos dependen de la producción de utilidades repartibles que anualmente tiene una compañía o negocio. Lógicamente, la actividad de una sociedad puede producir ganancias o pérdidas; por ello, la costumbre es que se determine si hay ganancias o pérdidas durante un lapso de tiempo determinado y lo normal es que se escoja el período temporal que coincide con el comienzo y finalización del ejercicio económico de la sociedad; período que abarca regularmente doce meses. Nuestra Ley no dispone que ese sea necesariamente el lapso de tiempo para determinar si hubo o no ganancias; pero como señala Morles Hernández, doce meses es el período escogido por la Ley para muchos actos relativos a las utilidades o pérdidas de la sociedad; en efecto la LEY DE MERCADO DE VALORES dispone que a las sociedades bajo su imperio, celebra asambleas dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha del cierre del ejercicio económico anual (art. 38) y obliga a repartir dividendos a sus accionistas de las utilidades obtenidas durante su ejercicio económico (art. 63); la obligación de declarar el

⁷ Vivante, César: Tratado de Derecho Mercantil, Vol. II. Primera Edición. Editorial Reus. Madrid, 1932. p. 327.

impuesto sobre la renta está planteada anualmente (art. 1º) Ley de Impuesto Sobre la Renta. La LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS dispone que el beneficio de las “utilidades” que corresponde a los trabajadores en cada ejercicio anual (art. 131), el CCo señala en su art. 274 que la reunión de la asamblea ordinaria debe ocurrir por lo menos una vez al año. En el mismo sentido de lapsos de un año, el art. 205 de la Ley Orgánica del Poder Municipal.

Las utilidades de una empresa se determinan año a año de conformidad con las fechas escogidas como comienzo y finalización de su ejercicio económico, las cuales se establecen en el contrato de sociedad. Conforme a la mejor doctrina, cuando la actividad de la empresa produce pérdidas en uno o más ejercicios, las ganancias de los ejercicios siguientes no deben distribuirse como dividendos sino hasta que las pérdidas acumuladas se conjuguen con las ganancias obtenidas posteriormente. Nuestro derecho prevé expresamente tal supuesto solo en el caso de las sociedades sometidas al imperio de Ley de Mercado de Valores (art. 63, segundo aparte); por ello, para las sociedades no regidas por dicho texto legal, las opiniones de la doctrina no son uniformes. En nuestra opinión debe aplicarse el método de la conjugación de las pérdidas durante todos los ejercicios económicos anteriores, ya que de lo contrario se estaría afectando el capital social.⁸

1.3. Utilidades líquidas y recaudadas

El tercer concepto importante es el de “utilidades líquidas y recaudadas”, ya que el encabezamiento del art. 307 Código de Comercio dispone que solo es posible repartir dividendos sobre utilidades líquidas y recaudadas. Utilidades líquidas son aquella parte de las utilidades de una empresa, una vez que se ha deducido el monto del impuesto que corresponde pagar a la sociedad por las ganancias gravables obtenidas durante el ejercicio. Para Morles, las utilidades deben ser reales; es decir, no ficticias, deben “corresponder a incrementos efectivos del patrimonio”⁹ y dicho autor entiende por “líquidas”, aquellas cuyo monto exacto se conoce (sentido aritmético) y además, se deben haber “perfeccionado irrevocablemente los negocios jurídicos que dan lugar al incremento patrimonial registrado en el balance”¹⁰. En cuanto al vocablo “recaudadas”, el autor citado señala que las utilidades “deben haber ingresado efectivamente en la caja social”.¹¹

⁸ Ver Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. McGraw-Hill. Madrid, 1997, pag 432. En el mismo sentido: Chuliá, Vicente: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Cooperativa de Artes Gráficas San José, Godella, 1981, p. 350. Galgano, Francesco: *Derecho Comercial. Sociedades*, Vol. II. Editorial Temis. Bogotá, 1999. p. 448.

⁹ Morles Hernández, Alfredo: *Obra citada*, Reimpresión de la 7ª edición, Caracas, 2017, p. 470.

¹⁰ Morles Hernández, Alfredo: *Obra citada*, p. 448 habla de “balance anual o balance ordinario”.

¹¹ *Ibidem*.

En el Diccionario de Términos Contables para Colombia, la utilidad líquida o Renta Líquida, es definida como el monto de la renta bruta, deducidos todos los gastos necesarios para obtenerla, siempre que sean los normalmente acostumbrados en la clase de actividad de que se trate, con criterio comercial y no esté limitada o prohibida su deducción. Por ello se dice que la utilidad después de impuestos es conocida como “Utilidad líquida a disposición del máximo órgano social”.¹²

La Ley especial prevé el reparto obligatorio de dividendos; y dispone al respecto, no solo la obligatoriedad de su reparto anual, sino también el porcentaje que debe ser distribuido, la frecuencia y demás condiciones en las cuales deben distribuirse. En efecto, el encabezamiento del art. 63 Ley de Mercado de Valores dispone: “Las sociedades cuyas acciones sean objeto de oferta pública, deberán repartir entre sus accionistas dividendos de las utilidades netas obtenidas en cada ejercicio económico, después de apartado el impuesto sobre la renta y deducidas las reservas legales. Un veinticinco por ciento (25%) por lo menos de dichos dividendos deberá pagarse en efectivo”.¹³

En el Derecho Comparado se citan legislaciones con normas parecidas a la que contiene la Ley de Mercado de Valores, pero aplicables a todo tipo de sociedad; así el art. 231 de la Ley General de Sociedades del Perú; el art. 75 de la Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile; el art. 218 de la Ley de Sociedades de Capital de España, el art. 320 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina; la Ley de Sociedades Anónimas de Brasil; el art 105 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México y la de Portugal.^{14 15}

2. Derechos que comporta la posición de socio

Nuestro Código de Comercio no hace una enumeración completa de todos los derechos que comporta la posición de socio, sino que se limita a señalar algunos casos aislados, tales como los señalados en sus artículos 262, 273, 277, 278, 279, 282, 284, 287, 288, 290, 291, 305, 306, 307, 310, entre otros.

Por otra parte, hay que tomar en consideración de que los socios pueden establecer o eliminar derechos estipulando lo conducente en los estatutos de la sociedad.

¹² Instituto Nacional de Contadores Públicos. Colombia. Ver: <https://incp.org.co/como-se-define-el-concepto-de-utilidad-liquida/>

¹³ Ver G.O. N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

¹⁴ Ver Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el art. 231 de la Ley General de Sociedades”. Editorial THEMIS-Revista de Derecho. <https://revistas.pucp.edu.pe/view>. Ver también el comentario sobre un proyecto de reforma de la Ley N° 16.060 española. <https://www.pdelc.com.uy/espaol/dividendo-mnimo-obligatorio-y-derecho-de-receso-7?nidz338>

¹⁵ Morles Hernández. A: Obra citada, p. 468.

La generalidad de la doctrina clasifica los derechos que confiere la posición de socio, en derechos políticos o de carácter político y derechos patrimoniales.

Por cuanto hay derechos del accionista calificados como de contenido administrativo, sobre algunos de los cuales la asamblea tiene el poder de decidir y que, paralelamente, también hay derechos administrativos y económicos sobre los cuales la asamblea no tiene soberanía, hemos preferido utilizar los términos derechos particulares o personalísimos del socio para hacer referencia a aquellos derechos que no pueden ser desconocidos ni transgredidos por la asamblea y, en el caso de que sean objeto de tal vulneración, la asamblea estaría traspasando sus límites de competencia y se produce el supuesto de hecho previsto en el art. 290 Código de Comercio, o lo que es más grave, la decisión de la asamblea puede ser anulada por el órgano jurisdiccional competente conforme a una acción judicial que ha reconocido el Tribunal Supremo De Justicia y a la cual nos referiremos más adelante. Es de señalar que ya en 1932 el maestro Vivante calificaba el derecho del socio a la participación en las utilidades como un derecho individual y lo consideraba como uno de aquellos derechos que no pueden ser modificados ni suprimidos por los órganos sociales.¹⁶

Por nuestra parte, tenemos serias dudas acerca del carácter de “soberana” con el cual una parte de nuestra doctrina califica a la asamblea. En efecto, como hemos mencionado anteriormente, las decisiones de la asamblea tienen su límite en lo previsto en la Ley y los estatutos; sobre todo, en lo previsto en estos últimos, en los cuales los socios pueden insertar muchas normas con la finalidad de regular la sociedad que están organizando, dado que la gran mayoría de las disposiciones legales en esta materia tienen carácter supletorio para los casos de silencio de los socios.

Pensamos, con la mayoría de nuestra doctrina, que la exigencia de la entrega de dividendos como derecho cuyo cumplimiento es exigible por el socio a la sociedad, existe una vez acordada por la asamblea la distribución de dividendos; esto es, que el derecho de crédito del socio contra la sociedad nace después que la asamblea adopta la resolución de distribuir utilidades; pero paralelamente, sostenemos que existiendo utilidades líquidas y recaudadas en un determinado ejercicio, sin que haya necesidad de enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, la asamblea está en la obligación de ordenar la distribución de dividendos; obligación que solo puede ser omitida si hay razones de índole financiera, reales y comprobables, que aconsejaren la no distribución de dividendos. En otras palabras, si aplicando los principios de conservación de la empresa a la sociedad de que se trate, queda ésta en peligro económico o financiero, existe razón suficiente para que la asamblea niegue o disminuya el monto a distribuir. En conclu-

¹⁶ Vivante, César: Obra citada p. 230.

sión, somos de la opinión que dados los supuestos de hecho previstos tanto en la Ley como en los estatutos para la distribución de dividendos, si la asamblea calla al respecto o los niega sin argumentos de peso y comprobables, los socios pueden acudir al órgano judicial y demandar la entrega de los dividendos que les correspondan.

Entre los pocos autores que hemos encontrado que consideran que el término derechos individuales a aquellos derechos que no pueden ser derogados por los Administradores ni por la asamblea, se encuentra el maestro Vivante, quien al respecto expresa: “En defensa de los propios derechos individuales, es decir, los derechos que no pueden ser suprimidos ni modificados por los órganos sociales (num. 494), el accionista tiene una acción judicial, tanto para ser reintegrado en su función, como para pedir indemnización cuando la reintegración no sea ya posible”.¹⁷ No obstante, reputada doctrina española, a pesar de calificar el derecho al dividendo y el derecho a la cuota de liquidación como “derechos mínimos fundamentales”¹⁸, acepta que “...La Junta General no puede privar a los accionistas del derecho corporativo abstracto a participar en los beneficios (derecho individual reconocido por la Ley), es perfectamente posible y lícito que aquella acuerde por mayoría que no se repartan en forma de dividendos a los accionistas los beneficios obtenidos en un ejercicio social determinado, sino que se incorporen a reservas, fondos de previsión futura o se detuvieren a otros fines”.¹⁹ Vale la pena aclarar en este lugar que generalmente cuando la doctrina califica el derecho del socio al reparto de dividendos periódicos como un derecho “abstracto”, se refiere a que dicho derecho “depende de la existencia de beneficios y de que se den determinadas circunstancias económicas, entre las que se encuentran la existencia de un cierto grado de liquidez dentro del patrimonio social, que no impidan su reparto”.²⁰ Paralela a la anterior clasificación de los derechos que comporta la oposición del socio, existe otra que consideramos más útil: derechos particulares, individuales o esenciales y derechos no esenciales.

Entre las principales derechos políticos o administrativos y los derechos patrimoniales o económicos, podemos señalar:

- i. Derechos administrativos o derechos a intervenir en la administración:
 - a. El derecho al voto.

¹⁷ Vivante, César: Obra citada. p. 230

¹⁸ Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid 1974, Segunda Edición.)

¹⁹ Broseta Pont, Manuel: Obra citada, p.220. Esta opinión fue sostenida mucho antes de la sentencia del TSE del 2023 que creó jurisprudencia en sentido contrario.

²⁰ Sánchez Calero, Fernando: Instrucciones de Derecho Mercantil. Mc Grow-Hill. Madrid, 1997. Vigésima edición, p. 306. En sentido parecido Galán López, Carmen, quien lo califica como “principio programático”: “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en Derecho de Sociedades. Atelier. Libros jurídicos. Barcelona, 2022. 4ta edición p. 176.

- b. El derecho a asistir a las asambleas. Este derecho está considerado por el art. 272 Código de Comercio como un “deber” y, en nuestro criterio, implica: el derecho a ser convocado oportunamente (arts. 277 y 279 Código de Comercio); el derecho de solicitar a los administradores la convocatoria de la asamblea cuando un número de socios que represente al menos un quinto del capital social (art. 278 Código de Comercio), lo solicite; el derecho a diferir la celebración de la asamblea cuando un número de socios que represente la tercera parte de los que concurran a la reunión o un número de socios que represente la mitad del capital social representado en la reunión se declaren no suficientemente informado sobre puntos del Orden del Día. (art. 288 Código de Comercio).
 - c. El derecho de examinar, en el establecimiento social, el Inventario y la lista de accionistas (art. 284 Código de Comercio).
 - d. El derecho de hacer oposición ante el juez de la jurisdicción mercantil del domicilio de la sociedad, en aquellos casos en los cuales la asamblea adopta decisiones “manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley” (art. 290 Código de Comercio).
 - e. El derecho a denunciar las irregularidades graves en el cumplimiento de sus deberes por los administradores y la falta de vigilancia de los Comisarios (art. 291 Código de Comercio).
 - f. El derecho a revisar el balance anual y el correspondiente Informe del Comisario (art. 306 Código de Comercio).
- ii. Derechos económicos:
- a. El derecho de receso en los casos en los cuales el socio no está de acuerdo con el reintegro o el aumento del capital social o con el cambio del objeto social (art. 282 Código de Comercio).
 - b. El derecho a recibir dividendos periódicos (sin norma legal expresa).
 - c. El derecho a la cuota de liquidación (ord. 4º art. 350 Código de Comercio)

Como mencionamos anteriormente que hay ciertos derechos del socio que no pueden ser conculcados ni siquiera por decisión de la asamblea; derechos que hemos calificado de personalísimos, particulares o esenciales. Por cuanto a partir de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia dictada el 20 de junio de 2006, en la cual dicha Sala Constitucional “interpretó” los arts. 261, 284, 287, 290,

291, 305, 306, 310 y 311 Código de Comercio,²¹ estimamos que deben ser considerados como derechos inderogables de los socios, los siguientes: a) El derecho de revisión de los Libros de accionistas y de actas de asambleas (art. 216 Código de Comercio) b) El derecho de revisión del Inventario de la sociedad y de la lista de accionistas (art. 216 Código de Comercio) c) El derecho a ejercer ante el juez mercantil del domicilio de la sociedad, su recurso contra las decisiones de la asamblea “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley” (art. 290 Código de Comercio). d) El derecho de acceder al balance anual de la compañía, y el correspondiente Informe del comisario, al menos con 15 días de anticipación a la reunión de la asamblea que habrá de considerar dichos documentos (art. 306 Código de Comercio) e) El derecho de ejercer acción contra los administradores por hechos de los cuales sean responsables y de denuncia a los comisarios los hechos de los administradores que consideren censurables. En este segundo supuesto, los comisarios están obligados a hacer constar la denuncia en su informe a la asamblea, (art. 310 Código de Comercio). f) El derecho a la cuota de liquidación (ordinal 4º art. 350 Código de Comercio). h) aquellos derechos que los socios hayan estipulado en los estatutos sociales para la totalidad de los socios o para un grupo de ellos, tales como: dividendos preferentes, acumulativos o no, derecho a elegir cierto número de miembros de la Junta Directiva, Comisarios o Auditores externos y otros funcionarios. Consideramos que todos los derechos antes señalados no deben ni pueden ser violados por la asamblea, y para eliminarlos de los estatutos requieren la conformidad de aquellos a quienes le fueron acordados.

La imposibilidad de eliminar por decisión de la mayoría en la asamblea y sin contar con el asentimiento de los afectados, los derechos que son considerados como esenciales, deriva precisamente que los mismos tienen su fuente en el pacto contractual celebrado cuando se constituyó la sociedad o en un momento posterior si los socios acordaron introducir los derechos en los estatutos sociales mediante una reforma de éstos. En tal contexto, las estipulaciones que forman parte de los estatutos sociales, desde el inicio o en un momento posterior, son estipulaciones contractuales amparadas por las previsiones contenidas en los artículos 1159 y 1160 CC y tratar de eliminar derechos de una de las partes sin contar con la anuencia de ella viola el principio de la intangibilidad del contrato.

²¹ Para un análisis de ese fallo ver: Romero - Muci, Humberto: “El derecho de información del accionista: Análisis de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1420 de fecha 20 de julio de 2006. Caso: Milagros de Armas vs. Organización Bloque de Armas. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Primera Edición Especial. Diciembre – 2021.

3. Violación de derechos personalísimos del socio

De conformidad con la previsión contenida en el art. 1133 CC, cuando dos o más personas celebran un contrato es para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico; ese acuerdo, entre otros efectos, tiene el de crear obligaciones entre los contratantes; obligaciones cuyo contenido y extensión depende del tipo contractual elegido al perfeccionar la convención. En el contrato de sociedad las partes se obligan a poner la propiedad o el uso de cosas, o su propia industria, para con ello perseguir la realización de un fin económico común; fin que no es otro que el producir ganancias o utilidades; los cuales, conforme se puede deducir de los arts. 1662, 1663, 1664 CC y los arts. 213, 214 y 219 Código de Comercio, están destinadas a ser distribuidas entre los socios en la proporción por ellos acordada y en su defecto, por las disposiciones de la Ley. En resumen, vale decir que en el contrato de sociedad cada uno de los socios se obliga a distribuir entre todos, las utilidades o beneficios que produzca la actividad de la sociedad; ese es el fin del contrato y la contraprestación que reciben los socios por el cumplimiento de su obligación correlativa de hacer el aporte prometido. Argumentar en sentido negativo al derecho enunciado carece de toda lógica ya que resultaría absurdo sostener que las ganancias o utilidades producidas por el cumplimiento del objeto social no están destinadas a ser distribuidas entre los socios, sino a permanecer indefinidamente o por largo tiempo en la caja de la sociedad. Creemos que todo o parte de las ganancias pueden no ser distribuidos cuando en un determinado momento, condiciones económicas o financieras así lo aconsejen; es decir, cuando distribuir todo o parte de las utilidades pueda causar daños económicos o financieros a la sociedad. Lo antes expuesto nos permite afirmar que el derecho al dividendo debe ser considerado como un derecho personalísimo o particular del socio, y que su desconocimiento o violación por parte de la asamblea, otorga al socio el derecho de accionar para su restablecimiento. Por cuanto el tema es precisamente el punto central de este ensayo, más adelante expondremos los argumentos de los cuales inferimos que el derecho del socio a recibir dividendos periódicos es uno de los derechos inderogables de los cuales goza.

4. Argumentación en favor del derecho a recibir dividendos periódicos

Hemos adelantado que la generalidad de nuestra doctrina no reconoce el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos. En forma similar a lo que ocurre en nuestro país, gran parte de la doctrina tradicional española reconocía el derecho del socio al dividendo como uno de los principales derechos conferidos por la acción; sin embargo, lo consideraba un derecho “abstracto” o “relativo”, el cual dependía para su materialización de la existencia concurrente de un conjunto de factores: que la sociedad produjere beneficios, que existieren determinadas circunstancias económicas o

liquidez y, sobre todo, que la Junta General adoptase la decisión de acordar el pago de dividendos; momento éste en el cual nacía en los socios un derecho de crédito en contra de la sociedad. La mayoría de la doctrina consideraba lícito que la Junta General no acordase el pago de dividendos y llevase la utilidad a reservas.²² Después de la sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de enero de 2023 y las que le precedieron, se comienza en España a sostener el derecho a recibir de dividendos periódicos.

Al analizar las diversas opiniones de nuestra doctrina, encontramos que para negar dicho derecho no son expuestos argumentos que parezcan determinantes. Generalmente se parte de un argumento que denominaremos “formal” y el cual consiste en la afirmación, por demás cierta (salvo el caso de las sociedades sometidas al imperio de la Ley de Mercado de Valores), que nuestro ordenamiento jurídico no contiene norma expresa que establezca el derecho del socio a recibir dividendos periódicos. El segundo argumento, también formal, consiste en la afirmación de la “soberanía” de la asamblea y su sujeción al principio democrático de la mayoría. Desde este punto de vista se afirma que si la mayoría necesaria para adoptar acuerdos válidos en la asamblea no decide el decreto de dividendos, el socio no puede reclamar su entrega aun cuando existan “utilidades liquidas y recaudadas”. La otra línea de argumentación es de carácter económico o financiero: la sociedad puede necesitar todo o parte de las utilidades del ejercicio para invertirlos en su propio negocio.

Consideramos que el argumento del silencio de la Ley no es suficiente para negar el derecho del socio a los dividendos periódicos; en efecto, en este caso se trata solo de silencio de la Ley, y no de una prohibición expresa o implícita, y creemos que en los casos de silencio legal admiten la posición afirmativa (no necesariamente la negativa); ambas posiciones encontradas son de posible argumentación ante el solo silencio de la Ley. Igualmente, consideramos no suficiente el argumento económico o financiero. Es cierto que el principio de sanidad y conservación de la empresa exige que se haga todo lo posible por su estabilidad financiera para que ella logre cumplir con su objeto social y produzca ganancias o utilidades; sin embargo, los argumentos económicos o financieros utilizados para negar el reparto de dividendos periódicos, deben ser ciertos, graves y comprobables; de lo contrario, la negativa injustificada se convierte en un abuso de derecho por parte de la mayoría, lo cual no es admisible. Es indispensable que en la asamblea correspondiente se especifiquen claramente y con razones debidamente fundadas y comprobadas, que todo o parte de las utilidades producidas por la empresa le son necesarias a la sociedad para continuar de manera financieramente segura con el cumplimiento de su objeto social. En este punto vale la pena hacer notar que la Ley de Mercado de Valores, la cual tiene una finalidad eminentemente protectora de los

²² Ver: Sánchez Calero, Fernando; Instrucciones; Broseta Pont, Manuel; Uría, Derecho Mercantil; Garrigues, Curso

accionistas, de las sociedades sometidas a su imperio y, por supuesto, de la integridad de tales sociedades, (dicho texto tiene explícitamente ese carácter tutelar), reconoce el derecho del socio a recibir dividendos periódicos en las sociedades por ella regidas y fija el porcentaje de utilidades que debe ser distribuido y la forma de su distribución.

4.1. Nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales

Es cierto que ni en nuestro Código Civil, ni en el Código de Comercio, existe una norma del tenor de art. 63 Ley de Mercado de Valores, la cual claramente establezca un derecho del socio al cobro de dividendos periódico; sin embargo, consideramos que de la lectura concatenada de varias disposiciones legales es posible obtener las bases para establecer el derecho del socio al dividendo periódico. Nótese además que la opinión negativa a la existencia del derecho al dividendo se fundamenta en el silencio de la Ley y no en una prohibición de la Ley. En contra de la opinión generalizada podemos citar los arts. 1662, 1663 y 1664 del Código Civil, los cuales establecen: que en caso de que nada diga el documento constitutivo acerca de la parte que corresponde cada socio en los beneficios o en las pérdidas, éstas se distribuirán proporcionalmente al aporte de cada uno al fondo social (art. 1662, encabezamiento); por su parte, el art. 1663 *eiusdem* permite que los socios confíen a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas y establece la causal de impugnación de la designación (art. 1664 del mismo Código). Finalmente, el art. 1664 CC establece la nulidad de la cláusula del documento constitutivo de la sociedad que acuerde a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios o lo exima de toda pérdida. Desde el punto de vista del contenido del Código de Comercio, podemos señalar los art. 213, ordinal 6° y 214, ordinal 7°. El primero de los dispositivos técnicos citados, dispone (para las sociedades en comandita por acciones) que el documento constitutivo y los estatutos deben señalar las reglas con sujeción a las cuales deben formarse los balances, calcularse y repartirse los beneficios. El segundo dispositivo técnico citado hace igual regulación para el documento constitutivo de las sociedades de responsabilidad limitada. Finalmente, el art. 219 del mismo Código dispone que si en la formación de la compañía no se cumplieren oportunamente las formalidades que ordenan los arts. 211, 212, 213, 214 y 215, según sea el caso, y mientras no se cumplan, la compañía no se tendrá por legalmente constituida. El citado art. 219 hace pues, una mención implícita a dejar constancia en el documento constitutivo y estatutos de las sociedades anónimas, las reglas conforme a las cuales deben calcularse y repartirse a los beneficios. Por lo antes expuesto entendemos que los dispositivos técnicos del Código Civil y del Código de Comercio mencionados en este apartado, presuponen que tanto en las sociedades civiles, como en las sociedades mercantiles, existe implícito el derecho del socio a recibir periódicamente beneficios. Dicho de otro modo, la voluntad de las personas que se asocian se orienta en el sentido de que el ente que están creando, produzca ganancias y que las mismas sean distribui-

das entre los socios. No tiene ningún sentido llegar a la conclusión de que las utilidades producidas por el cumplimiento del objeto social queden permanentemente o por un largo periodo de tiempo, como fondo social. Esta afirmación aparece mayormente marcada en el caso de las sociedades mercantiles porque en éstas es imposible negar el carácter lucrativo que conlleva su constitución. En resumen, las disposiciones legales arriba citadas parten, a nuestro modo de ver, de un principio general que reconoce en las sociedades el objetivo de producir beneficios para ser distribuidos entre los socios.

El argumento antes expuesto luce más a favor de la existencia del derecho al reparto periódico de dividendo que el solo silencio de la Ley como argumento de la no existencia de dicho derecho; sobre todo si tomamos en consideración que en el derecho venezolano existe una disposición en una Ley especial (Art. 63 Ley de Mercado de Valores), que establece dicho derecho para las sociedades que están bajo su imperio. Es cierto que esta última es una Ley especial; no obstante, es un texto legal cuya finalidad es la protección de la empresa y de sus socios y como tal se debería calificar como un argumento a favor de la existencia del derecho al dividendo.

Es interesante destacar en este lugar la existencia de jurisprudencia española reciente. En efecto, con un intervalo de 18 años, el Tribunal Supremo español ha ratificado la posibilidad de anular acuerdos de la Junta General condenando a la sociedad al pago de dividendos obligatorios. Esa decisión ha llevado a la doctrina española a afirmar que "...ya existe una doctrina jurisprudencial conforme a la cual, junto con la petición de anulación del acuerdo social de aplicación del resultado, cabe articular una solicitud adicional para que se condene a la sociedad a un determinado reparto entre los socios. Como ha observado Juan de la Fuente, "...se anulan los acuerdos sociales, normalmente debido a que la Sociedad está muy saneada económicamente... (omissis)... a que no existe acreditación de una necesidad futura de las reservas, y/o a que existe una retribución a los socios mayoritarios por sus puestos de administración y ello contrasta con la situación de los socios minoritarios".²³

En la sentencia antes mencionada, se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada en la cual el capital social estaba distribuido 51% y 49%. La Junta General decidió aplicar el resultado (ganancias de 2014 y 2015) a "reservas voluntarias". El socio minoritario impugnó el acuerdo y el tribunal ordenó que los resultados de ambos ejercicios, fueran íntegramente repartidos entre ambos socios en proporción a su par-

²³ De la Fuente, Juan: "El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después". En el trabajo el autor cita jurisprudencia española concurrente. *Economist Jurist*, 8 de febrero de 2023. También puede verse: *Amicus Curiae*. El Blog de Isaac Ibañez García. <https://isaacibanez.es/segum-el-ts-el-juez-no-suplanta-la-voluntad-de-los-socios-se-ordena-repartir-el-75-del-resultado>. En *dividendos/*. Igualmente: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/el-reparto-forzoso-de-dividendos-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-92023-de-11>.

ticipación en el capital social. El argumento principal se basó en que dichos acuerdos habían sido adoptados con abuso de la mayoría. En el mencionado caso el Juzgado en lo Mercantil desestimó la impugnación, mientras que la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, condenando al reparto obligatorio de al menos el 75% de los resultados de los ejercicios 2014 y 2015. Para la fecha de la mencionada decisión no estaba vigente el art. 348.bis de la Ley de Sociedades de Capital. Luego el caso llegó al Tribunal Supremo Español y éste en su decisión manifestó ser de la opinión de que los tribunales tienen el poder de ordenar directamente la cifra de dividendos que debe ser distribuida en todos aquellos casos en que se declare con lugar la impugnación de los acuerdos de no distribución de beneficios. En la sentencia del 11 de enero de 2023, el Tribunal Supremo Español expone los tres requisitos que deben concurrir para que el abuso de la mayoría deba ser declarado: (i) que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad, (ii) que se haya adoptado por la mayoría en interés propio; y (iii) que ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios. Es de hacer notar que la jurisprudencia francesa también ha considerado que la sistemática retención de utilidades puede constituir un supuesto de abuso de la mayoría.²⁴ Debemos señalar en este lugar que destacados autores españoles hicieron críticas a la sentencia de Tribunal Supremo Español de fecha 11 de enero de 2023. En algunos casos se critica que "...el fallo abre la posibilidad de que los tribunales ordenen directamente la cifra del dividendo a ser repartido; es decir se critica permitir un margen de discrecionalidad del juzgador a la hora de fijar el porcentaje de reparto, sobre la base de que la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar los beneficios a reservas voluntarias conlleva que se entendería aprobada la otra alternativa legal, el reparto de dividendos y la necesidad de evitar la persistencia en el abuso".²⁵

4.2. El argumento de la naturaleza jurídica y origen de la sociedad

Conforme expresa el art. 1649 CC, la sociedad es un contrato; esto es, una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico (art. 1133 *eiusdem*). En la sociedad, las partes que con su voluntad convergente se unen para constituir la, acuerdan crear entre ellas un vínculo jurídico. Cada parte se obliga a contribuir con la propiedad o el uso de cosas para lograr un fin económico común. En otras palabras, el objeto de la obligación de cada socio es obtener un fin económico, lo cual se traduce en que el ente creado produzca beneficios económicos. Lógicamente, el deseo de cada socio consiste en que las utilidades producidas le sean distribuidas en la cuantía que se establezca en el documento

²⁴ Ibidem.

²⁵ De la Fuente, Juan.: Obra citada

constitutivo del ente y la cual, generalmente es proporcional al aporte de cada uno a la formación del capital social, o en su defecto, en la proporción establecida en la Ley. En otras palabras, estimamos que debe ser considerado de la esencia misma del contrato de sociedad, la producción de utilidades y su distribución periódica entre los socios.

Al partir de la base de que el origen de la sociedad es un contrato, (contrato plurilateral en la concepción de Ascarelli), resulta obligado aplicar a la figura todas las consecuencias que de ello se derivan conforme a las disposiciones legales vigentes. Como afirma Melich Orsini: “Todo contrato, cualquiera que sea, debe ser estudiado desde el punto de vista *funcional* (contenido y finalidad)... (omissis)... Al contemplarlo desde el primer punto de vista se nos hará evidente que el contrato tiene una función instrumental: él sirve para realizar *una finalidad de la vida económica*”.²⁶ En el contrato de sociedad esa finalidad no es otra que la de producir beneficios o utilidades para ser repartidas periódicamente entre los socios con carácter de dividendos. La primera disposición que interesa destacar es el art. 1159 Código Civil: los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes; lo pactado obliga; toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. De conformidad con el principio señalado, considerado como una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma, es posible utilizarlo para aclarar lagunas de la Ley o contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables. Por ello, como criterio de interpretación, la voluntad o intención de las partes contratantes debe ser valorada y respetada en todo aquello que no contravenga las Leyes. Tal conclusión se desprende del citado principio contenido en el art. 1159 Código Civil que califica al contrato como Ley entre las partes. Nuestra mejor doctrina civilista opina de la norma antes citada: “En otros términos: las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la Ley, los contratos que ellas celebran y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil...”²⁷ Otra norma del Código Civil, esta vez el art. 1160, prescribe la aplicación del principio de la buena fe como mecánica que ayuda a la interpretación del contrato. La misma norma establece que la relación contractual obliga a las partes no solo a cumplir lo expresado en el contrato, sino además a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley. Como afirma el maestro Melich Orsini: “En la interpretación del contrato se parte por el contrario de la concreta o efectiva común intención de las partes, pues se indaga por un precepto dirigido precisamente a resolver conforme a lo que debieron haber pensado y querido los singulares contratantes del

²⁶ MELICH-ORSINI, José: Doctrina general del contrato. 4ta edición corregida y ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61. Caracas, 2006. p. 14.

²⁷ MELICH-ORSINI, José: Obra citada, p. 20.

caso...”²⁸ En el caso que nos ocupa, nos parece evidente por la expresión usada en el texto del art. 1649 Código Civil (fin económico común), que las partes que intervienen en el contrato de sociedad tienen en mente, al poner la propiedad o el uso de una cosa para formar el capital social, recibir como contrapartida la distribución de dividendos periódicos. El “fin económico común” no puede haber sido otro que el de que la empresa produjere ganancias o utilidades y que éstas fueren distribuidas periódicamente entre ellas a título de dividendos; situación que resulta más que obvia en el caso de sociedades mercantiles ya que la actividad mercantil está signada por el fin de lucro. En el caso bajo análisis no se trata de una integración del contrato, ya que no se está completando el contenido del acuerdo de voluntades con agregados que provienen de una voluntad extraña a las propias partes. En efecto, a la luz de la definición del contrato de sociedad prevista en el citado art. 1649, resulta claro que las partes han tenido en mente, al celebrar el contrato, la producción de beneficios económicos, ganancias o utilidades, para repartirlas entre ellas en la proporción prevista en el contrato, y en su defecto en la Ley. Debemos hacer notar que desde el punto de vista histórico, la sociedad fue inventada como un mecanismo para producir utilidades y que el destino de dichas utilidades era, precisamente, ser distribuidas entre los socios. En efecto, desde su invención, la forma de la sociedad mercantil estuvo inspirada en la finalidad de lucro; más concretamente, la forma social, en particular la figura de la sociedad anónima, fue concebida y creada para permitir que muchas personas constituyeran un fondo (capital social) destinado a posibilitar que el fondo constituido cumpliera su finalidad; esto es, la producción de ganancias o utilidades. Dicha producción no era un fin en sí mismo, sino que las utilidades producidas por el feliz cumplimiento del objeto social fuere distribuida o repartida entre los inversores; esto es, entre todas aquellas personas que se convirtieron en socios mediante el aporte, generalmente de capitales, para la consecución de objeto social. Se atribuyen diversas fuentes para los distintos tipos de sociedad moderna: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita y sociedad anónima, además, con relación a cada una de las fuentes existen diversidad de opiniones. A continuación, resumiremos las principales posiciones.

La doctrina es conteste en señalar a la sociedad en nombre colectivo como la más antigua de las formas sociales y su nacimiento es ubicado en la Italia de la Edad Media. Parece lógico partir de lo que era la forma de trabajo en la época: la economía se basaba en los trabajos de manufactura de los bienes que la familia producía para su consumo y para intercambiar el excedente por otros que les eran necesarios y no producía. En principio, el grupo de trabajo familiar era dirigido por el padre de familia y éste se valía del trabajo de extraños que hacían gran parte o toda vida en común con la familia. Muerto

²⁸ Obra citada, p. 405.

el *pater familiae*, el grupo generalmente seguía trabajando unido como una sola entidad y formando la sociedad medioeval adaptada a las necesidades de comercio de la época.

El germen de las actuales sociedades en comandita es fijado en el medioevo y su denominación expresa la analogía que hay entre el tipo social y una antigua operación de crédito que forma parte del comercio marítimo; operación que se reflejaba en el contrato de *commenda*: un negocio conforme al cual un capitalista denominado *commendator* entregaba una cantidad de dinero a un empresario denominado *tractator* que organizaba y realizaba un expedición comercial de cuyas utilidades, en caso de éxito, participaba el *commendator*. Sus primeras formas están vinculadas con la riqueza mobiliaria detentada por la aristocracia y el clero, clases a las cuales estaba prohibido o para las cuales resultaba deshonoroso, el ejercicio del comercio; en resumen, el contrato permitía la utilización de dicha riqueza, por parte de los mercaderes en actividades creadoras de nueva riqueza (Galgano). En esta operación la participación entre el capitalista y el comerciante podía organizarse en dos formas distintas y en una de ellas, la sociedad en comandita (sociedad secreta) se deja oculto el nombre del capitalista.

El proceso de formación de la sociedad anónima es fijado en Italia en la Edad Media, en estructuras para regular ciertas relaciones entre la ciudad y los ciudadanos para el pago de la deuda pública. La distribución uniforme y anónima de las deudas del Estado originó una organización autónoma que desarrollaba en su propio provecho negocios de diversa naturaleza; son ejemplos de ello el Banco si San Giorgio en Génova y el *Monte dei Paschi* en Siena. Paralelo al monte, *maese* o *compere*, se desarrollan las *maone*, en las cuales algunos autores ven el origen de las sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII que fueron utilizadas para obtener ganancias provenientes de la explotación de los territorios descubiertos y colonizados por diferentes imperios. Las *maones* están integradas por un grupo de personas que contribuyen con aportaciones para los gastos de una expedición naval para conquistar una colonia y que obtiene del Estado el monopolio del comercio con la tierra conquistada.

En Alemania, la propiedad de las minas era explotada a través de una corporación que se dividía en cierto número de cuotas negociables. Algo parecido existía en Francia para la explotación de los molinos. Las partes en las cuales se dividía el valor del bien eran transferibles. En los puertos europeos del Mar del Norte y del Atlántico fueron organizadas las asociaciones de armadores para ejecutar grandes empresas; dichas asociaciones son citadas como el antecedente inmediato de las grandes sociedades coloniales como la Compañía Holandesa. Gran parte de la doctrina considera que el antecedente inmediato de la sociedad anónima se encuentra en Holanda al iniciarse el siglo XVII (después del descubrimiento de América), cuando se abren nuevas rutas comerciales para cuya explotación eran necesarios grandes capitales, lo cual llevó a la fundación de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, la Compañía Holandesa de

las Indias Occidentales, la Compañía Francesa de las Indias Orientales y Occidentales, la Compañía Guipuzcoana y la Real Compañía de Filipinas para el comercio con las Indias Orientales. Como se deduce de todo lo anterior, las actuales sociedades mercantiles tienen desde su origen una función de crear riqueza, crear ganancias y distribuir dichas ganancias entre sus socios. Algunos autores españoles se concentran en antecedentes más cercanos en relación al surgimiento de grupos sociales más vinculados al actual. En este orden de ideas, Vicente Chuliá es de opinión de que la actual sociedad en comandita "...se entrona con los supuestos de continuación sin contrato expreso del comercio del padre por sus hijos (*fraterna compagnia*)", la que luego se amplía al grupo con intervención de extraños a la familia, "...pero con un espíritu de confianza recíproca (*ad unum parem et vinum*). Las relaciones que engendran recuerdan las sociedades fuertemente comunitarias como la *societas omnium bonorum* del Derecho Romano, que tuvieron un origen similar y las *Gemeinderschafed germánicas*". Para la sociedad en comandita por acciones, el autor citado opina que "...surge en Francia, en el siglo XVIII para eludir el procedimiento de fundación de sociedades anónimas, sometidas al control del Estado. Mas tarde, responde al creciente peso del capital en los socios comanditarios y así se consolida en Alemania".²⁹ En cuanto al origen de la actual sociedad anónima, Chuliá señala que "...está estrechamente vinculada a la expansión de las necesidades financieras del Estado de los siglos XVI y XVII debido a las guerras de religión y a la colonización de las Indias Orientales y Occidentales y a la consolidación de una burguesía comercial decidida a aportar grandes inversiones movilizandolos recursos propios, pero sobre todo suministrado por la clase aristocrática terrateniente (Galvano)".³⁰

Al comulgar con la opinión de que existe un derecho a recibir dividendos periódicos en cabeza de los socios y que tal derecho deriva del hecho de que las partes han elaborado un contrato de sociedad y éste tiene como finalidad esencial que el ente creado produzca ganancias las cuales deben ser distribuidas entre los socios en los términos estipulados al contratar y aquellos que se deriven del propio contrato o de la Ley, cualquier acto de alguno de los contratantes que pretenda no cumplir con lo convenido explícita o tácitamente en el contrato de sociedad, resulta en un atentado en contra del principio de intangibilidad del contrato previsto en el art. 1159 Código Civil; norma legal que además consagra el principio de la autonomía de la voluntad y, conforme a nuestra mejor doctrina civilista, tiene igualmente un fundamento moral que consiste en el respeto a la palabra empeñada.³¹ En resumen, no acordar la distribución

²⁹ Obra citada, p. 205

³⁰ Obra citada, p. 253.

³¹ Melich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Centro de Investigaciones jurídicas. Serie Estudios, Caracas, 2006. Cuarta Edición corregida y ampliada pp. 427-428.

de dividendos, no obstante que el balance de cierre de ejercicio económico de la sociedad muestre la existencia de ganancias líquidas y recaudadas, constituye una violación unilateral, a los derechos de los socios; lo cual implica un hecho sancionado por la Ley. Paralelamente, el profesor Melich Orsini menciona con relación a la intangibilidad del contrato, el principio de la expectativa legítima.³²

En el derecho administrativo venezolano ha tomado importancia el principio denominado principio de la confianza legítima, el cual rige las relaciones jurídicas que se establecen entre los órganos de la Administración y los particulares. De este principio dice Brewer-Carías: "...en las cuales, a estos últimos (los particulares), la conducta de aquella (la Administración) les genera una expectativa legítima y justificada de que responderá o actuará con una determinada y legítima 'prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses', situación que, por ello, y tanto por el principio de la buena fe como por el de la seguridad jurídica que rigen en la materia administrativa, requiere de protección".³³

El mencionado principio no es exclusivo el área del derecho administrativo, sino que el mismo tiene vigencia en las relaciones entre particulares. En efecto, pensamos que el mencionado principio tiene su fundamento en el contenido del art. 1160 Código Civil, cuando exige la buena fe en la ejecución de los contratos y señala que estos no solo obligan a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. En otras palabras, cuando dos o más personas celebran un contrato, cada una de ellas tiene una confianza o expectativa legítima en el sentido de que su contraparte cumplirá no solo lo expresamente estipulado contractualmente sino también todo aquello que conforme al tipo contractual celebrado, puede derivarse del contrato conforme la equidad, el uso o la Ley. Al extrapolar lo anterior al caso del contrato de sociedad, consideramos que al constituir una sociedad mercantil, todos los socios tienen una confianza o expectativa legítima de que se van a distribuir como dividendos periódicos las utilidades líquidas y recaudadas que se originen por el cumplimiento del objeto social. En este punto, nuestra opinión encuentra eco en la del tratadista español Rodrigo Uría, quien al respecto afirma: "La sociedad puede constituir reservas voluntarias sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio, e incluso podrá suspender totalmente el reparto de dividendos si las necesidades de la empresa así lo exigen; pero no podrá negarse sistemáticamente a repartir las ganancias arrojadas por los balances, porque

³² Op, cit. p. 430

³³ Brewer-Carías, Ailan R.: Algunas notas sobre el principio de la confianza legítima. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/09/85.-doc-Notas-sobre-confianza-leg%C3%ADtima-1.pdf>.

ello iría contra la finalidad perseguido por los socios al constituir la sociedad”.³⁴ La opinión aquí sostenida coincide con otras opiniones respetables. En este sentido: Miguel Macarena Lápido y Miguel Casanova Requena Muxi asientan: “El derecho a percibir utilidades es considerado la causa esencial del contrato de sociedad...”³⁵

4.3. Refutación de la posición que niega el derecho a recibir dividendos en forma periódica

Hemos visto que parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, niega que el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos derivados de las ganancias de la empresa, aun cuando tales ganancias resulten en “utilidades líquidas y recaudadas” como dispone el art. 307 Código de Comercio. Tal afirmación tiene, como hemos adelantado, dos fundamentos diferentes: por un lado, el silencio de la Ley; esto es, la no existencia de una norma legal expresa que establezca el derecho del socio a la recepción de dividendos periódicos. El segundo argumento de la opinión que niega el derecho se fundamenta en los poderes de la asamblea de accionistas cuyas decisiones son calificadas de “soberanas” y en las cuales rige el principio democrático de la mayoría.

La doctrina patria que niega el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos (Morles), pretende asimilar el régimen venezolano de distribución de utilidades al de los llamados derechos europeos continentales (de los cuales es paradigma el italiano); régimen que prevé:

- i. Las utilidades distribuibles se convierten en dividendos, solo si y en la medida en que la mayoría decida hacer un reparto entre los socios.
- ii. Al accionista individual no le está reconocido un derecho individual o la percepción de las utilidades del balance: cualquier decisión sobre tal punto corresponde a la asamblea en la cual se aplica el principio democrático de la mayoría.
- iii. La mayoría no está obligada a motivar la no distribución de utilidades o la distribución parcial de beneficios. Corresponde a la minoría, por la vía de la impugnación de la decisión de la asamblea, demostrar que la decisión estaba inspirada en un interés extra social de la mayoría.

³⁴ Uría, Rodrigo: Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975. Undécima Edición. P. 214. En sentido distinto: Garrigues, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil. Imprenta Silverio Aguirre Torres. Madrid, 1962, Cuarta Edición, pp. 382-383 y Chulia, F. Vicent: Compendio Criterio de Derecho, Mercantil. Cooperativa Artes Gráficas San José. Valencia, 1981, T^o I, pp. 257-258.

³⁵ Ver: <https://www.pdelc.com.uy/español/dividendos-minimo-obligatorio-y-derecho-de-receso-7?nidz338>. En el mismo sentido ver: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/reparto-de-dividendos-v-formas-de-evitar-el-derecho-de-separacion-de-los-s...> También: Miguel Camaño Árido: <https://cesabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/> También: <https://www.osborneclarke.com/es/insiaht5/el-reparto-forzoso-de-dividends-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-9203-de-11>.

- iv. La asamblea no está obligada a liberar sobre la específica destinación de las utilidades. De las utilidades obtenidas y no distribuidas disponen discrecionalmente los administradores, en ejercicio de sus funciones de gestión de la sociedad.³⁶

4.4. El silencio de la Ley

Aun cuando algunas normas del Código Civil y del Código de Comercio presuponen, a nuestro modo de ver, la distribución periódica de los beneficios en forma de dividendos (arts. 1662, 1663 y 1664 Código Civil y 213, ordinal 6º, 214, ordinal 7º y 219 CCo), no existe en el Código Civil, ni en el Código de Comercio una norma expresa que declare el derecho del socio a recibir dividendos periódicos, como si lo hace el art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES. De la omisión legal antes mencionada, la generalidad de la doctrina deduce que el socio no tiene un derecho de recibir periódicamente dividendos en repartición parcial o total de las ganancias o utilidades producidas por la compañía.

Para nosotros, como hemos avanzado, la mención a la realización de un fin económico común, contenida en la definición del contrato de sociedad descrita en el art. 1649 Código Civil y señalada como finalidad de la sociedad, en interpretación coordinada con los arts. 1662, 1663 y 1664 Código Civil y con los arts. 213, 214 y 219 Código de Comercio, resulta más que suficiente para sostener que en nuestro derecho existe un derecho del socio a recibir dividendos periódicos. A mayor abundamiento, la interpretación coordinada de las mencionadas normas legales con el contenido de los arts. 1159 (fuerza de Ley entre las partes que tiene el contrato) y 1160 Código Civil (interpretación de los contratos a los efectos de su ejecución), los cuales establecen aplicar los principios de la buena fe y obligan a cumplir no solo lo expresado en el contrato, sino además todas las consecuencias que se deriven del texto de contrato, según la equidad, el uso o la Ley, coadyuvan a apuntalar la opinión antes mencionada al afirmar que en nuestro sistema existe tal derecho. Por lo demás, consideramos también como abono en favor de esta opinión, que se trata solo de silencio legal y no de una prohibición legal; y, por otra parte, que el art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES forma parte del sistema y establece, en forma clara y expresa, el derecho del socio al cobro de dividendos periódicos para quienes lo son en sociedades que caen bajo el imperio de tal texto legal. No obstante, que es una Ley especial, debe tenerse presente que esa Ley especial es un texto cuya finalidad es tutelar la conservación de las empresas y garantizar los derechos de los socios y del público en general. Finalmente defender el derecho del socio a la distribución periódica de dividendos no se puede considerar como una

³⁶ Ver Morles Hernández, Alfredo: Obra citada, p. 467-468.

posición extraña al acontecer en el Derecho Comparado. En efecto, como reporta el profesor Morles Hernández, varias legislaciones europeas han incluido en sus Leyes el derecho antes mencionado. Igualmente debe ser recordada aquí las menciones de dicho autor, respecto al sistema del *common law* en el cual "... no se discute el derecho a las utilidades periódicas".³⁷

4.5. El supuesto carácter "soberano" de la asamblea de accionistas

La norma básica en materia de límites del poder de la asamblea es el art. 289 Código de Comercio. Esta norma dispone que sus decisiones son obligatorias para todos los accionistas, aun para quienes no hayan concurrido a la reunión; sin embargo, ella contiene una condición para la validez de las decisiones; la cual consiste en que la resolución adoptada esté dentro de los límites de sus facultades según los estatutos sociales. El artículo citado establece un límite al mentado "carácter soberano" de la asamblea. En otras palabras, la norma señala implícitamente que hay materias que están fuera de la competencia de la asamblea; materias sobre las cuales no le es dado deliberar o sobre las cuales puede deliberar bajo ciertas condiciones, y ello constituye una limitación al pretendido carácter "soberano" de la asamblea. En efecto, calificar la asamblea como "soberana", presupone determinar previamente la extensión de los derechos y facultades que confiere la acción al socio; solo precisando exactamente tales derechos y facultades, podemos determinar hasta que punto la asamblea es "soberana", o si en los tiempos actuales puede ser calificada con dicho término. Ello porque hay que observar con detenimiento el texto del art. 289 Código de Comercio debido a que el mismo contiene limitaciones al poder de la asamblea. En este sentido y en primer lugar, la asamblea debe observar los límites sobre convocatoria, quorum y mayorías necesarias previstas en los estatutos o la Ley. En segundo lugar, es posible que la asamblea no pueda deliberar ni decidir acerca de ciertas materias. El maestro Vivante expresa en relación al carácter de "soberana" atribuido a la asamblea, lo siguiente "El poder soberano de la asamblea cesa: "...Cuando se trate de derechos esenciales al contrato de sociedad: así la asamblea no podría suprimir por un voto de la mayoría el derecho de los socios a los dividendos... (omisión)..."³⁸ Cuando se trate de derechos que por una cláusula de los Estatutos no pueden ser modificados sin el consentimiento unánime del socio"³⁹ y agrega: "Es cierto que en las sociedades anónimas la escritura social puede ser modificada por la mayoría. Pero dicho derecho deriva de la primitiva unanimidad de los socios (al crear la sociedad) expresa una voluntad cualificada y querida de modo

³⁷ Morles Hernández, Alfredo: Obra citada, p. 468.

³⁸ Vivante, César: Obra citada, p.230

³⁹ Obra citada pp. 468-469.

permanente y dominante en aquella Asamblea (constitutiva)”.⁴⁰ Por otra parte, entendemos que al estipular en los estatutos sociales derechos para ciertos socios, esos derechos no pueden ser dispuestos por la asamblea no obstante pretenda aplicar el principio democrático de las mayorías. En este sentido, un ejemplo puede ser: si una estipulación estatutaria que confiere a unos socios titulares de una específica clase de acciones el derecho a designar uno o varios miembros de la Junta Directiva.

Tanto en Venezuela como en el exterior se cita el carácter “soberano” de la asamblea para atribuirle la facultad de negar el derecho del socio al dividendo aun en aquellos casos en los cuales el resultado del ejercicio económico arroje utilidades líquidas y recaudadas como exige el art. 307 de nuestro Código de Comercio. En el sentido señalado se pronuncia abundante doctrina calificada. En efecto, Vicente Chuliá expresa: “El socio no tiene derecho de crédito sobre los beneficios que el balance arroje. Su derecho de crédito nace en el instante en que la Junta fija la cuantía del dividendo”.⁴¹ No obstante, hay que tomar en consideración que los autores españoles citados manifestaron su opinión antes de la sentencia de fecha 11 de enero de 2023 dictada por el Tribunal Supremo Español, en la cual se crea doctrina judicial en sentido contrario a sus opiniones.

Hemos mencionado que el art. 289 Código de Comercio impone límites al poder de la asamblea: sus decisiones, para ser obligatorias para todos los socios, deben estar dentro de los límites de sus facultades. En otras palabras, la norma citada nos indica que la asamblea no es soberana; no ejerce una autoridad suprema e independiente, como define el Real Academia de la lengua Española, por el contrario las decisiones de la asamblea están limitadas, además de por todo aquello que haya sido establecido en los estatutos, por los derechos que hemos calificado como personalísimos o particulares o esenciales de los socios, y los cuales la asamblea no puede desconocer ni violar. César Vivante los califica de derechos individuales y al respecto expresa: “En defensa de los propios derechos individuales, es decir, los derechos que no pueden ser suprimidos o modificados por los órganos sociales (número 494) el accionista tiene una acción judicial, tanto para ser reintegrado en su función, como para pedir la indemnización cuando la reintegración no es posible”.⁴²

Los denominados derechos esenciales del socio son derechos particulares o individuales: su violación o inobservancia por parte de la asamblea, origina que él o los socios afectados por la transgresión o inobservancia, tengan derecho a reclamar judi-

⁴⁰ Vivante, César: Obra citada, pp. 263-237

⁴¹ Obra citada, tomo I, p.353. En sentido similar: Rodríguez: Derecho Mercantil, Imprenta Aguirre. Madrid, 1976, undécima edición p. 282; Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil. Mc GrauHill, Madrid, 1997, Vigésima edición p. 306.

⁴² VIVANTE, César: Obra citada, p-230.

cialmente por la acción u omisión de la asamblea. En efecto, a partir de la sentencia de fecha 30 de agosto de 2004 emitida por la SCC del Tribunal Supremo De Justicia, quedó reconocida en cabeza del socio o socios cuyos derechos sean vulnerados por la asamblea, una acción de nulidad conforme a la cual él o los afectados, pueden dirigirse al órgano jurisdiccional y accionar en contra del acuerdo para lograr una sentencia que declare la nulidad del mismo.

En resumen, de todo lo anterior, reiteramos nuestro criterio – avanzando al comienzo de este trabajo en el sentido de que consideramos que en el Derecho venezolano existen suficientes argumentos para sostener la tesis de la existencia de un derecho del socio al cobro de dividendos periódicos. Debemos aclarar del mismo modo nuestra conformidad con la opinión prevaleciente en la doctrina que sostiene que solo después de que la asamblea ha acordado el pago de dividendos, nace en cabeza de los socios un derecho de crédito exigible en contra de la compañía; no obstante, reiteramos que la asamblea está obligada a distribuir dividendos entre los socios una vez que se aprueba el balance de final de ejercicio económico y del mismo se evidencia la existencia de utilidades líquidas y recaudadas.

La opinión sostenida en este trabajo coincide con la de la profesora Carmen Galán López para el Derecho español. La profesora afirma al respecto: “El derecho a participar en las ganancias de la sociedad es un derecho abstracto que integra la posición de socio en las sociedades de capital, pues si no las sociedades serían leoninas al privar a los socios de la rentabilidad de su inversión en compensación a la aportación efectuada”. Mas adelante agrega: “...y constituye un límite a la soberanía de la junta general, que no podrá suprimir el derecho a los beneficios de un socio o grupo de socios y está obligada a un reparto anual del mismo a no ser que en los estatutos de la sociedad se haya previsto otra cosa”.⁴³ La profesora Galán López argumenta en favor de su opinión: (i) La prohibición de la sociedad leonina, (ii) cita jurisprudencia del Tribunal Supremo Español integrada por las sentencias de 30 de noviembre de 1971 y 5 de julio de 1986. Igualmente, coincidente es la opinión del profesor español Fernando Sánchez Calero; este autor se decanta por entender que el socio tiene el derecho a la repartición anual de dividendos; dejando a salvo aquellos casos en los cuales “los estatutos hayan establecido con carácter general otra cosa” y cita las sentencias del Tribunal Supremo Español de 30 de noviembre de 1971 y 5 de julio de 1986. Para Sánchez Calero, el fundamento del derecho al dividendo periódico parece ser (i) el texto de art. 48.2 de la LSA española que como primer derecho del accionista señala el de participar en el reparto de ganancias sociales y (ii) la jurisprudencia española concretada a partir de las dos sen-

⁴³ “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en Derecho de sociedades. Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2022, 4ta edición, pp 175-176.

tencias antes mencionadas.⁴⁴ Con relación al derecho comentado, el tratadista Sánchez Calero expresa: “El primero de los derechos que enuncia el art. 48.2 es el de participar en el reparto de ganancias sociales. Tal derecho debe entenderse no solo como el que tiene todo socio a que si se reparten dividendos no pueda ser excluido del reparto (art. 215), sino también como un derecho a una distribución anual de dividendos a no ser que los estatutos hayan establecido con carácter general otra cosa (v. sents. De 30 de noviembre de 1971, R. 5019, y 5 de julio de 1986, R. 4. 412)”

Aceptado el punto de que la asamblea de accionistas de las sociedades tiene un límite que no puede traspasar y negado el pretendido carácter “soberano” de dicho organismo, consideramos que debe reconocerse que no existen argumentos jurídicos determinados para negar el derecho del socio a recibir dividendos periódicos; más aún cuando el propio sistema jurídico reconoce la existencia de una acción para anular sus decisiones cuando ellas trasgreden los límites de su actuación.

5. La acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana

En un fallo de 21 de enero de 1975, se estableció por primera vez la existencia de una acción de nulidad en contra de las decisiones viciadas de la asamblea. Esta sentencia tiene la gran importancia de admitir, paralelamente de recurso de oposición previsto en el Art 290 CCo, una acción ordinaria de nulidad; sin embargo, gran parte de los problemas que se ponen de manifiesto con motivo de las decisiones viciadas de la asamblea, quedan a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia.⁴⁵

5.1. Evolución de la jurisprudencia en torno a la acción de nulidad

Antes de la sentencia n.º 992 de fecha 30 de agosto de 2004, emitida por la SCC del Tribunal Supremo De Justicia, el recurso de los accionistas afectados por una decisión de la asamblea, se circunscribía al ejercicio del procedimiento previsto en el art. 290 Código de Comercio; norma que regula una vía de reclamo contra decisiones de la asamblea “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley”. Ese remedio consiste en otorgar a los socios que se dicen afectados, un recurso de oposición ante el juez mercantil del domicilio de la sociedad. El funcionario debe oír lo que los administradores tuvieren que decir con respecto al reclamo y si encuentra que existen las faltas denunciadas, el juez “puede” (no está obligado) suspender la ejecución de las decisio-

⁴⁴ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil: Mc Graw-Hill. Madrid, 1997, Vigésima edición, p.306.

⁴⁵ Sobre el tema informa útilmente el excelente trabajo de Zubillaga, Marianela: “Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial, en Revista Venezolana de Derecho Mercantil. N.º 10,2023. pp. 207-231.

nes y ordenar la convocatoria de una nueva asamblea para decidir sobre el asunto en disputa. Si la asamblea así convocada confirma las decisiones con la mayoría y de la manera establecida en los arts. 280 y 281, la decisión sería obligatoria para todos los socios salvo que se tratase de una decisión que acordare el reintegro o el aumento del capital social, o el cambio del objeto social; casos en los cuales los socios disidentes tienen el derecho a separarse de la compañía y obtener el reembolso de sus acciones en proporción del activo social según el último balance aprobado (art. 292 Código de Comercio). Los accionistas disidentes tienen quince días contados desde la fecha de la decisión para ocurrir ante el juez mercantil y ejercer la mencionada oposición. En su oportunidad, la doctrina discutía acerca del carácter administrativo o judicial del procedimiento arriba aludido; discusión que a nuestro modo de ver ha quedado zanjada con el reconocimiento del carácter administrativo que a dicho procedimiento reconoce la SCC en su sentencia del 30 de agosto de 2004.

La sentencia arriba antes citada marcó un hito en el tema ya que reconoció que al lado del procedimiento del art. 290 Código de Comercio existe un recurso de impugnación ante el órgano jurisdiccional; esto es, una verdadera acción de nulidad que debe tramitarse haciendo uso del procedimiento ordinario. La posición antes descrita fue ratificada por la misma Sala mediante sentencia del 30 de marzo de 2005: Exp. 2008-000388, Caso: Ingsa Ingenio La Troncal, S.A. y comercializadora Don Carlos DC., C.A. contra Carlos Helímenes Sequera Añez. A partir de entonces, se reconoce carácter administrativo al procedimiento del art. 290 Código de Comercio y también la existencia de una acción de nulidad autónoma para los casos en los cuales la Asamblea viola los límites de su actuación.⁴⁶

La solución que aquí propugnamos en el sentido de reconocer un derecho del accionista al cobro periódico de dividendos; derecho que la asamblea no puede ignorar sin unas razones de peso y comprobables en el sentido de que la repartición de utilidades causaría daños económicos y financieros a la sociedad. Tal derecho es, en nuestra opinión, un derecho inderogable por la asamblea y si ésta lo viola, el socio perjudicado puede ejercer una acción judicial tendiente al reconocimiento de su derecho. Esta solución no es extraña al ordenamiento jurídico. En efecto, ya hemos visto que en el Derecho Comparado existen ejemplos de acogida, por parte de varios sistemas, del reconocimiento del derecho del socio al cobro de dividendos periódicos. Así como la costumbre establecida desde muy antiguo en los sistemas de *common law*. La incorporación en sistemas de civil *laws*, de normas expresas que lo reconocen, tales como: Alemania, Suiza, Francia, España, Italia y Portugal.⁴⁷ Por otra parte, la existencia de

46

⁴⁷ Ver Morles Hernández: Alfredo: Obra citada. p. 468.

jurisprudencia en países en los cuales para el momento de la sentencia no existía ley expresa, tales como la sentencia del 11 de enero de 2023, dictada por el Tribunal Supremo Español; ratificando la sentencia del 26 de mayo de 2005 y creando así jurisprudencia sobre el tema. Finalmente, como hemos mencionado varias veces, el art. 63 Ley De Mercado De Valores reconoce el citado derecho para las sociedades por ella reguladas. Reconocemos que esa norma legal no es una disposición general que abarque a todas las sociedades; pero, en nuestra opinión debe tomarse en consideración como un fuerte apoyo al principio del derecho del socio al dividendo periódico por cuanto la norma forma parte de un texto legal cuya *ratio* es precisamente la protección de las empresas, de los accionistas y del público en general.

La decisión del Tribunal Supremo Español antes mencionada, si bien constituye un gran paso adelante al posibilitar por vía indirecta, el cobro de dividendos periódicos, ha sido objeto de observaciones críticas, por parte de un sector de la doctrina española. Al efecto se señala que otorga un gran margen de discrecionalidad al juez que conoce de la impugnación de la decisión de la asamblea, para fijar el porcentaje de utilidad a repartir; y que tal discrecionalidad puede atentar contra la estabilidad de las empresas ya que como alguien ha observado “Las sociedades mercantiles son entidades vivas, que trabajan sobre planes de negocios y proyecciones que agradecen reglas claras cuyo seguimiento garantice la persistencia de las decisiones adaptadas por sus órganos. La incertidumbre sobre el porcentaje de beneficios que las sociedades pueden o no destinar a sus reservas, pone a su vez en duda los proyectos y riesgos que con esas reservas puedan querer asumir...”⁴⁸ Desde un punto de vista general, al aceptar la existencia de un derecho del socio al cobro de dividendos periódicos, consideramos que el corolario debería ser el reconocer la potestad del juez para, conjuntamente con la declaratoria de la nulidad del acuerdo de la asamblea, condenar al pago, sin límites, del total de las utilidades líquidas y recaudadas que hubiese sido probado en el juicio, salvo que la parte demandada hubiere alegado y probado la necesidad de reservar todo o parte de dichas utilidades para cubrir necesidades financieras de la sociedad no postergables. Esta forma de proceder es de un todo coherente con el reconocimiento de un derecho del socio a percibir dividendos periódicos. Por lo demás, pensamos que el proceder indicado no atenta contra el principio de conservación de la empresa ya que, como quedó señalado, en la contestación de la demanda la sociedad, si es el caso, puede oponerse a la distribución del total o de parte considerable de las ganancias existentes, alegando y probando necesidades económicas o financieras de la sociedad. Con relación a la posibilidad de impugnación de acuerdos de la asamblea, la profesora Isabel Fernández Torres se pro-

⁴⁸ Ver: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/el-reparto-forzoso-de-dividendos-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-92023-de-11>

nuncia para el derecho español (a propósito de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo Español), en la forma siguiente: “El régimen de impugnación de acuerdos constituye la pieza cardinal de las garantías a favor de los socios minoritarios, del interés de la sociedad y de la legalidad de los acuerdos al mismo tiempo que se constituye en un límite eficaz para frenar eventuales abusos de poder”.⁴⁹ Es interesante señalar que varios comentaristas de la sentencia del Tribunal Supremo Español destacan que la condena al pago de dividendos es justificada por el TS señalando que: “En casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal se limitara a estimar la impugnación y a dejar sin efecto el acuerdo”.⁵⁰ Ese mismo principio de la tutela judicial efectiva está contenido en el artículo 26 de nuestra Constitución.

5.2. Características de la acción de nulidad

En el tema que nos ocupa, la acción es una acción de condena que tiene por finalidad que se declare nula la decisión de la asamblea que niega el derecho del socio al dividendo o que ha omitido distribuir dividendos, cuando se aprueba el Balance y existen utilidades líquidas y recaudadas sin que existan pérdidas de ejercicios anteriores que deban ser conjugadas con todo a parte de las utilidades del ejercicio de que se trate. La acción mencionada también sería procedente en aquellos casos en los cuales una minoría de socios que conforman el porcentaje sobre el capital social previsto en el art. 278 Código de Comercio solicite la convocatoria de la asamblea para distribución de dividendos y en la reunión derivada de tal convocatoria, la asamblea niegue la solicitud presentada por los socios minoritarios.

Es necesario destacar aquí que parte considerable de la doctrina distingue entre las deliberaciones nulas de la asamblea y las deliberaciones nulas y anulables y menciona como ejemplos de las primeras “...graves vicios de forma de la deliberación, sea por contrariar éstas las buenas costumbres, sea por violación de disposiciones legales que tienden de una manera principal a la protección de intereses que trasciendan a los accionistas actuales”. Y entiende como deliberaciones anulables aquellas que simplemente violan los estatutos o textos legales destinados a proteger a los accionistas actuales.⁵¹ No obstante, la tendencia actual, por lo menos en lo que se refiere a impugnaciones de decisiones de la asamblea de accionistas o junta general, es eliminar tal

⁴⁹ “Sociedades de capital (IV): órganos (1) la Junta General” en Derecho de Sociedades, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2022. Cuarta edición. pp. 240-241.

⁵⁰ Ver: Camaño Árido, Miguel: “A propósito del reparto forzoso de dividendos”. <https://www.esabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/>. Soria, Adolfo: “Reparto forzoso del dividendo a los socios”. <https://www.bdo.es/es-es/blogs/coordenadas-bdo/mayo-2023/reparto-forzoso-de-dividendos-a-los-socios>.

⁵¹ Ver Goldschmidt, Roberto: Nuevos Estudios... p. 192.

diferenciación. En efecto, la profesora Isabel Fernández Torres expone con relación a la distinción antes mencionada: “El régimen de impugnación ha sido objeto de una profunda revisión en la Ley 31/2014 que introduce novedades importantes. En primer lugar, acaba con la tradicional distribución entre acuerdos nulos y anulables fundada en la distinta gravedad de los acuerdos, considerando que todos los supuestos son igualmente reprobables”.⁵²

El reconocimiento de una acción de nulidad en contra de las decisiones viciadas de la asamblea de accionistas, establecido en nuestro país a partir de la sentencia de la CSJ del 21 de enero de 1975, dota a los accionistas cuyo derecho ha sido vulnerado injustamente por la mayoría en la asamblea, de un remedio oportuno y eficaz tendente al restablecimiento del derecho vulnerado; remedio que antes de la mencionada fecha no existía debido a la generalizada interpretación del art. 290 Código de Comercio era la única vía con al cual contaba la víctima que veía lesionado su derecho. La acción permite al juez declarar la nulidad de la decisión viciada de la asamblea con efectos *ex tunc* y además condenar a la sociedad al pago de los dividendos no distribuidos. En este sentido, el tratadista español Jesús Alfaro opina que el ejercicio de la acción de nulidad supone “...el ejercicio de un derecho potestativo extintivo o negativo que provoca la nulidad del acuerdo con efectos retroactivos (desde que se adoptó), es decir, como si el acuerdo no hubiere existido”.⁵³ La doctrina española afirma que la acción de impugnación “...constituye un remedio que el legislador pone a disposición del socio para reaccionar frente al incumplimiento del contrato de sociedad”.⁵⁴

5.3. Legitimados activos y pasivos

Conforme a la concepción clásica, la asamblea regularmente constituida es considerada como la representación de la universalidad de los socios; es decir, como la integración de la sociedad;⁵⁵ concepción que en la opinión del maestro Goldschmidt, “... se reflejó en la mayor parte de los códigos, resulta, incluso sociológicamente, la más natural respecto a las pequeñas y medianas sociedades que, en los países latinoamericanos, constituyen la regla”.⁵⁶ Los legitimados activos son el o los socios cuyo derecho al dividendo ha sido vulnerado por la decisión de la asamblea cuya nulidad es solicitada. La doctrina española afirma que “...el socio que impugna el acuerdo actúa en interés

⁵² Obra citada, p. 241.

⁵³ Alfaro, Jesús: “La impugnación de acuerdos” en la Junta General de las Sociedades de capital. Comentaría los artículos 159 a 208 LSC. Civitas Thomson Reuters. Editorial Arauzadi, S.A.U. Pamplona, 2022, p. 731.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ver Goldschmidt, Roberto: Nuevos Estudios de Derecho Comparado. Publicaciones de al Facultad de Derecho, UCV. Imprenta Universitaria, Caracas, 1962, p. 187.

⁵⁶ *Ibidem*.

de todos los socios en la defensa del contrato de sociedad”.⁵⁷ El legitimado pasivo es la sociedad cuya asamblea acordó la decisión cuestionada.⁵⁸ Se puede plantear la duda acerca de si pueden intervenir como parte actora los socios que votaron a favor de la decisión de la asamblea cuya nulidad se solicita y aquellos que no asistieron a la reunión de la asamblea. La respuesta debe ser afirmativa por cuanto la decisión debe ser igual para todos los socios; además, si se anula el acuerdo quedan eliminados todos aquellos hechos que ocurrieron en la asamblea involucrados a la decisión anulada. La doctrina española, siguiendo decisiones jurisprudenciales, señala que “no se hallan en situación de litisconsorcio pasivo respecto a la compañía, ni los socios que hubieren votado a favor ni los administradores que hubieren promovido la adopción del acuerdo impugnado”.

Cuando hay varios socios afectados, ellos pueden ejercer sus derechos a través de una demanda única. Si por el contrario son varios los afectados que accionaren por separado, el juez deberá proceder a acordar la acumulación de autos en los términos de los arts. 78, 79 y 81 del Código de Procedimiento Civil. Como señala el Profesor Rengel Romberg, el fenómeno conocido como “acumulación de autos o procesos”, es algo que supera la consideración material utilizada por la Ley para denominar la figura; en efecto, se trata de reunir procesos que se estaban tramitando separadamente, con lo cual quedan acumuladas en un único juicio las pretensiones que se estaban tramitando separadamente como juicios autónomos. Con la acumulación los diversos procesos se forma un solo juicio con pluralidad de objetos, unificados en una sola relación procesal. Otra característica es que los procesos acumulados son decididos en una sola sentencia que los resuelve a todos evitando la existencia de fallos contradictorios. Finalmente, el citado autor expresa que: la acumulación presupone “...la existencia de dos o más juicios, en el sentido de controversias con respecto a las cuales ha de recaer una decisión”.⁵⁹

El artículo 206 del texto refundido de la Ley española de sociedades de capital establece como legitimados activos: cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieren adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo; siempre que individualmente o en conjunto representen por lo menos el uno por ciento del capital. La misma norma en su numeral 2 dispone que en el caso de los acuerdos que sean contrarios al orden público está legitimado cualquier socio aun cuando hubiere adquirido la condición de socio después del acuerdo. Igual-

⁵⁷ Alfaro, Jesús: “Capítulo IX. La impugnación de acuerdos “en La Junta General de las sociedades de capital. Civitas Thomson Reuters. Editorial Aranzandi, S.A.U. Buiplona 2023, p. 737.

⁵⁸ En sentido similar: Vivante, César: Obra citada, 485 bis, p.230.

⁵⁹ Rengel-Romberg, Aristides: Tratado de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código 1987. Talleres Autolitho C.A., Caracas, 2004. Décima primera edición, T° II, pp. 130-131.

mente, el numeral 4 del mismo artículo establece que los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para sostener su validez.

5.4. Alegatos de la parte actora

La parte actora debe alegar su condición de socio de la demandada y narrar en la demanda los hechos en los cuales se fundamenta la demanda (descripción de todos los pormenores relacionados con la decisión cuya nulidad solicita), y, fundamentalmente, señalar como Petitorio la nulidad de la decisión de la asamblea y el pago de la porción de las utilidades que solicita sean repartidas entre todos los socios.⁶⁰

Con relación al monto que debe contener el petitorio, consideramos que por cuanto está solicitando el pago del derecho al dividendo periódico que le fue violado, resulta congruente que el actor solicite la repartición de la totalidad de las utilidades líquidas y recaudadas que estén en el balance, para ser distribuidas entre todos los socios en proporción a sus porcentajes en el capital social; lógicamente del reparto se beneficiarán tanto los socios que votaron a favor del acuerdo anulado, como aquellos que no votaron: la actuación u omisión que al respecto tuvieron en la reunión de la asamblea cuya resolución fue anulada, queda eliminada por efectos de la decisión del órgano jurisdiccional al declarar la nulidad. Para intentar rebajar la cantidad solicitada en la demanda, la parte demandada debe alegar y probar en juicio que la distribución de las utilidades solicitada por la parte actora, perjudica económicamente o financieramente a la sociedad. El juez decidirá de acuerdo a lo que, en definitiva resulta alegado y probado en autos.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de enero de 2023, varias veces mencionada a lo largo de este trabajo sentó varios principios importantes en relación al reparto periódico de dividendos; a saber: (i) definitivamente convirtió el derecho del socio a recibir dividendos periódicos en un derecho no vulnerable por la mayoría en la junta general; (ii) estableció dos remedios: el derecho de separación previsto en el art. 348 bis de la LSC no es el único recurso que tienen los socios minoritarios ante un reiterado no reparto de dividendos. Ahora, además del derecho de separación, tienen la acción de nulidad del acuerdo de la Junta General y la posibilidad de solicitar al juez que condene a la sociedad al reparto de dividendos. Con relación a este último punto, el

⁶⁰ El mercantilista español: Joaquín Garrigues y los tratadistas citados a continuación, son de la opinión de que la acción debe ser ejercida contra la sociedad como legitimado pasivo. Curso de Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, Tomo I, p. 514; Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1981, Cuarta edición, p. 251; Quiñones Robles, Antonio y Díaz Sante, Carlos: Procedimiento de Impugnación de los Acuerdos Sociales en las Sociedades Anónimas. Industrias Gráficas de España, S.L., Madrid, 1959, p. 25; En el mismo sentido Zerpa, Levis Ignacio: La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima, p. 144.

Tribunal Supremo Español dejó en manos de los jueces la fijación del monto que debe ser repartido como dividendos en caso de que sea declarada con lugar la nulidad. Tal margen de discrecionalidad dejado en manos de los jueces, ha sido objeto de críticas razonables por parte de comentaristas españoles de la sentencia mencionada. En esa línea se encuentra Miguel Camaño Árido, quien al respecto afirma: “En esta sentencia, el Tribunal viene a consolidar una línea que permite un margen de discrecionalidad del juzgador a la hora de fijar el porcentaje de reparto... (omissis). Se trata de una conclusión no exenta de polémica”.⁶¹ En sentido bastante similar se pronuncia Jorge Ossio Gargurevich, quien comenta la Ley General de Sociedades vigente en Perú y se decanta por el establecimiento legislativo de porcentajes a repartir y al efecto afirma: “En mi concepto, no deberíamos persistir en una norma que es ciega sobre el derecho que concede a los accionistas minoritarios, aun en situaciones que pudieran comprometer la propia estabilidad financiera de la sociedad”.⁶² Ossio cita en apoyo a su posición varias legislaciones latinoamericanas que fijan un monto mínimo de dividendos distribuible: art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile, la cual señala el 30%; el art. 320 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina con el 20% a menos que una mayoría del 75% del capital social resuelva en otro sentido; la Ley de Sociedades Anónimas de Brasil que fija el 25% y la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana (art. 105) que fija el 5% del valor nominal de las acciones. En realidad, en esta materia hay legítimos derechos igualmente respetables y por ello se debe dejar un sano margen para la ponderación de los intereses en disputa. La clave de la ponderación debe fijarse en mantener la salud financiera de la empresa a fin de que por el pago de dividendos no se ponga en riesgo la continuidad del negocio; en otras palabras, debe atenderse siempre al principio de conservación de la empresa y permitir que en los caso de demandas de nulidad de acuerdos de la asamblea de accionistas, el alegato y prueba de grave peligro para la sociedad al considerar su situación financiera, se eliminen transitoriamente, reduzcan o difieran los porcentajes a pagar en concepto de dividendos. Como acertadamente señala Oscar López de Foronda Pérez: “...básicamente la importancia del problema radica en averiguar cuál es el nivel de reparto de dividendos que permita alcanzar un equilibrio entre los recursos internos que la empresa necesita para financiar parte de sus inversiones y los intereses de los accionistas”.⁶³

⁶¹ Camaño Anido, Miguel: “EL reparto forzoso de dividendos a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo 9/2023 de 11 de enero. Ver <https://ccsabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/>

⁶² Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el artículo 231 de la Ley General de Sociedades” Ver: <https://revistas.pucp.edu.pe/view>.

⁶³ López de Foronda Pérez, Oscar: La política de dividendos de las empresas de Estados Unidos y Europa desde perspectiva financiera e institucional. Fundación de estudios financieros. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006. p. 23.

5.5. Pruebas de la parte actora

La actora tiene la carga de la prueba de su carácter de socio y de la existencia de la resolución de la asamblea cuya nulidad solicita; el balance aprobado del cual se evidencia utilidades líquidas y recaudadas (puede señalarse el rubro del balance: “Ganancias después de impuestos”). En caso de que la demandada alegue que no hay utilidades “líquidas y recaudadas”, o que existen motivos económicos financieros de tal entidad que justifican el no pago de dividendos, correrá con la carga de probar los hechos alegados (art. 1354 Código Civil).

5.6. El tiempo útil para ejercer la acción de nulidad

En un principio, nuestra doctrina discutió acerca del plazo de prescripción de la acción ordinaria de nulidad en materia de decisiones viciadas de la asamblea. En este sentido existe, una sentencia que señala el término de prescripción en cinco años por aplicación de lo previsto en el Art 1.346 Código Civil;⁶⁴ sentencia que fue ratificada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia.⁶⁵ No obstante, el profesor Melich Orsini manifiesta que la prescripción quinquenal prevista en el Art 1.346 Código Civil, se reduce al ámbito de las nulidades relativas y que para las nulidades absolutas rige la prescripción decenal consagrada en el Art 1.977 *eiusdem* para las acciones personales.⁶⁶ No obstante, debido a la necesidad de consolidar lo más rápidamente posible las decisiones de la asamblea, resulta conveniente, establecer un lapso de prescripción breve o tal vez un lapso de caducidad. Esta posición sostenida por nosotros desde hace mucho tiempo, fue acogida por nuestro derecho positivo en el año 2006 al ser promulgada la Ley de Registro Público y del Notariado (Art 59); luego modificada por la LRN (Art 56). La discusión parece zanjada por el art. 56 de la Ley de Registros y Notarías (GO n.º 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021). Dicha norma considera que el plazo no es de prescripción sino de caducidad, expresando que “la acción se extingue al vencimiento del lapso de un año contado a partir de la publicación del acto inscrito. En otras palabras, la inscripción del acto anulable en el Registro Mercantil competente da lugar al comienzo del lapso de caducidad.

Consideramos muy acertado haber escogido la vía de la caducidad en lugar de la prescripción de la acción por cuanto esta fórmula coadyuva a que la situación anómala derivada del acuerdo impugnado sea resuelta lo antes posible en obsequio de la exigencia de seguridad jurídica que es propia del tráfico societario. La vía de la caducidad

⁶⁴ Ver JTR, Tomo VI, Vol. 2, p. 577.

⁶⁵ Ver: Fallo del 14/3/2000 en R&G. Tomo CLXXIII, marzo 2000. N° 508-00, pp. 526-527.

⁶⁶ Melich Orsini, José: Op. cit., pp. 367-369.

disminuye el plazo de incertidumbre a que pueden estar expuestos los terceros que se relacionan con la sociedad; y en este sentido, cualquier discrepancia que ponga en duda la legalidad o validez de un acuerdo adoptado por la asamblea de accionistas, llegando al punto de originar un juicio cuyo objetivo es lograr la declaración judicial de la nulidad del acuerdo, constituye una situación que atenta gravemente contra el buen tráfico de las sociedades. Por tal motivo, es imprescindible que al diferencia o conflicto que existiere sea resuelto lo antes posible.

Para la doctrina española, el someter el ejercicio de la acción de nulidad a un plazo de caducidad, tiene como fundamento técnico el hecho de que el derecho a ejercer la acción de nulidad "...pertenece a la categoría de los derechos potestativos de duración limitada..."⁶⁷

CONCLUSIONES

- i. El socio de una sociedad tiene un derecho a obtener dividendos en cada ejercicio económico de la sociedad, cuando los Estados Financieros de la Sociedad reflejen ganancias o utilidades y el monto correspondiente se encuentra líquido y recaudados como prescribe el art. 307 Código de Comercio
- ii. El mencionado derecho al dividendo no puede ser violado por la asamblea de accionistas
- iii. Es necesario para establecer el monto y la forma de pago del dividendo, una decisión de la asamblea de accionistas.
- iv. En caso de violación del derecho al dividendo, el o los socios afectados tienen a su disposición una acción judicial para lograr reestablecer su derecho. Acción reconocida en nuestra jurisprudencia desde el año 1975.
- v. No obstante lo expuesto, resulta conveniente, al redactar el documento constitutivo y los estatutos de las sociedades, establecer claramente el derecho del socio al dividendo periódico y el porcentaje de la utilidad a repartir, así como los casos en los cuales la asamblea puede omitir o rebajar el monto de los dividendos a repartir y la mayoría calificada para decidir acerca de la omisión o rebaja. Igualmente, es prudente señalar en el Balance y los Estados de ganancias y Pérdidas, todas aquellas previsiones que los mismos deben contener a fin de que los socios queden lo mejor informados posible del monto de las utilidades que pueden ser distribuidas.

⁶⁷ Massaguer, José "La impugnación de acuerdos "en la Junta General de las sociedades de capital Thomson Reuters Civitas. Editorial Aranzadi, S.A.U. Navarra, 2022, p. 803.

-
- vi. Es conveniente y necesario proceder cuanto antes a legislar sobre el derecho al dividendo partiendo de la base del art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES y determinar los casos en las cuales es posible para la Asamblea, negar el reparto de utilidades para destinar las cantidades correspondientes a cubrir otras necesidades de la sociedad.
- vii. Es conveniente y urgente legislar sobre las cuentas anuales que conforme a los arts.32 a 44 deben llevar los comerciantes y, en particular las compañías de comercio. En efecto las normas antes mencionadas son demasiado escuetas y como documentos que deben reflejar las operaciones de la sociedad al cierre de su ejercicio y comprobar la marcha de las cuentas de la sociedad, y que las mismas muestren la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad en el ejercicio de que se trata. En general, las cuentas anuales deben comprender: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria de estos documentos han de unirse al informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado. Por cuanto nuestro Código de Comercio es excesivamente escueto en la materia, para estipular sobre los mencionados documentos se puede partir del texto de las Normas para la elaboración de los estados financieros de las entidades regidas por la Ley de Mercado de Valores; también puede encontrarse inspiración en el texto de la Cuarta Directiva 78/660/CCE, de 25 de junio, relativa a las cuentas anuales, y las modificaciones sufridas por dicha Directiva y la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC). Tal vez, para hacer más rápida la adaptación se puede poner en vigencia una reforma de la Resolución n.º 019, mediante la cual se establecen los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías (GO n.º 40.332 del 13 de enero de 2014). Los ajustes correspondientes podrían hacerse en los arts.12 y 13.
- viii. Resulta aconsejable incluir en los estatutos una cláusula de compromiso arbitral con arbitraje institucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Lepervanche, Luisa Teresa: La sociedad anónima. Vadedell hermanos Editores. Valencia-Caracas, Mayo, 1996, Tercera edición.
- Alfaro, Jesús: “La impugnación de acuerdos en la Junta General de las Sociedades de capital. Comentario a los artículos 159 a 208 LSC”. Civitas Thomson Reuters. Editorial Ararzadi, S.A.U. Pamplona, 2022.

- Arismendi, José Loreto y Arismendi (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y mercantiles. Talleres tipográficos de Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. Tercera Edición,
- Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid 1974, Segunda Edición.
- Chulia, F. Vicent: Compendio Crítico de Derecho, Mercantil. Cooperativa Artes Gráficas San José. Valencia, 1981, T° I.
- De la Fuente, Juan: “El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después”. *Economist Jurist*, 8 de febrero de 2023. (Énfasis añadido). Ibañez García, Isaac: “Amicus Curiae”
- Fernández Torres, Isabel: “Sociedades de capital (IV): órganos (1) la Junta General” en *Derecho de Sociedades*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022. Cuarta edición.
- Galán López, Carmen: “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en *Derecho de sociedades*. Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2022. Cuarta Edición.
- Galgano, Francesco: *Derecho Comercial*, Vol. II. Sociedades. Editorial Temis. Bogotá, 1999.
- Garrigues, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Silverio Aguirre Torres. Madrid, 1962, Cuarta Edición.
- Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*. Editor venezolano, S.R.L. Caracas, 1979. edición actualizada por el profesor Víctor Pulido Méndez.
- Goldschmidt, Roberto: *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCV. Imprenta Universitaria, Caracas, 1962.
- G.O. N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.
- Instituto Nacional de Contadores Públicos. Colombia. <https://incp.org.co/como-se-define-el-concepto-de-utilidad-liquida/>
- JTR, Tomo VI, Vol. 2.
- MELICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*, 4ta edición corregida y ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61. Caracas, 2006.
- Morles Hernández, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. UCAB, Colección Cátedra, Caracas, 2017, T° II.
- Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el art. 231 de la Ley General de Sociedades”. Editorial THEMIS-Revista de Derecho. [https://revistas.pucp.edu.pe>view. https://www.pdelc.com.uy/español/dividendo mínimoobligatorio-y-derecho-dereceso-7?nidz338](https://revistas.pucp.edu.pe/view.https://www.pdelc.com.uy/español/dividendo_mínimoobligatorio-y-derecho-dereceso-7?nidz338).
- Quiñones Robles, Antonio y Díaz Sante, Carlos: *Procedimiento de Impugnación de los Acuerdos Sociales en las Sociedades Anónimas*. Industrias Gráficas de España, S.L., Madrid, 1959.

Rengel-Romberg, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código 1987. Talleres Autolitho C.A., Caracas, 2004. Décima primera edición, Tº II.

R&G. Tomo CLXXIII, marzo 2000. Nº 508-00, fallo del 14/3/2000.

Sánchez Calero, Fernando y Sánchez Calero Guilarte, Juan: Instituciones de Derecho Mercantil, Vol. I. Thomson Aranzadi. Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2008. 319 edición.

Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil. McGraw-Hill. Madrid, 1997.

Uría, Rodrigo: Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975. Undécima Edición.

Vivante, César: Tratado de Derecho Mercantil, Vol. II. Primera Edición. Editorial Reus, Madrid, 1932.

Zerpa Levis, Ignacio: La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima. Gráficas Ideograf, C.A. para UCV. Caracas, 1989. Segunda Edición.

La transmisión de acciones mortis causa

Nayibe Chacón Gómez*
Diego Thomás Castagnino**
Daniel Pérez Pereda***
Wilfredo Monsalve García****

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 61-96

Resumen: El accionista es sujeto de un complejo entramado de relaciones jurídicas. Los efectos de su muerte representan uno de los problemas prácticos más frecuentes que enfrentan los profesionales del Derecho. Sin embargo, el legislador comercial venezolano no reguló de forma detallada la transmisión de acciones mortis causa. El artículo 296 del Código de Comercio es la única norma al respecto y su interpretación ha generado un importante debate doctrinal y jurisprudencial. De allí nuestro interés en formular algunas reflexiones sobre este tema en el que parecen desdibujarse las fronteras entre el Derecho mercantil y el Derecho sucesoral.

Palabras clave: Derecho societario; acciones; sucesiones.

Transfer of shares by mortis causa

Abstract: *The shareholder is the subject of a complex network of legal relationships. The effects of their death represent one of the most common practical problems faced by legal professionals. However, the Venezuelan commercial legislator did not regulate in detail the transmission of shares mortis causa. Article 296 of the Commercial Code is the only rule in this regard and its interpretation has generated an important doctrinal and jurisprudential debate. Hence our interest in formulating some reflections on this topic in which the boundaries between commercial law and succession law seem to blur.*

Keywords: *Corporate Law; shares; successions.*

Recibido: 15/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Abogada, UCV. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Doctora en Ciencias Mención Derecho, UCV. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de SOVEDEM. Electa Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 19 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado, UCAB. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil en pregrado, UCV. Profesor de Mercantil Profundizado I y Arbitraje Comercial, Especialización en Derecho Mercantil, Postgrado, UCV. Profesor de Contratación Mercantil, Especialización en Derecho Mercantil, Postgrado, UCAB. Arbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la AVA.

*** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y del Doctorado en Derecho, UCAB. Profesor de la UCV y de la UCAB. Miembro Fundador y Director de SOVEDEM.

**** 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 del Consejo Directivo de la AVA.

La transmisión de acciones mortis causa

Nayibe Chacón Gómez*
Diego Thomás Castagnino**
Daniel Pérez Pereda***
Wilfredo Monsalve García****

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 61-96

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Punto previo: el silencio del legislador comercial respecto a cuestiones sucesorales. 2. Designación del representante de la sucesión. 2.1. Problemas asociados a la falta de designación del representante de los herederos del accionista fallecido. 2.1.1. Un caso paradigmático. 2.2. Sobre el uso del arbitraje societario. 2.3. ¿Qué ocurre con el cargo que ostentaba el accionista fallecido en la junta directiva? 3. Informar el fallecimiento a la sociedad. 3.1. Documentación necesaria para la actualización del cambio de propiedad de las acciones. 4. Actualización del libro de accionista. 5. Formalidad de registro en materia de transmisión de acciones: jurisprudencia y doctrina. 5.1. Inscripción de actas de asamblea en las que participaron los herederos. 6. Respeto a los derechos del accionista.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

El accionista surge en el contexto de un contrato social que crea la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones. Se conforma así un entramado de relaciones jurídicas entre el accionista y la sociedad en que participa, pero también entre el accionista y los demás accionistas de la misma empresa.

* Abogada, UCV. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Doctora en Ciencias Mención Derecho, UCV. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de SOVEDEM. Electa Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 19 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado, UCAB. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil en pregrado, UCV. Profesor de Mercantil Profundizado I y Arbitraje Comercial, Especialización en Derecho Mercantil, Postgrado, UCV. Profesor de Contratación Mercantil, Especialización en Derecho Mercantil, Postgrado, UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la AVA.

*** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, UCV. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y del Doctorado en Derecho, UCAB. Profesor de la UCV y de la UCAB. Miembro Fundador y Director de SOVEDEM.

**** 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 del Consejo Directivo de la AVA.

El accionista, al igual que el resto de los seres humanos, no escapa de un hecho jurídico de interés primordial para el legislador, esto es, la muerte, que constituye en el presente “la única causa de finiquito de la personalidad”¹. De manera que con la muerte se extingue la potestad de las personas de ser titulares de derechos y deberes, lo que en el caso de accionista tendrá un efecto notable respecto de todas las relaciones jurídicas derivadas de esa cualidad.

La muerte del accionista genera efectos y obligaciones tanto para la sociedad como para los herederos, administradores, comisarios y demás accionistas. En Venezuela la única norma que regula la situación es la segunda parte del artículo 296 del Código de Comercio, el cual no ha sido objeto de un estudio profundo por parte de la doctrina patria y ha sido poco tratado a nivel jurisprudencial. Considerando que en la práctica jurídica hemos detectado interpretaciones erróneas respecto al alcance de dicha norma, creemos necesario hacer algunas precisiones que puedan servir de punto de partida para futuras investigaciones.

La relevancia del tema radica en el hecho de que ser accionista implica ser el titular de un “conjunto de derechos”², los cuales son susceptibles de clasificación con arreglo a las normas especiales, pudiendo ser agrupados en derechos societarios, económicos y políticos³. De modo que con ocasión de la muerte del accionista, debemos precisar que ocurrirá con cada uno de estos derechos.

Los derechos societarios del accionista comprenden su facultad “de inspeccionar el libro de accionistas y el libro de actas de la asamblea (art. 261); de examinar el balance de los administradores y el informe de los comisarios (art. 306) y a pedir copia de ambos documentos (art. 284); de examinar en la sede social —15 días antes de la asamblea— el inventario y la lista de accionistas (art. 284); de denunciar ante los comisarios los hechos censurables de los administradores (art. 310); y aún de denunciar las graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y la falta de vigilancia de los comisarios, en conjunto de socios que represente un quinto del capital social (art. 291)”⁴.

¹ Edison Lucio Varela Cáceres, *Lecciones de Derecho Civil I Personas* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019): 239. En el mismo sentido ver: Gonzalo Parra-Aranguren, “La existencia y la desaparición de las personas físicas en el derecho internacional privado venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 69 (1988): 27.

² Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello – Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), 497.

³ *Ibid.*, 544. Las ideas citadas forman parte de las notas de reactualización del Capítulo XXI de la obra citada del Dr. Goldschmidt.

⁴ *Ídem.*

Los derechos económicos del accionista se sintetizan en “el derecho al dividendo (art. 307); y a la cuota de liquidación de la sociedad (art. 350, n. 4); y al reembolso de sus acciones en proporción al activo social cuando la ley autoriza su separación de la compañía (art. 282)”⁵.

Finalmente, entre los derechos políticos del accionista se encuentra el ser convocado a la asamblea, aparejado al deber correlativo de asistir a la misma y cumplir sus decisiones (artículos 272 y 289 del Código de Comercio), excepto el derecho a su separación si procediere (artículo 282 *eiusdem*). Además, el accionista está facultado para participar en las deliberaciones y ejercer el derecho al voto⁶.

A partir de la muerte del accionista surgen varias inquietudes debido al silencio del legislador comercial venezolano. Como indicamos, sólo una norma brinda luces sobre este particular. El artículo 296 del Código de Comercio establece que:

La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados.

En caso de muerte del accionista, y no formulándose oposición, bastará para obtener la declaración del cambio de propiedad en el libro respectivo y en los títulos de las acciones, la presentación de estos títulos, de la partida de defunción y, si la compañía lo exige, un justificativo declarado bastante por el Tribunal de 1º Instancia en lo Civil, para comprobar la cualidad de heredero.

La primera parte de dicho artículo ha sido objeto de amplio debate, especialmente en lo que respecta al perfeccionamiento de la cesión de las acciones nominativas. El criterio actualmente vigente y apoyado por la jurisprudencia⁷ —la cual reseñaremos más adelante— consiste en que estas acciones se transfieren entre las partes por el simple consentimiento, pero para que la transferencia tenga efecto frente a la sociedad y los terceros, la cesión debe hacerse en los libros de la sociedad mediante una declaración firmada por el cedente y el cesionario o por sus apoderados⁸.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

⁷ Para una referencia completa sobre jurisprudencia venezolana en materia mercantil, ver en general: Diego Castagnino, *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil (2000-2020)* (Caracas: Abediciones - IJ-UCAB - SO-VEDEM, 2021).

⁸ *Ibid.*, 498. En sentido similar ver: Pedro Pineda León, *Principios de Derecho Mercantil* (Mérida: Talleres Gráficos Universitarios, 1964), 418. Pineda León afirma que: “Para que la cesión de acciones nominativas surta efectos entre la sociedad y los terceros, se registra en los libros de la compañía y se afirma el acto por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados. El convenio es perfecto, entre las partes, como en toda operación asimilable, desde el instante mismo en que están acordes en los elementos del negocio, pero sus efectos con respecto a terceros están supeditados al formal requisito del registro en los libros, y sólo después de lleno este formalismo la sociedad considera a la acción como salida del patrimonio del cedente...” Este criterio también es compartido por Armando Hernández-Bretón, *Código de Comercio venezolano* (Caracas: Editorial La Torre, 1968), 191. Hernández-Bretón, al referirse al artículo 296 en sus comentarios al Código de Comercio, señala: “Esta norma es de orden público. El régimen probatorio de la propiedad de las acciones no-

El referido artículo regula la transmisión de acciones tanto mediante actos inter-vivos como por mortis causa. La doctrina ha afirmado que la transmisión de acciones, como acto inter-vivos, puede tener carácter voluntario cuando es efectuada con arreglo al artículo 296 del Código de Comercio o carácter forzoso “cuando la declaración firmada en el libro de accionistas es sustituida por el registro de la sentencia que comprueba la obligación del cedente”, de conformidad con los artículos 205 y 328 literal a) *eiusdem*⁹.

Para Goldschmidt la transmisión mortis causa, objeto de este estudio, tiene lugar mediante el cambio de propiedad en el libro de accionistas y en los títulos¹⁰. Tal como lo prevé el propio artículo 296 del Código de Comercio, es posible que en ciertos casos se formule oposición al cambio de propiedad en el libro de accionistas. En estos casos, se ha señalado que “se forma un condominio sobre las acciones del de cujus hasta cuando se adjudique a los herederos las acciones o hasta cuando todos de común acuerdo las traspasen a otra persona”¹¹.

En todo caso, debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 8 del Código de Comercio: “En los casos en que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”. Lo que forzosamente nos conduce a considerar el artículo 1.161 del Código Civil, a nuestro juicio aplicable a esta materia, que establece lo siguiente:

En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho **se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado**; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado. (Resaltado añadido)

Como explicaremos más adelante, la jurisprudencia constitucional, al interpretar el artículo 296 del Código de Comercio, ha estimado oportunamente su concordancia con el precitado artículo 1.161 del Código Civil.

minativas es distinto del de las acciones al portador. Para que la transmisión del título nominativo sea eficiente en cuanto a terceros debe resultar de la declaración y firmas estampadas al pie de la anotación realizada en los libros de la Compañía no siendo necesario que resalte la causa de la transferencia...”. La misma posición que venimos comentando es asumida por Benito Sansó, “Exposición resumida sobre las disposiciones concernientes a las sociedades anónimas en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 39 (1968): 136-137. Sansó explica que “Las acciones nominativas se transfieren también en propiedad mediante el simple consentimiento, siendo necesario para que la transferencia opera frente a la sociedad y frente a los terceros que se inscriba en los libros de la sociedad la declaración correspondiente firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados”.

⁹ Roberto Goldschmidt, ob. cit., 543.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Legis, *Código de Comercio y normas complementarias*, 13ª Edición (Caracas: Legis, 2015), 182-183.

Para poder explicar el alcance del citado artículo 296, determinaremos las obligaciones que se generan tanto para la sociedad como para los herederos, así como para los administradores y comisarios, especificando el momento en el que cada una de ellas deben ser ejecutadas y bajo qué forma.

1. Punto previo: el silencio del legislador comercial respecto a cuestiones sucesorales

La transmisión de propiedad de acciones nominativas mortis causa, más allá de las referencias del artículo 296 del Código de Comercio, no está regulada por normas específicas sobre la sucesión con ocasión del fallecimiento del accionista.

En cuanto a las particularidades de la sucesión, tratándose de un tema estrictamente de Derecho civil, rigen las disposiciones de derecho común previstas en el Código Civil. Así, las cuestiones sucesorales derivadas de la muerte del accionista quedan reguladas por la institución jurídica de la sucesión que, en sentido limitado o restringido, “alude específicamente a la transmisión de las relaciones de contenido patrimonial o pecuniario del de cuius, es decir, de aquel individuo que ha fallecido”¹².

Conviene señalar que no todos los derechos son susceptibles de transmisión en virtud de una sucesión mortis causa, sino solo aquellos que lo permiten en virtud de naturaleza usualmente pecuniaria, quedando exceptuados de esta regla aquellos derechos que, pese a tener contenido patrimonial, estén vinculados con la existencia del sujeto¹³.

Deben distinguirse varios momentos clave en el proceso sucesorio, el cual conducirá, en definitiva, a la adquisición de la herencia por parte de los herederos. Así, se distinguen tres fases: (i) apertura de la sucesión, (ii) delación de la herencia y (iii) adquisición de la herencia. Sólo una vez completadas estas fases se constituirá la comunidad que ulteriormente será objeto de partición¹⁴.

La apertura de la sucesión está regulada en el artículo 993 del Código Civil, que establece lo siguiente: “La sucesión se abre en el momento de muerte y en el lugar del último domicilio del de cuius”.

¹² María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio*, 2ª Edición (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019): 51.

¹³ *Ibid.*, 53.

¹⁴ *Ibid.*, 89-90.

El proceso continúa con la delación que se define como “el llamado que se hace a raíz de la apertura de la sucesión a aquellos que tengan vocación hereditaria, para que la hagan suya”¹⁵. El presupuesto de la delación es la vocación sucesoral¹⁶, de modo que serán llamados aquellos que correspondan según el orden de suceder, previsto en los artículos 822 y siguientes del Código Civil.

Luego sigue la adquisición que se define como “el traspaso de los bienes del causante al llamado”¹⁷ y “supone la efectiva sustitución de los herederos en las relaciones del difunto, en razón de la aceptación expresa o tácita”¹⁸. La aceptación tácita solo tiene lugar “en caso de no mediar repudiación”¹⁹.

De conformidad con el artículo 996 del Código Civil el heredero tiene la facultad de aceptar la herencia: “La herencia puede aceptarse pura y simplemente o a beneficio de inventario” y cuando lo hace “simplemente ratifica la presunción de ley, confirmando la cualidad de heredero y dándole carácter irrevocable”²⁰. Sin embargo, el heredero también puede renunciar a la herencia, con arreglo al artículo 1.012 del Código Civil, que establece que: “La repudiación de la herencia debe ser expresa y constar de instrumento público”.

En materia de transmisión de acciones, una vez que se ha producido la adquisición, los herederos se subrogan en la posición ostentada por el de cujus en sus relaciones jurídicas, esto es, se hacen titulares de las acciones que le pertenecían y, en consecuencia, de los derechos y obligaciones aparejadas a éstas.

A continuación, explicaremos cómo funciona la aplicación de tales reglas del derecho común al caso específico de la muerte del accionista, a través de las obligaciones que surgen tanto para la sociedad como para los herederos.

2. Designación del representante de la sucesión

Una vez establecida la comunidad sucesoral, prosigue el tratamiento de la partición y liquidación de la herencia. Por lo que, a los efectos de la transmisión de acciones, deberá designarse a un representante de la sucesión. Especialmente porque, con la aceptación de la herencia, las acciones nominativas del de cujus se vuelven propiedad

¹⁵ *Ibíd.*, 90.

¹⁶ *Ibíd.*, 102-103.

¹⁷ *Ibíd.*, 107. Siguiendo a Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo VII (Buenos Aires: Ejea, 1956): 38.

¹⁸ *Ibíd.*, 107.

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ *Ibíd.*, 108.

de los herederos. Por lo tanto, habrá que observar el artículo 299 del Código de Comercio, que establece lo siguiente:

Si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas, la compañía no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola, que los propietarios deben designar como único dueño.

De la disposición citada se deduce que, en el caso de transmisión de acciones nominativas mortis causa, la compañía está obligada a inscribir y reconocer sólo a una persona que los herederos deben designar, provisionalmente, como único dueño. Esto sin desmedro de que, en el futuro, una vez efectuada la partición, se asigne a cada heredero el número de acciones nominativas que le corresponden individualmente.

Lo anterior es plenamente compatible con la existencia de varios herederos que, una vez que han aceptado la herencia, generan la existencia de una comunidad hereditaria pues “la cotitularidad de los bienes hereditarios recae sobre varias personas; teniendo que actuar en colectivo respecto de la disposición de los bienes o derechos en su conjunto o totalidad en tanto no opere la división”²¹. Por otra parte, cada comunero tiene plena propiedad de su cuota o porción, conforme a lo previsto en el artículo 765 del Código Civil:

Cada comunero tiene la plena propiedad de su cuota y de los provechos o frutos correspondientes. Puede enajenar, ceder o hipotecar libremente esa parte, y aun sustituir otras personas en el goce de ellas, a menos que se trate de derechos personales; pero no puede cercar fracciones determinadas del terreno común ni arrendar lotes del mismo a terceros. El efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que le toque al comunero en la partición.

En todo caso, de conformidad con el primer párrafo del artículo 760 del Código Civil, “La parte de los comuneros en la cosa común, se presume igual, mientras no se pruebe otra cosa”. Sin embargo, la disposición de los bienes que corresponden a cada heredero tiene ciertas limitaciones legales como (i) no emplearlas de modo contrario al destino fijado por el uso, (ii) no servirse de ellas en contra del interés de la comunidad, (iii) no servirse de ellas de manera que impida el ejercicio de los demás comuneros de servirse de ellas con arreglo a su derecho. (art. 761 del Código Civil).

Las decisiones de la comunidad serán adoptadas observando el principio de mayorías. En este sentido, el artículo 764 del Código Civil señala que:

Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, pero nunca para impedir la partición, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los comuneros, aun para la minoría de parecer contrario.

²¹ *Ibid.*, 631.

No hay mayoría sino cuando los votos que concurren al acuerdo representan más de la mitad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad.

Si no se forma mayoría, o si el resultado de estos acuerdos fuese gravemente perjudicial a la cosa común, la autoridad judicial puede tomar las medidas oportunas y aun nombrar, en caso necesario, un administrador.

Así, en materia de transmisión de acciones mortis causa, se entiende que la comunidad, actuando directamente según decisión adoptada por mayoría deberá designar un representante ante la sociedad, quien deberá notificar sobre la muerte del accionista al órgano administrador de la sociedad, para que se efectúe el cambio de propiedad en el libro de accionista y también en los títulos de las acciones, conforme lo establecido por artículo 296 del Código de Comercio.

La notificación antes descrita tiene la finalidad de que la sociedad reconozca al representante de los herederos, pues será él quien deberá asistir a las asambleas por los herederos del accionista fallecido, con lo cual, salvo acuerdo expreso en contrario, será a quien los administradores convocarán para la celebración de las asambleas.

2.1. Problemas asociados a la falta de designación del representante de los herederos del accionista fallecido

Cuando los herederos no logran alcanzar un acuerdo respecto a quien los representará ante la compañía, o cuando deliberadamente manifiestan su negativa a realizar la designación del representante, se generan implicaciones tanto para los herederos como para la propia compañía.

Recordemos que el giro societario continua a pesar de la muerte de uno de los accionistas, y puede que se requiera tomar decisiones en las que será necesario convocar a una asamblea ordinaria o extraordinaria, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 275 y 276 y 280 del Código de Comercio. En consecuencia, mientras la sociedad no esté informada respecto al fallecimiento del accionista y/o sobre la persona que representará a los herederos, se podrán presentar inconvenientes respecto a la convocatoria para la celebración de las asambleas y también con la determinación del quorum para la toma de decisiones.

En cuanto a los problemas relativos a la convocatoria para la celebración de las asambleas, podemos decir que estos se presentan tanto para la sociedad como para los herederos: En efecto, si la sociedad no está informada del fallecimiento del accionista o sobre quien representará a los herederos, difícilmente podrá convocarlos para las asambleas. Esta situación se agrava especialmente cuando los estatutos sociales establecen requisitos distintos a los previstos en el Código de Comercio respecto a la convocatoria.

Vale la pena destacar que la convocatoria tiene por finalidad informar a los accionistas que se celebrará una asamblea. Por ello, la convocatoria debe realizarse de tal forma que permita a los accionistas conocer las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se celebrará la reunión en la cual se deliberarán y decidirán asuntos específicos.

De allí que la jurisprudencia²² ha señalado que la convocatoria debe garantizar que los accionistas tengan la información necesaria para que asistan y preparen sus observaciones respecto a los asuntos que se tratarán y puedan ejercer sus derechos. Por lo tanto, la forma y el contenido de la convocatoria debe ser apta para cumplir con tal finalidad.

Lo cierto es que existe la posibilidad de que los herederos no sean informados de la celebración de la asamblea y esto contraviene el derecho que tienen, como accionista subrogado, de ser convocados a la asamblea. Como consecuencia, en estos supuestos, los accionistas también se ven impedidos de poder cumplir con su deber de concurrir a la asamblea, a tenor de lo dispuesto en el artículo 272 del Código de Comercio, a través del representante que designen para tal fin.

La falta de designación del representante de los herederos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 296 y 299 del Código de Comercio, puede generar serios problemas para la sociedad en sí y para los otros accionistas. En efecto, la ausencia de representante obstaculiza la celebración de acuerdos que permitan alcanzar el objeto societario, lo cual puede traducirse en la pérdida de oportunidades por no poder reunirse válidamente para deliberar y tomar decisiones, generando la inoperatividad de la sociedad, conflictos internos, la disolución de la sociedad²³ e incluso decisiones vicia-

²² SCC-TSJ, exp. No. 2009-000675, de 22 de octubre de 2009. (Caso: Inversiones Arm & Arm 007 C.A. vs. 6025 Hoteles Corporación C.A.). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00565-221009-2009-08-675.HTML>

²³ SPA-TSJ, sent. No. 157, de 13 de febrero de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00157-13208-2008-2004-0183.HTML>. La SPA, con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, expresó: “De tal manera que las discrepancias observadas llevan a la Sala a considerar que los desacuerdos surgidos entre los socios de INTESA han puesto a esa sociedad en un estado de paralización que conduce lógica e indefectiblemente a la conclusión de que no ha logrado en los últimos años, ni logrará bajo estas condiciones, cumplir con el objeto para el cual fue constituida, que no es otro que el de suministrar (en principio, a Petróleos de Venezuela, S.A) servicios de tecnología de información, así como servicios y actividades relacionadas o conexas dentro o fuera del país. En consecuencia, la situación descrita encuentra perfecta cabida en la segunda de las causales de disolución de las compañías de comercio establecida en el artículo 340 del Código de Comercio, esto es, “... la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo”, razón por la cual esta Sala juzga procedente la solicitud formulada por la representación judicial de PDV-IFT y, por tanto, debe declarar disuelta a la sociedad mercantil INTESA. Así se decide. (...)

Cabe advertir en este punto que la paralización de las actividades comerciales no es un hecho que por sí solo se constituya en un requisito para que resulte procedente disolver una sociedad. Ciertamente, tal situación (que, como ya se dijo, no ha quedado plenamente demostrada a través de las probanzas descritas) puede derivar del acaecimiento de cualquiera de las causales de disolución previstas en el Código de Comercio (artículos 340 y 341), pero no surge como forzosa consecuencia de ello”.

Ver también: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área

das de nulidad. Por ejemplo, a tenor de lo establecido en el artículo 273 *ejusdem*, si los estatutos no disponen otra cosa, las asambleas no podrán considerarse constituidas para deliberar, si no se están presentes en ellas un número de accionistas que represente más de la mitad del capital social.

Lo anterior se agrava especialmente cuando el accionista fallecido era el mayoritario, pues los minoritarios se verán imposibilitados de tomar decisiones trascendentales por la falta de quorum, especialmente cuando en los estatutos sociales se disponen quorum distintos. Esta situación viola los derechos de las minorías consagrados en los artículos 52 y 112 de la Constitución, y reconocidos en la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de mayo de 2015, que declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Pedro Luís Pérez Burelli, contra el artículo 291 del Código de Comercio²⁴.

A continuación, reseñaremos un caso en el que se presentaron varias de las situaciones antes señaladas y analizaremos la decisión tomada por el tribunal que conoció de la acción de amparo interpuesta.

2.1.1. Un caso paradigmático

En el caso de la compañía Limpiadores Industriales Lipesa, S.A., ocurrió el fallecimiento de su accionista mayoritario, quien era el titular del 70,58 % del capital social, y sus herederos no lograban alcanzar un acuerdo respecto a quien sería su representante ante la sociedad. Esto generó dificultades en la toma de decisiones importantes para mantener el giro habitual del negocio por parte de los accionistas minoritarios, especialmente debido a que, de acuerdo con sus estatutos sociales, las decisiones debían tomarse con el 51 % del capital social.

Resulta que los estatutos de dicha sociedad establecían que, para poder celebrar válidamente una asamblea de accionistas en una primera convocatoria, se requería de un quórum de al menos el 75 % de los accionistas que integran el capital social. Además, en caso de no haber quórum, para una segunda convocatoria se exigía el 51% de

Metropolitana de Caracas, sent. dictada en Exp. 14952/AP71-R-2018-000440, de 8 de febrero de 2019. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/FEBRERO/2141-8-14.952-.HTML>. El fallo bajo referencia señala que: "(...) si bien es cierto a ningún socio puede exigírsele permanecer unido indefinidamente en una compañía que para él es perjudicial (Vid. Tribunal Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. N° 7833, Sentencia de fecha 22/12/1997), no es menos cierto que el socio presuntamente agraviado tiene la carga de demostrar la existencia de un justo motivo que –en este caso– imposibilite la consecución del objeto social, la cual ha sido la causal de disolución que fundamenta la presente acción”.

²⁴ SC-TSJ, sent. No. 585, de 12 de mayo de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

los accionistas tanto para su constitución como para la toma de decisión. Requisitos que no se podían alcanzar ya que como se mencionó, el accionista fallecido era el titular del 70,58 % del capital social.

En este caso, la sociedad y sus accionistas minoritarios presentaron una acción de amparo constitucional en contra de la sucesión del accionista fallecido, la cual fue declarada con lugar el 09 de agosto de 2018 por el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y ratificada por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que conoció del caso en virtud de la apelación ejercida por la sucesión²⁵.

Tanto en primera instancia como en apelación, el juzgador consideró que el medio más apropiado para evitar que se siguieran vulnerando los derechos de los accionistas minoritarios y para permitir que la sociedad pueda continuar con su giro habitual, sería permitir que las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas se constituyan en segunda convocatoria, sea cual fuese el número y representación de los accionistas que asistan, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 276 del Código de Comercio, y en consecuencia se tomen los acuerdos con la mayoría relativa de las acciones que conforman el capital social y que se hayan hecho presentes a la asamblea.

En este caso el tribunal también dejó claro que los problemas sucesorales deben resolverse en la jurisdicción ordinaria, en donde se debe ventilar la oposición que cualquiera de los herederos pueda efectuar correspondiente a la titularidad y la cuota parte de cada miembro de la sucesión respecto a la herencia del de cujus, así como la distribución de las acciones del socio mayoritario de la compañía respecto a todos sus herederos.

Al respecto, vale la pena resaltar lo siguiente:

1. La adjudicación del número de acciones que corresponden a cada uno de los herederos conforme al derecho heredado, no es competencia de la compañía, ni de los miembros de la junta directiva o de los otros accionistas, ya que esto solo corresponde a los miembros de la sucesión.
2. De modo que serán los miembros de la sucesión quienes tendrán que dirimir entre ellos el porcentaje que le corresponde a cada uno y en cuántas acciones eso se traduce, siguiendo las reglas del derecho común.

²⁵ Juzgado Superior Decimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. No. 9, de 27 de febrero de 2019. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/decision-n-ap71-r-785499417>

3. Toda diferencia respecto a la partición, debe decidirse ante la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, a la sociedad le corresponde, a tenor del artículo 296 del Código de Comercio, efectuar el traspaso de las acciones del accionista fallecido a sus herederos cuando hayan acreditado esa condición y no haya habido oposición por parte de ellos. En caso de oposición, la sociedad tendrá que acatar la decisión que sea tomada por la jurisdicción ordinaria.

2.2. Sobre el uso del arbitraje societario

El caso antes mencionado, nos permite reflexionar respecto a la acción apropiada para solucionar un conflicto de esta naturaleza. El tribunal, al analizar su competencia para conocer el amparo presentado por los agraviados, reconoció la existencia de un medio procesal ordinario para solicitar la nulidad o modificación de las cláusulas de los estatutos en los que se acordaron las reglas para la constitución y toma de decisiones de los accionistas, señalando a los artículos 290 del Código de Comercio y el 1.346 del Código Civil, en su defecto.

Sin embargo, el tribunal consideró que, dada la importancia de poner en funcionamiento a la compañía presuntamente agraviada por la falta de acuerdo entre los miembros de la sucesión, el procedimiento ordinario no sería breve y eficaz para la restitución de la situación jurídica infringida y obtener protección constitucional, siendo la acción de amparo la única vía expedita que podría restituir la situación jurídica infringida.

En consecuencia, concluyó la juzgadora, que la acción de amparo constitucional interpuesta es la acción admisible en esta causa, en virtud de la necesidad de los socios minoritarios de encargarse de la toma de decisiones de la empresa, mientras que los integrantes de la sucesión del accionista mayoritario, designan a su representante frente a la compañía. Con esta decisión, se evitó hacer sufrir a la empresa y a los accionistas minoritarios por la falta de decisiones oportunas de los herederos. Estamos totalmente de acuerdo con la posición asumida por el tribunal.

Ahora bien, considerando que la juzgadora se sustenta en lo expedito que es el amparo para resolver este tipo de situaciones, quisiéramos aprovechar la ocasión para recordar la eficacia del arbitraje societario como medio alternativo de resolución de controversias, idóneo para dirimir conflictos intrasocietarios.

El arbitraje societario es un tipo de arbitraje especial que tiene por objeto servir de medio para dirimir conflictos intrasocietarios y que alcanza a: los socios, administradores, comisarios y a la sociedad como persona jurídica. Si bien en Venezuela este tipo de arbitraje no se encuentra expresamente regulado por la Ley de Arbitraje Comer-

cial, la doctrina patria se ha dedicado a estudiar al arbitraje societario²⁶, determinando que no caben dudas de su legalidad, y los tribunales han reconocido la posibilidad de utilizarlo²⁷.

Desde el buen gobierno corporativo se ha venido recomendando el uso del arbitraje societario como medio para la resolución de las controversias que surjan en el marco de las relaciones intrasocietarias, con la finalidad de generar valor para la empresa, porque este permite resolver los conflictos de manera más rápida, flexible, confidencial, eficiente y especializada que la vía judicial²⁸.

Para poder hacer uso de este medio es indispensable contar con un acuerdo de arbitraje societario, el cual puede celebrarse en dos momentos: pre-conflicto y post-conflicto. El primero, es cuando los socios lo celebran pensando en el futuro, con la finalidad de dirimir en arbitraje societario los eventuales conflictos que puedan surgir de naturaleza intrasocietaria, mientras que el segundo, se celebra una vez se ha producido la controversia.

Sin pretender profundizar sobre los aspectos del arbitraje societario, que escapa del objeto del presente trabajo, queremos recordar que en lo que respecta a la arbitrabilidad subjetiva, el acuerdo de arbitraje societario alcanza a la propia sociedad como persona jurídica, a los socios fundadores (inclusive a los ausentes y disidentes para el momento de la decisión), socios nuevos (que se incorporen con posterioridad a la sociedad), sus herederos, los administradores y comisarios.

²⁶ Ver: Carlos Lepervanche M., “Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”, *Revista Business. Legal Report* (2010): 25. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf; Mario Bariona, “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”, *Revista Business. Legal Report*. (2012): 58. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf; Alberto J. Rosales R., “Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial y doctrinal”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 22 (2015); Diego Castagnino, “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021): 35-67. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>; Diego Castagnino, “El acuerdo de arbitraje societario”, *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1 (2022): 85. Disponible en: <https://arbitrajecce.org/wpcontent/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-El-acuerdo-de-Arbitraje-Societario.pdf>; Diego Castagnino, “Propuesta de reglas procedimentales para la tramitación del arbitraje societario en Venezuela”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 8 (2022): 75-88. Disponible en: https://www.sovedem.com/files/ugd/de1016_ae29bd405d1b4bb8a613163aeb020306.pdf

²⁷ Así lo confirman al menos tres casos: “Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez” (sentencia de fecha 16/09/2015 del Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo de Recurso de nulidad de fecha 18/03/2013 contra el Laudo Arbitral preliminar de fecha 4/02/2013), “Candal & Asociados” (sentencia de fecha 22/02/2011, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia – en lo sucesivo “SPA-TSJ”, número de expediente: 2011-0065), y el caso “Centro Portugués” (sentencia de fecha 11/05/2011, dictada por SPA-TSJ, número de expediente: 2011-0129).

²⁸ Para profundizar en las recomendaciones que desde el buen gobierno corporativo se han proporcionado respecto al uso del arbitraje societario, recomendamos ver: Diego Castagnino, “El arbitraje societario y el buen gobierno corporativo de las empresas”. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 3 (2022): 93-112. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2023/04/ANAVI-Nro3-A6-pp-93-112.pdf>

De tal manera que, si una sociedad cuenta con un acuerdo de arbitraje societario, este será de obligatorio cumplimiento para los herederos del accionista. Esta precisión resulta relevante a los efectos de justificar la procedencia del arbitraje societario en conflictos como los que estamos analizando en este trabajo.

Ahora bien, respecto a la arbitrabilidad objetiva, en nuestro país opera el criterio según el cual para determinar si una controversia califica para ser resuelta mediante arbitraje societario, primero debe superar el filtro del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (que sea una controversia susceptible de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, y que no esté incluida en la lista de excepciones). Luego, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁹, se debe verificar si se trata de un asunto que puede llegar también al conocimiento de un Juez pues, de ser así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. En este sentido, a los efectos del caso objeto de estudio, no hay dudas respecto a que este tipo de conflictos pueda ser sometido mediante arbitraje societario.

Dicho lo anterior, recomendamos ampliamente la inclusión de un acuerdo de arbitraje societario en los estatutos de las compañías. Esto reportará notables beneficios, como permitir que conflictos relacionados con el fallecimiento del accionista puedan ser resueltos de manera expedita, confidencial y por árbitros expertos en materia societaria.

2.3. ¿Qué ocurre con el cargo que ostentaba el accionista fallecido en la junta directiva?

Resulta habitual que en las sociedades mercantiles se presente el fenómeno popularmente conocido del *double hatting*, que en castellano sería “doble sombrero”, el cual consiste en que un accionista es nombrado como administrador, es decir, participa en la asamblea de accionistas como accionista, pero también, forma parte del órgano de ejecución de los actos sociales, que puede ser llamado también como junta directiva, o de la manera que la compañía considere más apropiado.

Los administradores de una sociedad son elegidos por la asamblea de accionistas en función a sus características personales. Recordemos que para ser administrador no es necesario ser accionista, pero nada impide que en un mismo sujeto coincidan ambos roles.

²⁹ SC-TSJ, sent. No. 1186, de 18 de julio de 2008. (Caso: interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1186-180708-08-0763.HTM>

Ante el fallecimiento de uno de los integrantes de la junta directiva, le correspondería asumir funciones al suplente previamente designado. En caso de que no cuenten con un suplente o que este no acepte su designación, se deberá proceder con el nombramiento de uno nuevo, siguiendo las reglas propias del Código de Comercio y las estipulaciones especiales que puedan contener los estatutos sociales.

Lo anterior significa que el cargo en la junta directiva no es heredable, y que tampoco podría entenderse que los herederos tengan un derecho preferente para elegir el sustituto en dicho cargo, salvo que los estatutos dispongan lo contrario.

3. Informar sobre el fallecimiento a la sociedad

Una vez acontecida la muerte del accionista, los herederos del accionista fallecido deben comunicar tal circunstancia a la sociedad. Esta comunicación es relevante ya que permitirá que la sociedad pueda cumplir con sus obligaciones consecuenciales.

La legislación venezolana no establece mayor formalidad para esta comunicación, pero, ¿a quién se le debe dirigir la comunicación? Recordemos que a tenor del artículo 260 del Código de Comercio, los administradores tienen la obligación de llevar el libro de accionista, donde conste el nombre y domicilio de cada uno de ellos, con expresión del número de acciones que posea y de las sumas que haya entregado por cuenta de las acciones, tanto por el capital primitivo, como por cualquier aumento, y las cesiones que haga. Es decir, los administradores son responsables de llevar el control de quienes son los accionistas de la sociedad. Además, a tenor de lo dispuesto en el artículo 266 *ejusdem*, los administradores son los responsables para con los accionistas y para con los terceros del exacto cumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos sociales.

En este sentido, consideramos que lo más apropiado es que la comunicación esté dirigida a los administradores. Otro motivo que justifica esto desde el punto de vista práctico, es el hecho de que en algunas sociedades el número de accionistas hace imposible que los herederos puedan ubicarlos a todos, lo cual no ocurre respecto a quienes fungen como administradores, quienes podrán ser ubicados de manera más sencilla.

Ahora bien, ¿qué ocurre si son varios los administradores? El Código de Comercio señala en la última parte del referido artículo 260, que, cuando los administradores son varios, se requiere para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, si los estatutos no disponen otra cosa, y que los presentes deciden por mayoría. Sin embargo, dicho artículo hace referencia a las deliberaciones, con lo cual, creemos que bastará que la comunicación sobre el fallecimiento del accionista sea informada a uno de ellos para cumplir con lo dispuesto en el artículo 296 *ejusdem*,

ya que el administrador informado tendrá la obligación de comunicar a los demás administradores, para que estos puedan deliberar respecto a lo informado y para así poder dar continuidad con los pasos correspondientes, y será en dicha deliberación cuando se aplique lo dispuesto en la última parte del artículo 260. Además, de acuerdo con el artículo 266 los administradores serán solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros de los deberes que les impone la ley y los estatutos sociales.

3.1. Documentación necesaria para la actualización del cambio de propiedad de las acciones

En cuanto a la documentación que debe consignarse con la comunicación sobre el fallecimiento del accionista, el artículo 296 del Código de Comercio es bastante claro al señalar que, bastará para obtener la declaración del cambio de propiedad en el libro respectivo y en los títulos de las acciones, la presentación de estos títulos, de la partida de defunción y, si la compañía lo exige, un justificativo declarado bastante por el Tribunal de 1º Instancia en lo Civil, para comprobar la cualidad de heredero.

¿Es posible que en los estatutos se establezcan requisitos adicionales?, consideramos que el único requisito adicional que los estatutos puede exigir es el referido justificativo por parte de un tribunal para comprobar la cualidad de heredero. Cualquier previsión distinta sólo sería válida si tiende a facilitar el ejercicio de los derechos de los herederos y no a obstaculizarlo.

El artículo 200 del Código de Comercio establece que las sociedades mercantiles “se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil”. Es decir, el Código indica que la primera fuente aplicable del derecho societario es la autonomía de la voluntad de las partes. Este es el fundamento de la posibilidad de que en los estatutos se dispongan requisitos adicionales que complementen al artículo 296, pero como hemos señalado, siempre y cuando sea para facilitar los trámites para el reconocimiento de los herederos y para permitir el ejercicio de sus derechos como nuevos accionistas.

Ahora bien, si los estatutos no disponen algo distinto a lo fijado en el referido artículo 296, ni los administradores ni los otros accionistas podrán exigir requisitos adicionales a los herederos.

Vale la pena comentar un caso que fue decidido por un tribunal superior, mediante sentencia dictada el 6 de julio de 2016, en el cual se estimó que la exhibición del justificativo de único y universales herederos emitido por un juzgado de primera instancia, bastaba para demostrar la condición de causahabientes. En palabras del tribunal:

Cabe advertir, asimismo, que el vicio constatado afecta in totum a la asamblea de accionistas de la sociedad mercantil CONFECCIONES PARAMOUNT, C.A., celebrada en fecha 17 de marzo de 2012, e inscrita en el Registro Mercantil II del Dto. Capital, en fecha 27 de abril de 2012, bajo el N° 22, Tomo 111-A, por lo cual, debe declararse la nulidad de todos sus puntos relativos a la amplia modificación de la composición accionaria de la sociedad (vid. Punto “PRIMERO” de la asamblea), creación y nombramiento de un órgano administrador (gerente) y sustitución del órgano encargado de la fiscalización de su gestión (comisario) (vid. Puntos “SEGUNDO”, “TERCERO”, “CUARTO” y “QUINTO” de la asamblea); **no sin apremiar a los ciudadanos FELICITAS KORT de ROSEMBERG, JO-NATHAN ROSEMBERG KORT y SOFÍA ROSEMBERG KORT, para que, en su condición de causahabientes del ciudadano CHARLES ROSEMBERG, procedan a obtener el cambio de propiedad en los Libros respectivos de la mencionada sociedad mercantil CONFECCIONES PARAMOUNT, C.A., bastando, a tales fines, la exhibición del Justificativo emitido por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 18 de febrero de 2008, donde se les declaran únicos y universales herederos.** Así se declara. (Resaltado añadido)

Sin embargo, queremos ser enfáticos que de conformidad con el artículo 296 del Código de Comercio, el justificativo al que se refiere la decisión previamente citada, no es un requisito exigido por la ley, sino por la propia sociedad. En consecuencia, insistimos en que el artículo 296 *eiusdem* sólo exige la presentación de los títulos de las acciones y la partida de defunción del accionista, dejando a discrecionalidad de la empresa la posibilidad de exigir el justificativo declarado bastante por un tribunal de primera instancia en lo civil.

En nuestra opinión, el justificativo declarado bastante por un tribunal sólo debería ser exigible si previamente la sociedad lo ha establecido en sus estatutos como un requisito para la inscripción en el libro de accionistas. De lo contrario, se estaría dejando a discreción de la sociedad la exigencia de un requisito adicional y, pese a que el legislador reconoce esta posibilidad, pensamos que debe procurarse el respeto a la seguridad jurídica, máxime considerando que la materia sucesoral presenta un carácter predominante de orden público³⁰ reconocido por nuestra jurisprudencia³¹.

³⁰ Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Tomo X, Vol. I (Buenos Aires: La Ley, 1965), 18.

³¹ María Candelaria Domínguez, ob. cit., p. 32. Vid. nota al pie número 35, contentiva de numerosas referencias jurisprudenciales en este sentido, que al efecto reproducimos de seguidas: “Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 16-07-09, exp. AP31-S-2009-003287, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/.../2148-16-AP31-S-2009-003287-.html>, «En el Derecho venezolano, las normas sobre sucesiones son de estricto orden público...»; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 12-02-08, exp. 15 143, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/1125-12-15.143-.html>, «Estas tres normas sustantivas que son de orden público no pudiendo ser relajadas ni contravenidas por los particulares, en el sentido, de que establece quienes son los sujetos llamados a suceder al causante...»; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del

Si bien Goldschmidt señala que el cambio de propiedad de las acciones en el libro de accionistas y en los títulos por mortis causa, se logra, a través de la presentación del acta de defunción del causante, el pago del impuesto a las sucesiones y, en los casos que la sociedad así lo exija, un justificativo dictado por un órgano jurisdiccional que declare la cualidad de heredero³². En nuestro criterio, el pago del impuesto a las sucesiones no sería exigible dado que no es mencionado por el artículo 296 del Código de Comercio.

4. Actualización del libro de accionista

En este punto, cabe distinguir dos supuestos posibles: (i) se ha producido la partición de la comunidad hereditaria y cada heredero es el titular indiscutible de las acciones que le corresponden según la división efectuada o (ii) no se ha producido la partición y, por lo tanto, la comunidad permanece indivisa.

En el primer supuesto, la sociedad estará obligada a inscribir a cada heredero en el libro de accionistas y reconocer en él la cualidad de accionista. En el segundo supuesto, la sociedad está obligada a inscribir en el libro de accionista sólo al representante de la comunidad, hasta tanto se produzca la partición de la cosa común. Todo ello con fundamento el artículo 299 del Código de Comercio, que previamente hemos comentado.

4.1. Formalidad de registro en materia de transmisión de acciones: jurisprudencia y doctrina

Visto el carácter *solo consensu* de la cesión de acciones nominativas inter-vivos, sería ilógico sostener que la transmisión mortis causa debe ser sometida a la formalidad de registro para surtir efectos jurídicos. Es fundamental reconocer que el legislador sólo exige la formalidad de registro cuando se trata de ciertos actos específicos, descritos en forma taxativa en el artículo 319 del Código de Comercio, que es del tenor siguiente:

Artículo 319 Los documentos que deben anotarse en el Registro de Comercio, según el artículo 17, son los siguientes:

1º La autorización del curador y la aprobación del Juez, en su caso, habilitando a los menores para comerciar.

2º El acuerdo o consentimiento del marido en lo que respecta a la responsabilidad de los bienes de la sociedad conyugal no administrados por la mujer, conforme lo dispuesto en el artículo 16.

10-06-04, exp. KP02-R-2002-000438, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-10-KP02-R-2002-438-.html>, «En consideración a lo expuesto, siendo que las reglas que establecen el orden de suceder en la sucesión ab intestato son de orden público...».

³² Ídem.

3º La revocación de la autorización para comerciar dada al menor.

4º Las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, testamentos, particiones, sentencias ejecutadas o actos de adjudicación las escrituras públicas que impongan al cónyuge comerciante responsabilidad en favor del otro cónyuge.

5º Las demandas de separación de bienes, las sentencias ejecutoriadas que las declaren y las liquidaciones practicadas para determinar lo que el cónyuge comerciante debe entregar al otro cónyuge. La demanda debe registrarse y fijarse en la Secretaría del Tribunal de Comercio, con un mes, por lo menos, de anticipación a la sentencia de primera instancia, y caso contrario, los acreedores mercantiles tendrán derecho a impugnar, por lo que mira a sus intereses, los términos de la separación y las liquidaciones pendientes practicadas para llevarla a cabo.

6º Los documentos justificativos de los haberes del hijo que está bajo la patria potestad, o del menor, o del incapaz que está bajo la tutela o curatela de un comerciante.

7º La autorización dada al padre o al tutor para continuar los negocios del establecimiento mercantil correspondiente al menor.

8º Las firmas de comercio, sean personales, sean sociales, de conformidad con las disposiciones del 2º de esta Sección.

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

10º La venta de un fondo de comercio o la de sus existencias, en totalidad o en lotes, de modo que haga cesar los negocios relativos a su dueño.

11º Los poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios.

12º La autorización que el juez de Comercio acuerda a los corredores o venduteiros con carácter público para el ejercicio de sus cargos.

13º Los documentos de constitución de hogar por el comerciante o por el que va a dedicarse al comercio.

La norma previamente transcrita no establece en forma alguna que la cesión de acciones, inter-vivos o mortis causa, sea uno de los documentos que deben inscribirse en el registro mercantil. Con ello se demuestra que la intención del legislador, al tratarse de una norma taxativa, ha sido dispensar de la formalidad de registro a todos aquellos actos que no sean mencionados expresamente en los artículos 19, 212, 215, 217 y 221 del Código de Comercio³³.

En este sentido, resulta particularmente importante repasar los criterios que al efecto ha establecido la jurisprudencia nacional, que ha sido conteste con la posición que venimos sosteniendo. En las siguientes líneas examinaremos algunos fallos que sirven para aclarar este asunto.

³³ Sobre las actuaciones sometidas al régimen de publicidad véase: Emilio Calvo Baca, *Derecho Registral y Notarial* (Caracas: Ediciones Libra, 2001), 774.

La SC del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que cuando se trata de la transmisión de propiedad de las acciones, no es necesaria la inscripción de un acta en el registro mercantil. De modo que basta con efectuar el asiento respectivo en el libro de accionistas para que la cesión tenga efecto. Así, en sentencia número 20, de fecha 23 de febrero de 2017, al resolver un recurso de revisión constitucional cuyo objeto era una sentencia dictada por la SCC, la SC expresó que:

De esta manera, por las consideraciones antes expuestas, esta Sala estima que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil no estuvo ajustado a derecho, por cuanto en el caso bajo análisis se concretó la violación de los derechos constitucionales de la solicitante relativos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa, debido a que el fallo objeto de revisión, al resolver el asunto sometido a su consideración, **no acató el criterio jurisprudencial sostenido pacíficamente por esta Sala en relación al artículo 296 del Código de Comercio, luego de haberse constatado que, en el presente caso, la venta de las acciones no requerían ser registradas, dado que basta con su asiento en el respectivo Libro de Accionistas, y tal inscripción trae como consecuencia que el cesionario adquiere la cualidad de accionista frente a la sociedad y frente a los terceros, y, por lo tanto, es a partir de la fecha de su inscripción en el libro que comienzan a contarse los lapsos establecidos en la ley para la prescripción de la acción.** Así se decide³⁴. (Resaltado añadido)

Esta sentencia ratifica la doctrina pacífica establecida por la SC según la cual no se exige formalidad de registro para la venta de acciones, sino que basta con la inscripción en libro de accionistas de la compañía. De allí que la SC, antes de dictar el fallo *in commento*, había asentado criterio sobre esta cuestión en sentencia número 287, de fecha 5 de marzo de 2004, en la que indicó que:

Sin embargo, en el caso en concreto, se trata de un acta de asamblea que da cuenta de dos hechos: i) la venta de doscientas cincuenta (250) acciones y ii) la modificación de cláusulas del documento constitutivo estatutario, tales hechos, **a juicio de la Sala, no requieren registrarse para que surtan efectos frente a la sociedad o a terceros.**

En efecto, en las sociedades de capital la identidad de los socios es irrelevante para el crédito de la compañía (artículo 201, ordinal 3º del Código de Comercio), **por lo tanto, al no ser la venta de acciones una modificación que interese a terceros, no se requiere de su inscripción en el Registro Mercantil, tal y como lo preceptúa el artículo 19, ordinal 9º eiusdem. Además, con la sola inscripción en el libro de accionistas de la venta se acredita al comprador como socio frente a la sociedad y a terceros** (cfr. Goldschmidt, Morles, Núñez, Acedo Mendoza, Sansó).

³⁴ SC-TSJ, sent. No. 20, de 23 de febrero de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/196324-20-23217-2017-16-1024.HTML>

En cuanto a las modificaciones de los estatutos derivadas de la enajenación voluntaria de las acciones, específicamente del nombre de los socios y del número de acciones que cada uno suscribió, se regulan por lo dispuesto en el artículo 296 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

(...)

De la trascrición anterior se evidencia que no se requiere en estos casos del registro, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de modificaciones de los estatutos, las cuales están reguladas en el artículo 221 del Código de Comercio.

(...)

Congruente con las características que revisten las sociedades de capital y con su régimen legal, resulta claro que en el presente caso el acta de la asamblea efectuada el 29 de septiembre de 2000 promovida como prueba, no era ilegal ni impertinente, por lo tanto, siendo que la misma era relevante para resolver el caso, y que fue desestimada con argumentos que carecen de fundamento legal y doctrinario, la Sala considera que el órgano judicial señalado como presunto agravante actuó fuera de su competencia al vulnerar el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes en el juicio.

Como corolario de lo anterior, esta Sala declara con lugar el recurso de apelación, anula la sentencia del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar y declara procedente el amparo incoado. Así se decide³⁵. (Resaltado añadido)

El criterio establecido en la decisión previamente referida fue ratificado en varias sentencias posteriores de la SC. Una de ellas fue el fallo número 1577, de fecha 21 de octubre de 2008, en el que se estableció lo siguiente:

En efecto, el artículo 296 del Código de Comercio dispone que ‘(l)a propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados’, es decir que, en principio, con el libro de accionistas sólo puede demostrarse la celebración de la cesión de las acciones y, por ende, la titularidad sobre las mismas, y no el pago del precio ni su oportunidad, a menos que se hubiese hecho una declaración expresa en ese sentido. De igual forma, tampoco puede deducirse el pago del precio de la cesión en la asamblea del 16 de noviembre de 2004, por el sólo hecho de que allí se dejó constancia de que la demandada tenía la titularidad de la totalidad de las acciones, pues, en esa misma oportunidad, se había celebrado una cesión pura y simple; **por tanto, como en cualquiera traslación de propiedad hecha de esa forma, se trasladó la propiedad con el sólo (sic) consentimiento legítimamente manifestado (ex artículo 1161 C.C.)**”³⁶.

³⁵ SC-TSJ, sent. No. 287, de 5 de marzo de 2004. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/287-050304-02-2992.HTM>

³⁶ SC-TSJ, sent. No. 1577, de 21 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1577-211008-07-1814.HTM>

El año siguiente la Sala Político-Administrativa (SPA), mediante sentencia dictada el 24 de marzo de 2009 (Caso Agroflora), se desvió del criterio jurisprudencial que había sostenido la SC y, sin referirse en ningún momento al artículo 296 del Código de Comercio, determinó que la eficacia de la transmisión de acciones frente a terceros estaba supeditada al cumplimiento de la formalidad de registro, en los siguientes términos:

En el caso de la prueba promovida por la contribuyente, relativa al traspaso de las acciones para el 20 de noviembre de 1991, a fin de mostrar quiénes eran sus accionistas para esa fecha, debe esta Alzada observar que tales inscripciones demuestran la titularidad de las acciones entre el accionista y la propia sociedad, pero no así frente a terceros; por tanto, dicho documento no resulta oponible ante el Fisco Nacional para comprobar el traspaso de acciones asentado, mientras no se haya efectuado su registro y publicación, conforme a los términos de las aludidas normas. En razón de ello, resulta forzoso para esta Sala desestimar el pretendido valor probatorio de las inscripciones asentadas en el referido libro de accionistas, promovido por la contribuyente. Así se declara³⁷.

El fallo citado se basó en el ordinal 9º del artículo 19 del Código de Comercio, que exige el cumplimiento de la formalidad de registro cuando se trate “escrituras en que se forma, se prorroga, se hace alteración que interesa a tercero o se disuelve una sociedad y en las que se nombren liquidadores”. Acedo de Lepervanche cuestiona severamente la aplicación de esta norma y explica su sentido, de acuerdo con la verdadera intención del legislador:

La palabra alteración, en el texto precedente, se refiere a las escrituras mencionadas en el mismo ordinal 9º. Se trata, pues, de una alteración del documento constitutivo o de los estatutos de la sociedad, que son los instrumentos donde los socios vierten la información sobre la sociedad que es de interés para terceros (usualmente en un documento único que hace las veces, al mismo tiempo, de documento constitutivo y de estatutos). Una cesión de acciones no constituye una alteración de dicho documento, y, dado que la responsabilidad del accionista está limitada a su inversión, tampoco es un hecho de interés para los terceros, lo que resulta particularmente obvio si se trata de una sociedad anónima de cierto tamaño y de una operación entre accionistas minoritarios. El absurdo de pretender que hay que inscribir en el registro mercantil los cambios en el accionariado se hace todavía más evidente en el caso de compañías cuyas acciones se transan en la bolsa³⁸.

³⁷ SPA-TSJ, sent. de 24 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00383-25309-2009-2006-0805.html>

³⁸ Luisa Acedo de Lepervanche, “El traspaso de las acciones de una sociedad anónima”. 16. Disponible en: <http://www.menpa.com/serve/file/assets/%2Fuploads/%2F445D5A2E8BE656234.pdf>

Acedo de Lepervanche sostiene que la decisión del caso Agroflora incurrió en graves errores y pretendió modificar indirectamente el artículo 296 del Código de Comercio³⁹. Por otra parte, Morles Hernández cuestionó la decisión en los siguientes términos:

Las consecuencias de esta decisión son de una gran trascendencia. Equivalen a declarar que los únicos accionistas de las sociedades anónimas son los que aparecen en el documento constitutivo y que todos los traspasos que figuran en el Libro de Accionistas no son tales para cualquier tercero con interés, según la expresión utilizada por el sentenciador⁴⁰.

Posteriormente, la SC ratificó el criterio jurisprudencial que había sostenido de forma pacífica. Esto lo hizo mediante la sentencia número 114, de fecha 25 de febrero de 2014, que cita las sentencias número 287 del 5 de marzo de 2004 y número 1577 del 21 de octubre de 2008 —antes referidas—, en la que se estableció lo siguiente:

(...) esta Sala estima que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil fue ajustado a derecho, en virtud de que no existió violación del principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución, por cuanto en el fallo sometido a revisión, al resolver el asunto sometido a su consideración, **atendió lo establecido en el artículo 296 del Código de Comercio, luego de haberse constatado que, en el presente caso, la venta de las acciones de la sociedad anónima Constructora 888, C.A., se realizó conforme a las normas establecidas en el Código de Comercio**⁴¹. (Resaltado añadido)

Por otra parte, la SCC ha ratificado el criterio sostenido por la SC en varias oportunidades. Destaca especialmente la sentencia número 311 de fecha 3 de junio de 2009, allí la SCC estableció lo siguiente:

El formalizante indicó la infracción del artículo 296 de Código de Comercio, porque la recurrida le exigió indebidamente la inscripción en el libro de accionistas de la compañía de la cesión de acciones para la demostración de su condición de accionista, cuyo pronunciamiento lejos de ser equivocado está ajustado al texto de la norma denunciada y a la doctrina tradicional de casación sobre este asunto, que enseña que la propiedad de las acciones nominativas se transfieren mediante su inscripción en los libros de la compañía y cuando se incorporen al patrimonio del comprador a través de un acto jurídico válido, éste no adquiere automáticamente la condición de accionista frente a la sociedad, sino después que el acto traslativo de dominio haya sido inscrito en el libro de accionistas, aunque la cesión de las acciones será perfectamente válida entre las partes y también producirá efectos contra terceros, excepto frente a la sociedad en lo que concierne a los derechos y obligaciones que emanen del contrato social.

³⁹ *Ibid.*, 18.

⁴⁰ Alfredo Morles. Los efectos de la inscripción del traspaso de acciones en el Libro de Accionistas. Disponible en: <http://www.acienpol.com/A-75.pdf>. Cit. en Luisa Acedo de Lepervanche, *ob. cit.*, 17.

⁴¹ SC-TSJ, sent. No. 114, de 25 de febrero de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161605-114-25214-2014-13-0749.HTML>

El anterior pronunciamiento guarda la debida correspondencia con la pacífica y diuturna doctrina de la Sala de Casación Civil sobre el particular, contenida en sentencia de 3 de mayo de 1967, así:

“...de modo que el adquirente de acciones nominativas por un acto jurídico válido, aunque se convierta en propietario legítimo de los títulos, no adquiere sin embargo la calidad de accionistas frente a la sociedad sino después de que el acto traslativo de dominio haya sido inscrito con las menciones de Ley en el respectivo libro de accionistas. El acto de venta o cesión será pues perfectamente válido entre las partes por el acuerdo de las voluntades contratantes, aunque no se haya inscrito en el libro de accionistas, y producirá también efectos contra terceros, excepto la sociedad en lo atinente a los derechos y obligaciones dimanantes del pacto social, cuando conste en instrumentos dotados de fe pública. Pero frente a la sociedad y sólo en cuanto respecta al ejercicio de derechos y cumplimientos de obligaciones derivadas de la calidad de accionistas, la propiedad de las acciones nominativas no puede probarse en otra forma diferente a la prevista en el artículo 296 del Código de Comercio.”

Esta modalidad especial de probar frente a la sociedad la propiedad de las acciones nominativas, tiene justificación racional en la necesidad en que se encuentre el ente social, y también los socios, de saber a ciencia cierta quienes son en determinados momentos los accionistas de la empresa, a los efectos del pago de dividendos, convocatorias y legitimidad de asambleas, títulos, pagos de cuotas en caso de liquidación de la sociedad, y en general, para todos los efectos inherentes a la calidad de accionista. Si las relaciones entre los accionistas y la sociedad no estuvieran regidas en cuanto a la prueba de la propiedad de las acciones nominativas por el registro interno de cada empresa, podrían surgir situaciones de inseguridad y confusión en el desarrollo de esas relaciones, pues al ente social les sería difícil si no imposible conocer los sucesivos traspasos o ventas que por otros medios hubieran realizado los accionistas. De ahí que la sociedad se atiene a su propio registro de propiedad cuando se quiera acreditar ante ella la calidad de accionista y ejercer los derechos correspondientes a esa condición⁴².

En sentido similar se pronunció la SCC en sentencia número 771 del 28 de noviembre de 2017, en la que apuntó lo siguiente:

En ese sentido la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal ha establecido que la legitimidad para demandar la nulidad de actas de asambleas de accionistas de sociedades mercantiles la ostentan sólo los socios de las mismas; siendo que la condición de accionista frente a la sociedad y los terceros se adquiere mediante la respectiva inscripción en el libro de accionistas. De igual forma, dicha Sala ha establecido que la facultad para acudir ante los órganos jurisdiccionales y denunciar presuntas irregularidades administrativas cometidas por los administradores corresponde sólo a los socios, sean mayoritarios o minoritarios. (Ver sentencias N° 287 del 5 de marzo de 2004, caso: Giovanni Maray; Nros. 107 y 114 del 25 de febrero de 2014, casos: Agropecuaria Flora C.A e Inversiones 30-11-89, C.A, en su orden; sentencia N° 585, de fecha 12 de mayo de 2015, caso: Pedro

⁴² SCC-TSJ, sent. No. 311, de 3 de junio de 2009. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.00311-3609-2009-06-1082%20AC.HTML>

Luis Pérez Burelli y sentencia N°20, de fecha 23 de febrero de 2017, caso: María Lourdes Pinto de Freitas; todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Cuestión que no logró demostrar la parte actora, pues para hacer valer su cualidad sólo promovió una copia fotostática simple de un “pre-acuerdo para la negociación de acciones”, no siendo éste elemento suficiente para sostener su cualidad como actor en el presente juicio, puesto que -como ya se indicó anteriormente- sólo pueden demandar la nulidad de acta de asamblea de sociedades mercantiles los accionistas de éstas, adquiriendo los socios dicha condición de accionista frente a la sociedad y los terceros con su respectiva inscripción en el libro de accionistas⁴³.

Más recientemente, la SCC del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 318, de fecha 9 de agosto de 2022, ratificó el criterio asentado por la SC. Así, en su fallo, la SCC interpretó el artículo 296 del Código de Comercio y al efecto indicó que:

Del artículo anterior se desprende que **las acciones nominativas de transfieren entre las partes por el simple consentimiento, pero para que la transferencia tenga efecto frente a la sociedad y los terceros la cesión debe hacerse en los libros de la sociedad mediante una declaración firmada por el cedente y el cesionario o por sus apoderados, la cual en su caso podrá ser sustituida por la transcripción de la sentencia en que se prueba la obligación del cedente**, es decir, que para saber quién es el titular de tales o cuales acciones hay que acudir al libro de accionistas.

(...)

De los criterios pacíficos y reiterados de la Sala Constitucional se desprende en relación al artículo 296 del Código de Comercio, **que la venta de las acciones no requieren ser registradas, ya que solo basta con su asiento en el respectivo Libro de Accionistas la venta de las mismas**, y tal inscripción trae como consecuencia que el cesionario adquiere la cualidad de accionista frente a la sociedad y frente a los terceros, y, por lo tanto, es a partir de la fecha de su inscripción en el libro que comienzan a contarse los lapsos establecidos en la ley para la prescripción de la acción.

(...)

De acuerdo con la jurisprudencia antes transcrita, se tiene que la Sala de manera inveterada y al igual que la Sala Constitucional, sostiene que la propiedad de las acciones nominativas se transfiere mediante su inscripción en los libros de accionistas de la compañía, y el comprador a través de un acto jurídico válido adquirirá la condición de accionista frente a la sociedad después que el acto traslativo de dominio haya sido inscrito en el referido libro de accionistas⁴⁴. (Resaltado añadido)

⁴³ SCC-TSJ, sent. No. 771, de 28 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/205752-RC.000771-281117-2017-17-064.HTML>

⁴⁴ SCC-TSJ, sent. No. 318, de 9 de agosto de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/318825-000318-9822-2022-17-282.HTML>

Las acciones, a nuestro juicio, constituyen el núcleo del andamiaje funcional de las sociedades anónimas. De allí que la transmisibilidad de la acción constituya un principio esencial del derecho societario, que debe regir también cuando dicha transmisión opera mortis causa, y cuya transcendencia ha sido puesta de relieve por Morles Hernández, quien apunta:

El funcionamiento de ese principio es el que ha permitido el desarrollo de la sociedad anónima en el mundo actual, por la facilidad que ha ofrecido al público para adquirir y disponer acciones en las empresas⁴⁵.

Visto el tratamiento jurisprudencial de la materia y los criterios de la doctrina autoral, es forzoso concluir con Lepervanche que “el acuerdo de traspaso de las acciones de una sociedad anónima surte efectos inmediatos entre las partes, sin necesidad de asiento en el libro de accionistas ni traspaso del título”⁴⁶.

Como vimos, la jurisprudencia en materia de transmisión de acciones no ha estado exenta de tropiezos. Sin embargo, las decisiones más recientes demuestran que se ha vuelto al criterio más apegado a la intención del legislador. De manera que coincidimos con la afirmación de Rondón y Gomes, según la cual:

(...) el rescate de los criterios establecidos por la Sala Político Administrativa en el año 2003, la Sala Constitucional en 2004 y 2008, la Sala de Casación Civil en 2022 y tantos otros casos, en los hechos supondría, al menos en lo que a transferencia de acciones se refiere, respeto al espíritu del legislador del Código de Comercio y con ello, al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que en este caso, se ve plasmado con admitir como prueba suficiente de la cesión la inscripción en el libro de accionistas y no exigir la declaración de un funcionario público como es el caso del Registrador Mercantil⁴⁷.

4.2. Inscripción de actas de asamblea en las que participaron los herederos

En cuanto a la inscripción de actas de asamblea en las que los herederos del accionista fallecido hayan participado y ejercido el derecho al voto, en principio bastará con mostrar el asiento relativo al cambio de titularidad de las acciones en el libro de accionistas.

⁴⁵ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II (Caracas: UCAB, 2007), 1240.

⁴⁶ Ver: Luisa T. Acedo de Lepervanche, ob. cit., 7.

⁴⁷ Andrea Rondón García y Sabrina Gomes, “Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil-”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 9 (2022): 58.

En la práctica algunos registros exigen la declaración sucesoral, sin embargo, este requisito no tiene asidero normativo. De hecho, la SCC ha indicado que la planilla sucesoral “sólo constituye prueba de que se ha cumplido con una obligación tributaria, mas no respecto de las declaraciones en él contenidas, por cuanto no consta la certeza de esas declaraciones, salvo que se le atribuya los efectos probatorios de la confesión de parte”⁴⁸. Por lo tanto, a decir de la SCC, la planilla sucesoral:

(...) no es capaz de acreditar la condición de heredera, ni menos aun su respectiva cuota, pues fue preconstituida por su propio autor, quien no puede pretender que surta efectos probatorios respecto de sus propias declaraciones, lo cual determina que existen motivos de derecho que implican la ineficacia de esta prueba para demostrar su condición de heredera y, por ende, la imposibilidad de que su examen pueda influir de forma decisiva en la suerte de la controversia, lo que constituye presupuesto indispensable para declarar la improcedencia de la denuncia de silencio de prueba, solo -como ya se dijo- con respecto a la planilla sucesoral⁴⁹.

Por otra parte, es importante tomar en cuenta el artículo 51 de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás ramos conexos, que contiene una prohibición dirigida a registradores, jueces y notarios en los términos que siguen:

Los registradores, jueces y notarios no podrán protocolizar, autenticar o dar fe de reconocimiento de documentos en que a título de heredero o legatario, se transmita la propiedad o se constituyan derechos reales sobre bienes recibidos por herencia o legado, sin previo conocimiento del certificado de solvencia a que se refiere el artículo 45 de la Ley o a la autorización expresa del Ministerio de Finanzas.

Esta norma no debería ser un obstáculo para la protocolización de actas de asamblea, pues en ellas sólo se deja constancia del cambio de titularidad, pero no califica como un documento en que se transmita la propiedad de las acciones a los herederos. Al contrario, la transmisión de acciones, por su naturaleza consensual, no exige formalidades para su perfeccionamiento y, en consecuencia, tampoco tiene lugar en virtud del acta de asamblea. El cambio de titularidad de las acciones por la muerte del accionista debe regirse exclusivamente por el artículo 296 del Código de Comercio, el cual contiene una norma especial que regula un supuesto de hecho bastante específico.

⁴⁸ SCC-TSJ, sent. No. RC-00759, del 11 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00759-111105-02542.htm>. Este criterio fue sostenido previamente en SCC-TSJ, sent. No. 6, del 12 de noviembre de 2002, en la que se expresó que: “(...) esta planilla sólo constituye prueba de que se ha cumplido con la referida obligación tributaria, mas no respecto de las declaraciones en él contenidas, salvo que sea invocada por la contraparte como una confesión, pero no es permisible que el declarante preconstituya una prueba a su favor y pretenda beneficiarse de su sola declaración”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RNYC-0006-121102-00985.HTM>

⁴⁹ SCC-TSJ, sent. No. RC-00759, del 11 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00759-111105-02542.htm>

5. Respeto a los derechos del accionista

Una vez recibida la notificación por parte de los herederos del accionista fallecido en el que informan sobre su representante, y efectuada la actualización correspondiente en el libro de accionista, la sociedad, los otros accionistas, los administradores y comisarios deben respetar los derechos inherentes a la cualidad de accionista que ostentan los herederos del accionista fallecido.

El principal problema práctico está relacionado con la convocatoria para las asambleas. En caso de existir la necesidad de convocar a una asamblea de accionistas, debe tomarse en cuenta a los herederos o a su representante, según corresponda de acuerdo a las particularidades del caso. La convocatoria deberá ser efectuada de conformidad con las reglas previstas en los estatutos de la sociedad y, en su defecto, observando las normas pertinentes del Código de Comercio. Normalmente, los estatutos no establecen reglas especiales aplicables a casos de muerte de un accionista, por lo que resultan aplicables las disposiciones estatutarias y/o legales de carácter general.

En cuanto a la forma de la convocatoria, un tribunal superior dictó una sentencia el 28 de noviembre de 2014 en la cual expresó que una Asamblea Extraordinaria de Accionistas se constituyó debidamente, siendo que la convocatoria se publicó en prensa y, a través de ese medio, se garantizó que todos los socios, incluyendo los herederos del accionista fallecido, estuvieran informados. En efecto, el fallo bajo referencia estableció que:

(...) la Asamblea celebrada se constituyó debidamente en atención a lo dispuesto en sus Estatutos Sociales y en el artículo 273 del Código de Comercio, contando con la comparecencia de las accionistas, ciudadanas A.P.B.V. y M.G.B.V., representada esta última por la ciudadana C.E.C.B., quienes conforman el quórum suficiente conforme al artículo 273 eiusdem, que si bien deja constancia que no compareció el ciudadano G.E.B.V., y que según se evidencia de las actas que el mismo falleció en el año 1999, **la publicación por la prensa, permitió tener publicidad la convocatoria de la asamblea, pudiendo comparecer ante la misma los herederos de dicho de cujus,** y toda vez que cada uno de los presentes en la asamblea posee veinte (20) acciones a razón de un mil bolívares cada una (Bs. 1.000), lo cual suma veinte mil bolívares (20.000 Bs.), lo cual representa el sesenta y seis con sesenta y seis por ciento (66,66%) del capital suscrito, que es de ciento sesenta mil bolívares (Bs. 60.000,00), es decir, más del cincuenta por ciento (50%) exigido para que sus decisiones sean válidas y tengan fuerza de Ley, observándose además que en la asamblea bajo estudio, se discutieron conforme al artículo 277 eiusdem, sólo los puntos enunciados en la convocatoria anteriormente analizada.

Por tanto, se observa de la revisión efectuada a las actas procesales y de las pruebas traídas a los autos, que el demandante no demostró en forma alguna que en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Mercantil “INVERSIONES INMOBILIARIA BONVENTO, C.A.”, celebrada en fecha 17 de septiembre

de 2007, no se hayan dado cumplimiento a los requisitos formales establecidos en las disposiciones del Código de Comercio, **siendo en consecuencia, válidas las decisiones tomadas en la misma conforme a lo previsto en la cláusula octava y novena de los estatutos, en concordancia con el artículo 273 y siguientes eiusdem**⁵⁰. (Resaltado añadido)

Otra situación que suele presentarse ante la muerte del accionista tiene que ver con lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Comercio, el cual dispone que el suscriptor y los cesionarios sucesivos de las acciones nominativas son responsables del monto total de dichas acciones. Esto significa que, si para el momento del fallecimiento del accionista este no hubiere pagado íntegramente sus acciones, los herederos como accionistas subrogados, serán los nuevos responsables de dicho pago.

CONCLUSIONES

El accionista ocupa un rol fundamental en las sociedades de capital. De allí que sea considerado sujeto de una diversidad de relaciones jurídicas que le unen con los demás accionistas y con la sociedad. Con la muerte del accionista ese complejo entramado de relaciones jurídicas conformado por derechos y obligaciones de naturaleza societaria, económica y política, será sucedido por sus herederos.

La doctrina ha diferenciado entre la transmisión voluntaria y forzosa de acciones en vida del accionista, así como la transmisión mortis causa tras su fallecimiento. La transmisión mortis causa, como uno de los principales y menos documentados efectos de la muerte del accionista, es de los problemas prácticos más frecuentes que enfrenta el profesional del derecho. No se trata de una cuestión con una solución especial y concreta prevista en ley, sino que por el contrario se topa en varios de sus extremos con el silencio del legislador comercial venezolano.

La muerte del accionista plantea diversas interrogantes, especialmente en cuanto a la transmisión de sus acciones. Aunque la normativa venezolana es escasa en esta materia, el artículo 296 del Código de Comercio establece ciertas directrices para la cesión de acciones nominativas en caso de fallecimiento. En efecto, la norma indica que para que el cambio de propiedad sea inscrito en el libro de accionistas se exige la presentación de los títulos de las acciones, acta de defunción y, cuando la compañía así lo exija, un documento que certifique la condición de heredero.

⁵⁰ Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Menores de Miranda, sent. de 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/lilian-rafaela-aponte-rodriguez-547265506>

La jurisprudencia y la doctrina han sido consistentes en admitir que la formalidad de registro no es necesaria para la transmisión de acciones en una sociedad anónima. De modo que el simple consentimiento entre las partes es suficiente para la cesión de acciones, siendo fundamental la inscripción pertinente en el libro de accionistas de la compañía para que la transmisión tenga efecto frente a la sociedad y terceros.

La interpretación del artículo 296 del Código de Comercio ha sido clara en cuanto a que la venta de acciones no requiere ser registrada, sino que basta con su inscripción en el libro de accionistas para que el cesionario adquiera la cualidad de accionista. Esta posición ha sido respaldada por una variedad de fallos, los cuales han reafirmado que la identidad de los socios es irrelevante para el crédito de la compañía y que la inscripción en el libro de accionistas es suficiente para acreditar la titularidad de las acciones.

En este sentido, el principio de la transmisibilidad de la acción es fundamental en las sociedades anónimas, permitiendo el desarrollo y correcto funcionamiento de este tipo societario. A pesar de algunos tropiezos en el pasado, las decisiones más recientes reflejan un criterio que, a nuestro juicio, es más acorde con la voluntad del legislador, respetando la autonomía de la voluntad de las partes y eliminando la exigencia innecesaria de formalidades adicionales para la transferencia de acciones.

El proceso sucesorio se compone de tres fases fundamentales: la apertura de la sucesión, la delación de la herencia y la adquisición de la herencia, culminando con la creación de una comunidad hereditaria que posteriormente será objeto de partición. En este contexto, los herederos adquieren la titularidad de las acciones y los derechos asociados a ellas una vez completadas las fases del proceso sucesorio.

La designación del representante de la sucesión es clave para la transmisión de acciones, especialmente en casos donde existen varios herederos. De conformidad con el artículo 299 del Código de Comercio, la sociedad está obligada a inscribir y reconocer a un único dueño provisionalmente designado por los herederos, hasta que se realice la partición correspondiente.

En este sentido, luce como una buena práctica societaria el establecimiento de normas estatutarias especiales que atiendan los vacíos legislativos en materia de transmisión de acciones mortis causa, siempre que no impliquen el levantamiento de mayores obstáculos para que opere el cambio de titularidad. En el mismo sentido, resulta conveniente la implementación del arbitraje societario como medio idóneo para resolver disputas de este tipo de manera rápida, eficaz y especializada.

Por otra parte, se refiere la práctica de algunos registros mercantiles que exigen la presentación de la declaración sucesoral como requisito, a pesar de carecer de sustento normativo. La discusión sobre la validez probatoria de la planilla sucesoral ha sido

resuelta por la jurisprudencia nacional, que ha señalado que carece de eficacia para acreditar la condición de heredero.

En todo caso, el órgano administrador de la sociedad mercantil sólo puede exigir válidamente los requisitos establecidos en el artículo 296 del Código de Comercio para la declaración del cambio de propiedad de las acciones, tales como los títulos correspondientes a las acciones, el acta de defunción y, en determinados casos, la declaración de únicos y universales herederos. Asimismo, es recomendable la presentación de una declaración jurada por parte de la mayoría de herederos designando al representante, lo cual contribuiría a garantizar la transparencia del proceso.

Las ideas expresadas en este trabajo pretenden orientar las soluciones en materia de transmisibilidad de acciones mortis causa, otorgando primacía a la verdadera intención del legislador comercial venezolano y al principio de transmisibilidad de las acciones. Desde nuestra perspectiva, retomar la discusión académica de estos temas es una necesidad de primer orden, que permitirá hacer frente a las disfuncionalidades del sistema registral venezolano.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Acedo de Lepervanche, Luisa T., “El traspaso de las acciones de una sociedad anónima”. Disponible en: <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F445D5A2E8BE656234.pdf>

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

Calvo Baca, Emilio. *Derecho Registral y Notarial.* Caracas: Ediciones Libra, 2001.

Castagnino, Diego, “Propuesta de reglas procedimentales para la tramitación del arbitraje societario en Venezuela”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 8 (2022): 75-88. Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_ae29bd405d1b4bb8a-613163aeb020306.pdf

_____, “El acuerdo de arbitraje societario”, *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1 (2022): 84-109. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-El-acuerdo-de-Arbitraje-Societario.pdf>

_____, “El arbitraje societario y el buen gobierno corporativo de las empresas”. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 3 (2022): 93-112. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2023/04/ANAVI-Nro3-A6-pp-93-112.pdf>

- _____. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021): 35-67. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>
- _____. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil (2000-2020)*. Caracas: Abediciones - IIJ-UCAB - SOVEDEM, 2021.
- Domínguez Guillén, María Candelaria. *Manual de Derecho Sucesorio*. 2ª Edición. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello – Fundación Roberto Goldschmidt, 2001.
- Hernández-Bretón, Armando. *Código de Comercio venezolano*. Caracas: Editorial La Torre, 1968.
- Legis. *Código de Comercio y normas complementarias*. 13ª Edición. Caracas: Legis, 2015.
- Lepervanche M., Carlos, “Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”, *Revista Business. Legal Report* (2010). Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo VII. Buenos Aires: Ejea, 1956.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Caracas: UCAB, 2007.
- Parra-Aranguren, Gonzalo. “La existencia y la desaparición de las personas físicas en el derecho internacional privado venezolano”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 69 (1988): 7-57.
- Pineda León, Pedro. *Principios de Derecho Mercantil*. Mérida: Talleres Gráficos Universitarios, 1964.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Tomo X. Vol. I. Buenos Aires: La Ley, 1965.
- Rondón García, Andrea y Gomes, Sabrina. “Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil-”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 9 (2022): 39-60.
- Rosales R, Alberto J., “Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial y doctrinal”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 22 (2015)
- Sansó, Benito. “Exposición resumida sobre las disposiciones concernientes a las sociedades anónimas en Venezuela”. *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 39 (1968): 121-187.
- Varela Cáceres, Edison Lucio. *Lecciones de Derecho Civil I Personas*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019.

Jurisprudencia

SC-TSJ, sent. No. 20, de 23 de febrero de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/196324-20-23217-2017-16-1024.HTML>

SC-TSJ, sent. No. 585, de 12 de mayo de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

SC-TSJ, sent. No. 114, de 25 de febrero de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161605-114-25214-2014-13-0749.HTML>

SC-TSJ, sent. No. 1577, de 21 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1577-211008-07-1814.HTM>

SC-TSJ, sent. No. 1186, de 18 de julio de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1186-180708-08-0763.HTM>

SC-TSJ, sent. No. 287, de 5 de marzo de 2004. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/287-050304-02-2992.HTM>

SCC-TSJ, sent. No. 6, del 12 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RNYC-0006-121102-00985.HTM>

SCC-TSJ, sent. No. RC-00759, del 11 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00759-111105-02542.htm>

SCC-TSJ, exp. No. 2009-000675, de 22 de octubre de 2009. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00565-221009-2009-08-675.HTML>

SCC-TSJ, sent. No. 311, de 3 de junio de 2009. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.00311-3609-2009-06-1082%20AC.HTML>

SCC-TSJ, sent. No. 771, de 28 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/205752-RC.000771-281117-2017-17-064.HTML>

SCC-TSJ, sent. No. 318, de 9 de agosto de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/318825-000318-9822-2022-17-282.HTML>

SPA-TSJ, sent. de 24 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00383-25309-2009-2006-0805.html>

SPA-TSJ, sent. No. 157, de 13 de febrero de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00157-13208-2008-2004-0183.HTML>

Juzgado Superior Decimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. No. 9, de 27 de febrero de 2019. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/decision-n-ap71-r-785499417>

Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. dictada en Exp. 14952/AP71-R-2018-000440, de 8 de febrero de 2019. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/FEBRERO/2141-8-14.952-.HTML>

Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Transito y de Menores de Miranda, sent. de 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/lilian-rafaela-aponte-rodriguez-547265506>

*Breves anotaciones sobre el Factor Mercantil**

Nayibe Chacón Gómez**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 97-105

Resumen: En estas breves anotaciones se busca revisar la figura del Factor Mercantil para comprender la naturaleza de la relación que tiene con el Comerciante (dueño o principal) y la responsabilidad que asume en el giro comercial; así como poder diferenciarla de otras figuras que se encuentran en el escenario comercial venezolano, tal como el Administrador en las sociedades anónimas.

Palabras clave: Factor mercantil, Registro Mercantil, responsabilidad por el giro comercial, comerciante, administrador de la sociedad anónima.

Brief notes on the Commercial Factor

Abstract: *In these brief notes, we seek to review the figure of the Commercial Factor to understand the nature of the relationship it has with the Merchant (owner or principal) and the responsibility it assumes in the commercial line; as well as to be able to differentiate it from other figures found in the Venezuelan commercial scenario, such as the Administrator in corporations.*

Keywords: *Commercial factor; Commercial Registry, liability for the commercial line, merchant, administrator of the corporation.*

Recibido: 14/6/2024

Aprobado: 16/6/2024

* El contenido de este artículo toca temas tratado en la ponencia dictada en el Foro “Nuevos horizontes en el ámbito jurídico corporativo” realizado el 12 de junio de 2024 en la Universidad Metropolitana, evento organizado por el Observatorio de Derecho Corporativo y Buenas Prácticas Empresariales.

** 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.

*Breves anotaciones sobre el Factor Mercantil**

Nayibe Chacón Gómez**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 97-105

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. El Factor Mercantil y su constitución. II. Diferencias del Factor Mercantil con el Administrador de la Sociedad Anónima.*
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva pedagógica la figura del Factor Mercantil es estudiada dentro del tema de los auxiliares y los intermediarios del comercio en los tradicionales programas de Derecho Mercantil en el pregrado de la carrera de Derecho, ya que es bajo ese mismo título que se encuentra consagrado hasta el presente en el Código de Comercio venezolano. El Factor Mercantil junto al Dependiente comparten la sección V de dicho título segundo del libro primero, específicamente en los artículos 94 al 106 del código comercial.

En estas breves anotaciones se busca revisar la figura del Factor Mercantil para comprender la naturaleza de la relación que tiene con el Comerciante (dueño o principal) y la responsabilidad que asume en el giro comercial; así como poder diferenciarla de otras figuras que se encuentran en el escenario comercial venezolano, tal como el Administrador en las sociedades anónimas.

I. El Factor Mercantil y su constitución

El Factor Mercantil según se lee en el artículo 94 del Código comercial “es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño”; es decir, se trata de una persona que administra por cuenta del dueño, que es “el principal” que a la vez es “el comerciante”, que puede, conforme al artículo 10 del código ser un comerciante individual o un comerciante social.¹

* El contenido de este artículo toca temas tratado en la ponencia dictada en el Foro “Nuevos horizontes en el ámbito jurídico corporativo” realizado el 12 de junio de 2024 en la Universidad Metropolitana, evento organizado por el Observatorio de Derecho Corporativo y Buenas Prácticas Empresariales.

** 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.

¹ Código de Comercio, artículo 10.- “Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles.”

La forma de constitución del Factor Mercantil contenida en el artículo 95 del Código de Comercio requiere que se otorgue mediante documento registrado, es decir, inscrito por ante la oficina de Registro Público del domicilio del Comerciante, y quedará inserto en el Protocolo de Transcripción. Este documento se anotará en el Registro de Comercio y se fijará en la Sala de audiencias del Tribunal.

En la Reforma Mercantil llevada a cabo en 1963 el Anteproyecto de los Libros I y II del Código de Comercio, Libro I: De los comerciantes y de sus actividades en general,² se plantea en las formalidades de constitución del Factor Mercantil no exigir el documento registrado, pero sí la inscripción en el Registro de Comercio,

al eliminar en su articulado todo lo relativo al contrato de trabajo, no deja en ninguna duda de que, (...) las formalidades establecidas no tienen nada que ver con la validez del contrato entre el principal y el factor, o sea la validez del mismo no depende del cumplimiento de las formalidades. Por otra parte, aunque el poder no registrado en el Registro de Comercio, no produce efectos frente a terceros (Art. 25, I, encabezamiento del Código de Comercio vigente), o no puede ser opuesto a éstos, según la terminología empleada del Proyecto, dicho poder es, sin embargo, válido, lo que *de lege data* se desprende del Art. 25, aparte único, del Código de Comercio, y *de lege ferenda* de las disposiciones del Proyecto sobre la trascendencia de las inscripciones en el Registro de Comercio. El Proyecto dispone que la falta de registro, la representación se reputa general y sus limitaciones no son oponibles a terceros, a menos que se pruebe que éstos las conocían en el momento de la celebración del acto.³

La importancia cardinal que tiene el cumplimiento de las formalidades prescritas para la constitución del Factor Mercantil se centran en la responsabilidad que asume con relación al giro comercial del principal o dueño, puesto que conforme a la propia legislación comercial venezolana,⁴ una vez que ha sido constituido con arreglo a esas indicaciones, el Factor Mercantil se entiende autorizado para todos los “actos que abraza la gestión” de la empresa o establecimiento que se le confía; y podrá ejecutar todo lo que sea necesario para el buen desempeño de su cargo, a menos que el principal o dueño, es decir, el comerciante, le limite expresamente sus facultades en el poder de constitución como Factor Mercantil.

² Ministerio de Justicia de la República de Venezuela. *Reforma Mercantil. Ante-Proyectos*. Caracas. (1963): 17.

³ *Ídem*.

⁴ Código de Comercio, artículo 95.- “El factor debe ser constituido por documento registrado, que se anotará en el Registro de Comercio y se fijará en la sala de audiencias del Tribunal.

Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abraza la gestión diaria de la empresa o establecimiento que se les confía; y podrán ejecutar todo lo que sea necesario para el buen desempeño de su cargo, a menos que el principal les limite expresamente sus facultades en el poder que les diere.”

En la sentencia de la Sala de Casación Civil, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil trece, con ponencia de la Magistrada: Yris Armenia Peña Espinoza, en el caso por cobro de bolívares intentado por la sociedad mercantil *Venezuelan Heavy Industries, C.A.*, contra la empresa *Desarrollos Mercayag, C.A.*,⁵ en la cual se ventiló un asunto de cobro de bolívares documentadas por unas letras de cambios, y se buscó esclarecer si la persona que había obligado al presunto deudor cambiario tenía o no facultades para obligar a la compañía anónima, y se busca hacer una equiparación entre la figura del Gerente General de una sociedad anónima a la del Factor Mercantil y la asimilación de todas las facultades.

Si bien la sentencia no hace mayor precisión sobre qué quiere decir la legislación mercantil con “actos que abrace la gestión”, salvo afirmar que “está autorizado para todos los actos que alcance la gestión de la empresa o establecimiento que se le confía, lo que mal puede ser entendido en que pueda obligar a la empresa, más que no puede ser citado en nombre de ella, cuando se la demanda por los actos y negocios realizados por el gerente, actuando en representación de la sociedad.”

Por su parte, el Dr. Alfredo Morles Hernández sostiene que

la amplitud de las facultades del factor, cuando ha sido constituido conforme al artículo 95 del Código de Comercio, tiene una sola vía para ser limitada: las declaraciones expresas del principal contenidas en el poder. (...) el factor ejerce el comercio en nombre de su principal; en consecuencia, está autorizado para realizar cualquier acto que sea necesario para el ejercicio del comercio.⁶

Estas consideraciones realizadas por el Dr. Morles Hernández permiten inclinarse a comprender que el Factor Mercantil puede hacer todos los actos, tanto de administración como obligar el giro comercial, si se trata de lograr “el buen desempeño de su cargo”, tal como lo haría el dueño, es decir, el propio comerciante, a menos que éste haya manifestado lo contrario en el documento de constitución del Factor Mercantil.

Ahora bien, en atención al contenido del artículo 96 del código comercial,⁷ el Factor Mercantil siempre debe indicar a los terceros que contrata a nombre de su principal, es decir, del comerciante, e incluso, para la mayor claridad y evitar confusiones el Código de Comercio expresamente menciona que el Factor Mercantil colocará antes de la firma que obra por poder.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° AA20-C-2013-000125, de fecha 31 de octubre de 2013. <https://bit.ly/3RLJVPa>

⁶ Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I Introducción. La Empresa. El Empresario. 4ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. (1998): 482-483.

⁷ Código de Comercio, artículo 96.- “En las operaciones que se ejecutaren expresarán los factores que contratan a nombre de sus principales; pondrán antes de la firma, que obran por poder.”

En la mencionada Reforma Mercantil de 1963 al respecto de la responsabilidad del Factor Mercantil se indica que

Se redacta de forma distinta el artículo relativo a la responsabilidad personal del factor que hubiese omitido poner en conocimiento de terceros que actúa por el comerciante. El tercero puede dirigir sus acciones también contra este último en razón de los actos realizados por el factor dentro de la gestión del establecimiento administrado.⁸

En el Código de Comercio vigente en el caso de que se omitiere la mención de que obra por poder, el Factor Mercantil queda personalmente obligado a cumplir los contratos que se celebren, a menos que se trate de contratos que por su relación con el giro comercio o frecuencia en la realización no quepa la menor duda que se obra por nombre del dueño o principal.⁹

II. Diferencias del Factor Mercantil con el Administrador de la Sociedad Anónima

Como se ha dejado establecido en las líneas anteriores, el Factor Mercantil es considerado en la legislación nacional el gerente de la empresa que administra por cuenta del dueño, ese dueño o principal puede ser un comerciante individual o un comerciante social, por lo que no es extraño ver sociedades anónimas en las cuales se ha constituido un Factor Mercantil quien actúa como gerente de la sociedad anónima.

Ahora bien, cuando se menciona el gerente de la sociedad anónima, no parece hacer referencia al o a los administradores de este tipo societario, ya que el Código de Comercio venezolano emplea la palabra “gerente” junto a las expresiones “directores” y “agentes”, particularmente en el artículo 270 se dispone que podrán nombrarse “gerentes” para la gestión diaria de la sociedad anónima.¹⁰

⁸ Ministerio de Justicia de la República de Venezuela. *Reforma Mercantil...*, 18.

⁹ Código de Comercio, artículo 97.- “Si los factores omitieren la expresión de que obran por poder, quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que celebren; pero se entenderá que lo han hecho por cuenta de sus principales en los casos siguientes:

1° Cuando el contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran.

2° Si hubieren contratado por orden del principal, aunque la operación no esté comprendida en el giro ordinario del establecimiento.

3° Si el principal hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aunque se haya celebrado sin su orden.

4° Si el resultado de la negociación se hubiere invertido en provecho del principal.

En todos estos casos los terceros que contrataren con el factor pueden dirigir sus acciones contra éste o contra el principal, pero no contra ambos.”

¹⁰ Código de Comercio, artículo 271.- “La gestión diaria de los negocios de la sociedad, así como la representación ésta, en lo que concierne a la gestión, puede ser confiada a directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones reglarán los estatutos.”

Mientras que según la teoría orgánica de la sociedad anónima, no puede existir sociedad sin: 1) Accionistas, particularmente reunidos en Asamblea de Accionistas; 2) Administrador que en caso de ser varios Administradores compondrán la “Junta administrativa”, y cuyos derechos y obligaciones, así como la posibilidad de firmar en nombre de la compañía deberá estar expresado en el documento constitutivo y estatutos sociales; y 3) Comisario, que también puede más de uno.

Para distinguir al Factor Mercantil del Administrador o Administradores de la sociedad anónima se puede citar el artículo 285 del Código de Comercio¹¹ que al enlistar quienes no pueden ser mandatarios de los accionistas en la asamblea general menciona: “administradores”, “comisarios” y “gerentes”, por lo que nada parece prohibir que se pueda estar refiriendo el decir “gerente” al Factor Mercantil.

Ahora bien, como señala el Dr. Alfredo Morles Hernández, el o los administradores de la sociedad anónima como órgano se encuentra facultado para realizar por su propia naturaleza, todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social, con las únicas limitaciones que se derivan de la ley y del documento constitutivo; la acción del administrador abarca todo cuanto sea indispensable para la supervivencia, conservación y desarrollo de la persona jurídica.¹²

Destaca el profesor Morles Hernández que una interpretación doctrinaria del contenido del artículo 243 del Código de Comercio¹³ y la “invitación virtual” para la aplicación por analogía del artículo 325 del mismo código referido a la sociedad de responsabilidad limitada,¹⁴ permite determinar que los administradores de la sociedad anónima se encuentran autorizados para ejecutar los actos que abarquen el objeto de la compañía, sin entrar a diferenciar si se trata de actos de administración o de disposición, puesto que en el día a día del escenario empresarial en el cual ejercitan sus labores las sociedades mercantiles, se dan actos de gestión diaria que pueden ser tanto de administración como de disposición.

¹¹ Código de Comercio, artículo 285.- “Ni los administradores, ni los comisarios, ni los gerentes, pueden ser mandatarios de otros accionistas en la asamblea general.”

¹² Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II Las Sociedades Mercantiles. 5ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. (2000): 1262.

¹³ Código de Comercio, artículo 243.- “Los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la Ley les impone; y no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía. No pueden hacer otras operaciones que las expresamente establecidas en el estatuto social; en caso de transgresión, son responsables personalmente, así para los terceros como para la sociedad.”

¹⁴ Código de Comercio, artículo 325.- “Los administradores se consideran autorizados para ejecutar los actos de administración que abarquen el objeto de la compañía. Salvo disposición en contrario del documento constitutivo representarán conjunta o separadamente, a la compañía y podrán obligarla.”

CONCLUSIONES

Para concluir, de lo anotado surgen aspectos que permiten diferenciar al Factor Mercantil del Administrador de la sociedad anónima, el primero que se advierte claramente es el de la constitución de la figura del Factor mercantil, se requiere de un documento público, inscrito en el Registro Público y anotado en el Registro Mercantil, teniendo esta inscripción el carácter constitutivo del Factor Mercantil, puesto que ningún comerciante (ni social ni individual) no requiere de un Factor Mercantil, se trata de una Auxiliar del Comercio.

En el caso del Administrador o Administradores de la sociedad anónima, siguiendo la teoría del órgano, deben estar siempre presente en la sociedad anónima, es decir, junto a la asamblea de accionistas y al comisario son los tres órganos que componen a la compañía anónima, y en atención al contenido del artículo 211 del Código de Comercio,¹⁵ pudiendo otorgar el documento constitutivo de la sociedad por documento público o privado, el registro tienen carácter declarativo de la existencia de la sociedad.

Otro aspecto que diferencia al Factor Mercantil del Administrador de la sociedad anónima deviene de sus facultades, y se ha dejado claro que el Factor al ser una suerte de *alter ego* del comerciante, puede hacer todo salvo lo que expresamente le haya sido limitado por éste. Mientras que el Administrador de la sociedad anónima está apegado al cumplimiento de lo prescrito en el documento constitutivo y los estatutos sociales de la compañía, y de las decisiones que tome la Asamblea de Accionistas como órgano supremo de la sociedad.

Finalmente, aunque no se han realizado hallazgos al respecto, se puede intuir que el Factor Mercantil es una figura pensada por el legislador de la época (téngase presente que la última reforma parcial del Código de Comercio es de 1955 y no fueron modificados los artículos concernientes a los auxiliares del comercio) para que fuera una ayuda al comerciante individual, por lo que se trata de una persona física que realiza sin asociado el comercio, teniendo necesidad de asistirse de otras personas, como son el Factor Mercantil y el Dependiente; tampoco hay prohibición legal de que en una sociedad anónima se constituya un Factor Mercantil, por el contrario, de lo mencionado en estas breves anotaciones el legislador lo distingue directamente como “gerente” de la sociedad anónima, situación que en la práctica comercial venezolana se está evidenciando con bastante frecuencia en la actualidad.

¹⁵ Código de Comercio, artículo 211.- “El contrato de sociedad se otorgará por documento público o privado.”

BIBLIOGRAFÍA

Ministerio de Justicia de la República de Venezuela. *Reforma Mercantil. Ante-Proyectos*. Caracas. (1963).

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I Introducción. La Empresa. El Empresario. 4º Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. (1998).

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II Las Sociedades Mercantiles. 5º Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. (2000).

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° AA20-C-2013-000125, de fecha 31 de octubre de 2013. <https://bit.ly/3RLJVPa>.

Cumplimiento normativo empresarial. La debida diligencia como principio de actuación

Liliana Vaudo Godina*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 107-132

Resumen: A través del presente artículo se busca establecer las características de la debida diligencia como conducta a desempeñar por parte de las empresas en el diseño, implementación y seguimiento de sus políticas de cumplimiento organizacional, previniendo conductas que pongan en peligro o lesionen los derechos humanos de los distintos grupos de interés que se relacionan con sociedad de comercio, en especial, aquellas empresas cuyas actividades económicas traspasan las fronteras de los estados.

Palabras clave: Cumplimiento corporativo; Debida diligencia; Buen gobierno corporativo; Derechos humanos; Formación permanente; Gestión basada en riesgos.

Enterprise regulatory compliance. Due diligence as a fundamental principle of action

Abstract: This article to establish the characteristics of due diligence as a conduct to be performed by companies in the design, implementation, and monitoring of their organizational compliance policies, preventing behaviors that endanger or harm the human rights of the different interest groups that are related to the commercial society, in particular, those companies whose economic activities go beyond the borders of States.

Keywords: Corporate compliance; Due diligence; Good corporate governance; Human rights; Lifelong learning Risk-based management.

Recibido: 26/4/2024

Aprobado: 30/5/2024

* 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. Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

Cumplimiento normativo empresarial. La debida diligencia como principio de actuación

Liliana Vaudo Godina*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 107-132

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN; *1. Acercamiento a una definición de debida diligencia; 2. Algunas experiencias legislativas; 2.1. La ley alemana sobre debida diligencia en las cadenas de suministro; 2.2. La Ley francesa sobre el deber de vigilancia en las empresas; 3. Etapas en el seguimiento de las políticas de debida diligencia organizacional; 4. Gobierno, riesgo y cumplimiento como base de la formación gerencial; 5. Debida diligencia e integración de estándares;* CONCLUSIONES; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Las empresas, muchas veces centran su interés en la parte operativa y el retorno de la inversión, para lo cual se limitan a tomar en cuenta los riesgos producto del mercado o del ámbito financiero, sin evaluar las consecuencias derivadas del posible impacto que sus actividades generan sobre el entorno y la sociedad, ya que se debe entender que la gestión de riesgos atiende a todo el sistema empresarial, que incluye a la sociedad, sus trabajadores, el entorno y otros *stakeholders* interesados en su desempeño, lo que hace incluir la debida diligencia respecto a terceros.

En tal sentido, la formación de estos directivos, gerentes, supervisores y trabajadores en áreas sensibles respecto de la tutela del ambiente, la sociedad y la buena gobernanza, debe comenzar en las aulas y extenderse durante todos los años de desempeño organizacional, debiendo ser una constante los programas de formación continua y adiestramiento.

A través de la siguiente revisión normativa nacional e internacional, se busca establecer la relevancia que tiene la debida diligencia en el desempeño empresarial permite mitigar y prevenir estos impactos cuando producen efectos negativos, al atender oportuna y eficazmente esos resultados adversos. Dicha determinación parte de la

* 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. Afiliación Universidad Metropolitana, Venezuela.

consagración de normas internacionales sobre tutela de los derechos humanos y consagración de principios sobre el modo en el cual deberían diseñarse e implementarse las políticas de gestión de riesgos organizacionales.

Si bien desde hace un par de décadas el principio operativo empresarial de la debida diligencia ha sido mencionado como freno a las posibles violaciones de derechos humanos en las cuales puede incurrir durante el desarrollo de sus actividades comerciales, es importante continuar profundizando en el tema, ya que, se ha convertido en una exigencia la actuación prudencial y precautoria y la necesidad de que las empresas realicen una constante vigilancia sobre sus actuaciones; ya que, la debida diligencia incide positivamente en la gestión de riesgos en la reputación y el retorno de la inversión, en la reducción de costos operativos a través del reprocesamiento o reutilización de los residuos hasta su correcta eliminación, debido a la incorporación de nuevas estrategias de producción; además de coadyuvar al fortalecimiento del gobierno corporativo y la prevención de actividades derivadas de la delincuencia organizada o de la corrupción.

Es relevante en este punto tomar en consideración los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las recomendaciones de la OCDE, que han llevado a algunos países como Francia y Alemania a legislar de manera expresa sobre el tema, estando en proceso de desarrollo normas comunes para la Unión Europea. Por esta razón, los estados deben procurar ofrecer a las empresas financiamiento, adiestramientos, formación, certificaciones e incentivos que les permitan implementar los cambios necesarios en sus políticas hacia mejores prácticas.

En tal sentido, se presenta como objeto, establecer: ¿Cuál el alcance de la debida diligencia como modo de actuar por parte de un sujeto —empresa obligada— quien debe realizar sus actos observando el deber de cuidado? a fin de evitar y mitigar posibles violaciones de derechos humanos, de la mano del apoyo estatal en la implementación de políticas públicas que faciliten estos procesos de cambio, teniendo como objetivos específicos:

- a. Determinar las características implícitas en la debida diligencia
- b. Establecer, a través de la revisión normativa y bibliográfica, a partir de algunas experiencias legislativas, cómo la debida diligencia se concibe a partir del enfoque basado en riesgos
- c. Analizar las implicaciones de implementar un enfoque basado en riesgos a partir del principio operativo de debida diligencia sobre las políticas de cumplimiento corporativo.

Metodología: Para ello, se llevará a cabo la revisión documental, exploratoria y descriptiva, tanto de textos de autores que han escrito sobre el tema, así como del ordenamiento jurídico positivo venezolano y algunas legislaciones de otros países, así como recomendaciones y normas de estandarización que contengan nuevas y mejores prácticas organizacionales como marco para desarrollar políticas de cumplimiento empresarial marcadas por la debida diligencia en la gestión.

1. Acercamiento a una definición de debida diligencia

Para establecer una definición de lo que se entiende por debida diligencia, desde un enfoque jurídico se puede considerar como un proceso permanente de vigilancia sobre la debida gestión, permite a las empresas elaborar, gestionar, implementar y prevenir riesgos vinculados con su ámbito operativo en las cadenas de suministro y la posibilidad de mitigar posibles lesiones contra los derechos humanos. Este modo de proceder con diligencia se fundamenta en el principio precautorio que viene a significar, que cuando una empresa hace todo lo necesario para no traspasar el riesgo permitido, genera una exclusión de responsabilidad penal. Ello deriva de las reglas de imputación objetiva que son excluyentes cuando no se traspasa este riesgo, pudiendo colocar gran cantidad de ejemplos, aún para los casos de responsabilidad objetiva en materia ambiental, ya que, la Ley Penal del Ambiente establece formas de responsabilidad objetiva solamente aplicable a las personas jurídicas, teniendo en consideración la producción del resultado en atención a la transgresión de una conducta administrativa, lo cual siempre va a exigir la violación del deber de cuidado, al no haber sido diligente en la escogencia, por ejemplo, de un contratista.

Para ello, es relevante entender el significado del Derecho de Cumplimiento Normativo, que según Bernate, en: “el cumplimiento de la normatividad administrativa, financiera, y comercial específica por parte de un agente económico en procura de prevenir la comisión de hechos delictivos con ocasión de su participación en los procesos económicos”¹ Por otra parte, Vaudo trae la definición que da la Asociación Mundial de *Compliance*, según la cual, el *compliance* está conformado por “un 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”².

¹ Bernate 2018, *El Compliance y La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo. Vol. X. No. 20, 31-49. p.37

² Vaudo, L. 2022, *Normas de Buen Gobierno Corporativo. Prevenir con compliance y autorregulación*. International Visual Culture Review. Scopus <https://doi.org/10.37467/revvisual.v9.3770>. p.2.

También, en Venezuela, dice Rodríguez, que el cumplimiento normativo no se limita a la mitigación de riesgos penales, sino que abarca una concepción amplia de cumplimiento organizacional que se extiende a otros ámbitos como el laboral, el tributario, el tecnológico o el relacionada con la protección de datos³. Debiendo agregar la relevancia de incorporar la ética corporativa en todos los niveles de gestión empresarial, la divulgación y la identificación con los principios y valores organizacionales permiten construir una cultura de cumplimiento basada en la debida diligencia.

Por tal razón, uno de los principios fundamentales del *compliance* es la debida diligencia. En tal sentido, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE⁴, ha considerado que la debida diligencia posee, entre otras, las siguientes características:

- a. El carácter preventivo, ya que su objeto es evitar causar o evitar contribuir a la producción de impactos negativos sobre la persona, la colectividad y el medio ambiente. También indica que es fundamental la prevención de esos impactos negativos derivados de las actividades, productos y servicios que se generan en el intercambio comercial.
- b. El carácter precautorio para el caso en que no se haya podido evitar la producción de impactos negativos, la debida diligencia debe permitir a las empresas mitigarlos y repararlos.
- c. La debida diligencia comporta todos los procesos que de manera conjunta permiten identificar los impactos negativos, con el objeto de tomar medidas para prevenirlos, hacer seguimiento y mitigarlos, tanto en las actividades propias como en lo que se vincula con las relaciones, cadenas de suministro, manejo y disposición de residuos
- d. Es importante el diseño de políticas que sean conocidas por todos, debiendo existir una sincera comunicación que permita implementar estrategias claras, formación continua del personal y contacto y capacitación desde las altas esferas del gobierno corporativo.
- e. El seguimiento debe ser continuo, ya que, debe existir un proceso de evaluación respecto a las políticas que se han seguido y si su implementación ha reportado efectos positivos; así se identifican las cosas que hay que mejorar, mostrando resiliencia al cambio.

³ Rodríguez, A. 2023. *Sistemas de gestión de compliance. Un enfoque corporativo integral (mercantil, administrativo, tributario, laboral y penal* Tribunal editorial jurídica, Caracas Ps.24-32

⁴ OCDE 2018. Principios 18-24.

-
- f. Implementar criterios basados en riesgos, tomando medidas proporcionales al nivel de riesgo que represente una determinada actividad, para lo cual debe considerar los diferentes niveles de riesgo y los mecanismos para prevenirlos o mitigarlos para el caso de ocurrir un impacto negativo; teniendo por ejemplo un mayor cuidado con los daños ambientales o la posible violación de derechos humanos. Para ello es fundamental realizar estudios de impacto que permitan determinar la conveniencia de la actividad y el alto nivel de riesgo que pudiera representar peligro inminente para los bienes jurídicos vinculados con la vida, la salud, el entorno; caso en el cual, la actividad no puede desarrollarse por lo menos en el que se tenía previsto el desarrollo comercial.
- g. En tal sentido, dice la OCDE, que, en algunos casos, pueden surgir o emerger nuevos impactos negativos que deben priorizarse antes de proseguir con los impactos menos significativos. En el caso de priorizar riesgos frente a los derechos humanos, la gravedad de un posible impacto negativo —como por ejemplo cuando una respuesta tardía podría hacer que el impacto sea irreparable— constituye el factor predominante para priorizar las respuestas.⁵
- h. La OCDE, establece que la debida diligencia no transfiere responsabilidades y cada empresa, dentro de la relación comercial, “debe asumir su responsabilidad de identificar y abordar los impactos negativos”⁶ Sin embargo, incluso la ley venezolana, en particular la Ley Penal del Ambiente⁷ ha indicado que la responsabilidad de las empresas es solidaria cuando existe una relación comercial entre éstas, por ejemplo, por una prestación de servicio respecto de los riesgos sobre el medio ambiente. Lo cierto es, que como se analizará más adelante, la ley alemana establece una exigencia para la contratación que deben cumplir de igual manera las empresas extranjeras que piensen intervenir o contratar en el mercado alemán; siendo un prerrequisito de desempeño.
- i. En su lugar, recomiendan que cada empresa asuma su responsabilidad con respecto a los impactos negativos. En aquellos casos en que los impactos estén directamente vinculados a las actividades, productos o servicios de una empresa, esta debe intentar, en la medida de lo posible, usar su influencia para efectuar las correcciones, bien sea individualmente o en colaboración con otros. Por ello, la propia OCDE señala que toda empresa está obligada a acatar las leyes nacionales de las jurisdicciones en las que operan y/o en las cuales se encuentren domiciliadas.

⁵ OCDE 2018, Anexo 3-5.

⁶ Ibidem, 2018. Principios 21-24

⁷ Asamblea Nacional 2012. Ley Penal del Ambiente. Gaceta Oficial 39913. Artículo 16.

- j. Cuando se trate de empresas de mediana o pequeñas dimensiones, éstas pueden no requerir esquemas tan estrictos por su escasa diversidad y ser más sencillo el proceso de identificación de riesgos, a pesar de su capital limitado. Sin embargo, a criterio de la OCDE, pueden recurrir a acuerdos, precalificación, fideicomisos de votación, licencias o contratos de franquicia; asimismo, puede haber intercambio por servicios, tal como ocurre con las empresas de producción que, por ejemplo, no cuentan con procesos propios para el manejo de residuos y la cooperación de las partes interesadas.
- k. Otra característica, que no se encuentra mencionada expresamente por la OCDE, es la ética organizacional, que debe ser transversal a la debida diligencia y que constituye la base de la cultura de cumplimiento, generando confianza y respeto por los principios y valores organizacionales. Esta comunicación —siempre que no vulnere la confidencialidad— lleva implícito el deber de reportar cualquier actividad sospechosa, debiendo la empresa establecer canales de denuncia seguros, a tenor de la norma ISO 37002 de la Organización Internacional de Normalización.

De igual manera, es importante considerar a los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en los cuales se expresa que para cumplir con el deber de tutelar los derechos humanos las empresas deberán contar con políticas apropiadas que incluyen:

- a. Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b. Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c. Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar⁸

Estos principios, también recogen los aspectos importantes de la debida diligencia en materia de derechos humanos, señalando que: ‘puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos’⁹; y, en tal sentido recomienda:

⁸ ONU. 2011. Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Principios 16-24.

⁹ Ibidem. 2011. Principios 21 y 22.

- a. Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b. Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación ¹⁰

Estos Principios Rectores son de aplicación a todo tipo de empresas y se basan en el reconocimiento de:

- a. Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b. El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
- c. La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento ¹¹

De estos principios surge que, los estados deben garantizar el respeto de los derechos humanos de todos aquellos que se vinculan a las organizaciones y deberán:

- a. Comprometerse con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que signifiquen violaciones de los derechos humanos derivadas de su objeto social;
- b. Brindar la asesoría que sea necesaria para que las empresas sean capaces de evaluar y tratar los principales riesgos vinculados a violencia de género, diversas formas de acoso sexual y laboral
- c. Incluye la posibilidad de negar cualquier tipo de incentivos o apoyo en materia de servicios públicos como licencias o patentes, cuando las empresas incurran en graves violaciones de los derechos humanos y no cooperen para cooperar para resolver restaurar la situación. Llama la atención que hable de violaciones graves de derechos humanos que conllevarían supuestos de trata de personas, trabajos en condiciones esclavizantes, torturas, maltrato físico o psicológico, tanto respecto de grupos de interés interno o poblaciones en las cuales se lleva a cabo la actividad comercial.

¹⁰ Idem.2011. Principios 23 y 24.

¹¹ ONU 2011. Principio 1.

- d. Persigue, además, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico positivo interno y de las políticas de mejores prácticas destinadas a prevenir el riesgo de incurrir en estas violaciones de los derechos humanos¹²

Para asegurar estos logros es importante que las empresas asuman los riesgos de las actividades que desempeñan y por ende, sean capaces de enfrentar los impactos y las consecuencias negativas que afecten los derechos humanos y puedan derivar en sanciones, debiendo ser capaces de prevenirlas y precaverlas, adoptando mecanismos para mitigar y restaurar esos derechos, especialmente aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otros convenios regionales que reconozcan mejores derechos; así como también los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo o las recomendaciones que surjan de otros órganos como la Organización Internacional de Normalización o el Grupo de Acción Financiera Internacional. Además, es fundamental que las políticas se divulguen dentro de la empresa y exista un proceso transparente y verificable de rendición de cuentas.

La importancia de ello vendría dada, por colocar un ejemplo; la afectación que puede representar tanto respecto de derechos e intereses colectivos y difusos como respecto del propio sistema financiero de un estado, cuando una empresa o una institución financiera ejecute delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo o a la proliferación de armas de destrucción masiva, cuyas graves consecuencias pueden traspasar las fronteras de estos estados y afectar a grupos de civiles en situaciones de conflictos, que además atentan contra la paz.

2. Experiencias legislativas

Para el año 2022, la Comisión Europea presentó una propuesta para una legislación europea en materia de Debita Diligencia y Sostenibilidad Empresarial. Esta propuesta está dirigida a crear mecanismos que deban ser adoptados por los países europeos y los obliguen a la gestión de riesgos. De aprobarse, en países como Francia y Alemania, que cuentan con leyes sobre debida diligencia, se procedería a ajustar la normativa existente, en tanto que al resto de Europa le correspondiera adoptarlas.

¹² Ibidem. 2011. Principio 10.

2.1. La experiencia alemana

La Ley sobre debida diligencia en las cadenas de suministro, creada en 2021, es aplicable, en primer lugar, a todas aquellas grandes empresas vinculadas con la actividad comercial, independientemente si son o no alemanas. El objetivo de la ley es buscar integrar en las políticas de gestión todo lo relacionado con respeto de los derechos humanos, para prohibir conductas como la discriminación, esclavitud laboral, el acoso, la explotación y el trabajo infantil ((§ 2, párr. 2, núm. 6), Se vincula además con normas de estandarización como la ISO 45001 sobre seguridad e integridad en el medio ambiente de trabajo y la gestión del entorno, la economía circular y la debida gestión de residuos en las cadenas de suministro ((§ 2, párr. 2).

La ley alemana establece el deber de observar la debida diligencia con un enfoque basado en riesgos tanto operativos como legales, haciendo especial referencia a la ética en las operaciones, el respeto de los derechos humanos de los trabajadores y los derechos sociales en general, evitando el peligro o las lesiones que puedan perjudicar la salud, la integridad, el medio ambiente. Ello incluye atender las posibles conductas que puedan representar perjuicios al sistema económico, (§ 3, párr. 1). De esta manera se integran estándares previamente existentes, con el fin de lograr que tanto el gobierno corporativo como la alta directiva participen en el diseño y revisión de los procesos, estableciendo así diligencias concretas conforme a la actividad y al rol de liderazgo que se desempeña dentro de la empresa, para que se lleven a cabo de manera adecuada (§ 3).

La Cámara de Comercio Venezolano Alemana (AHK), indica que a debida diligencia corporativa abarca dentro de sus obligaciones en el diseño e implementación del sistema de gestión de riesgos:

- La adopción de una declaración de política de la estrategia corporativa de derechos humanos, rendición de cuentas por parte de las empresas en aras de fomentar una cultura de cumplimiento normativo y un comportamiento empresarial alineado con la ética, la sostenibilidad y la responsabilidad en las cadenas de suministros. Con ello se persigue, en especial, la tutela de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, así como procurar gobiernos corporativos transparentes y confiables, abocados a garantizar condiciones de vida saludables para las generaciones futuras.
- Establecer medidas preventivas
- Implementar de forma inmediata, medidas de mitigación y correctivas en caso de violaciones legales detectadas (§ 7)
- Establecer un procedimiento de quejas o reclamos
- Requisitos de documentación y presentación de informes para cumplir con los requisitos de diligencia debida

Por otra parte, la norma indica que el ámbito de aplicación de la ley será respecto de:

- a. Las empresas cuya sede esté en Alemania o tengan sucursales en ese país, que posean un mínimo de 3,000 empleados, para los cuales la vigencia legal inició en enero de 2023;
- b. Las empresas cuya sede esté en Alemania o tengan sucursales en el país, que posean un mínimo de 1,000 empleado/as en Alemania, la vigencia establecida es a partir de enero de 2024.
- c. Toda persona —natural o jurídica— empleada en Alemania.
- d. Sucursales —no casa matriz— de empresas extranjeras en Alemania
- e. Casas matriz establecidas en Alemania y sus sucursales y filiales en el extranjero.
- f. Todas las empresas extranjeras que se vinculan con el mercado alemán o aspiran ingresar a éste, independientemente de su tamaño
- g. Proveedores directos

Como puede apreciarse, la ley no aplica a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) ni de manera directa a los proveedores extranjeros y por lo tanto no aplican los controles ni las sanciones que impone la Oficina Federal de Economía y Control de Exportaciones (BAFA) a las empresas con sede o sucursales en Alemania. Como indica el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa: “El gobierno planea introducir un nuevo deber de tutela de los derechos humanos para las 600 empresas más grandes del país. El alcance se ampliaría para cubrir alrededor de 2.900 empresas con más de 1.000 empleados a partir de 2024”¹³ Sin embargo, se hace la recomendación que sea adoptada por todo tipo de empresas.

Respecto a los proveedores de estas grandes empresas, el alcance de la norma abarca tanto las operaciones propias como las de los proveedores directos; aplicando a los proveedores indirectos, solamente para el caso de reclamaciones en caso de que la empresa adquirente haya estado al tanto de los riesgos o haya existido alguna violación contractual respecto de los compromisos pactados y se cometan violaciones de derechos humanos como el incumplimiento de medidas de seguridad laboral, esclavitud, no asunción de medidas para evitar impactos negativos sobre el medio ambiente o respecto de la responsabilidad extendida sobre el tratamiento de los residuos (§ 7-9).

¹³ ORSC. 2021. Párrafo 2.

Si son proveedores extranjeros, si bien la ley no aplica directamente, no es menos cierto que existe el deber de las empresas alemanas de exigir a esos proveedores constancias de cumplir con estándares internacionales y con los acuerdos sobre derechos humanos. En estos supuestos, la empresa realizará la evaluación de los riesgos para la contratación, pudiendo incluir cláusulas en los contratos que honren estos compromisos, e incluso asumir la formación y el adiestramiento, inculcando la cultura de *compliance*.

En tal sentido, cuando exista incumplimiento del deber de debida diligencia puede generar sanciones contractuales, resolución de contratos o eliminación del proveedor de las listas de contratación, aspecto que afecta la reputación organizacional y por ende, la confianza respecto a su proyección en el mercado y la rentabilidad. Para Grabosh¹⁴ la ley implementa de forma vinculante los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, adoptados el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, que contempla un deber del Estado en de protección de los derechos humanos, ofreciendo incentivos a las empresas, las cuales deben comprometerse y actuar encaminadas a evitar los riesgos para los derechos humanos en sus cadenas de suministro globales.

La ley establece la responsabilidad de los directores en la asunción de las medidas de diligencia debida. Se establecen sanciones (§ 24) y el deber de designar al/los encargado (s) de supervisar la gestión de riesgos, especialmente respecto a velar por la tutela de los derechos humanos del medio ambiente, estableciendo así un Consejo de Supervisión que cumple las funciones de los oficiales o encargados de cumplimiento.

Asimismo, reseña el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, respecto a las sanciones que: “Si una empresa elude sus obligaciones, se impondrían multas y sanciones significativas contra ella de hasta el 10% de la facturación anual¹⁵, así como la exclusión de los contratos públicos durante un plazo de hasta tres años”. Este organismo considera, sin embargo, que la ley adolece de debilidades al no establecer obligaciones de debida diligencia a los proveedores indirectos ni contemplar la responsabilidad civil de las empresas por danos derivados del incumplimiento de la obligación de debida diligencia, así como el alcance limitado de la misma que no aplica a medianas y pequeñas empresas.¹⁶ No obstante, para el caso de derechos vulnerados que no se vinculen de manera directa a inobservancia por parte de la empresa, se ofrece

¹⁴ Grabosh,R (2021) *Ley de Debida Diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos* Perspectiva, Trabajo y Justicia Social. Editora: Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf>. P. 1.

¹⁵ ORSC 2021, Párrafo 3.

¹⁶ ORSC 2021, Párrafo 4.

un incentivo correspondiente en el caso de que la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA), que equivaldrá a una multa, pero teniendo en cuenta los esfuerzos de la empresa por reparar los daños¹⁷

Será importante, actuar de manera resiliente en incorporar tanto la norma positiva como los estándares internacionales, las recomendaciones de la OCDE, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, así como la más reciente normativa aprobada por el Parlamento Europeo vinculada a la implementación de la inteligencia artificial así como los Tratados de Derechos Humanos, en la asunción de la debida diligencia en las cadenas de suministro. Estas disposiciones, representan—incluso para los proveedores extranjeros— oportunidades para mejorar sus condiciones de operatividad y proyectarse con sus buenas prácticas hacia nuevos mercados debido a la fidelización de la clientela.

Cuando se evidencia la infracción de la diligencia debida, la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA) impondrá multas de hasta 100.000 euros en caso de incumplimiento de los procesos meramente formales, en tanto que de violar obligaciones o deberes especiales, en el primer caso puede aplicar hasta 500.000 o de ser graves o especialmente importantes en los cuales resulte difícil o imposible mitigar o corregir los daños, hasta 800.000 euros, recayendo sobre la persona de los directivos y los responsables de cumplimiento en materia de derechos humanos, y respecto de las empresas podrán alcanzar entre 5 millones de euros y 8 millones de euros para los supuestos antes señalados (§ 24, párr. 2, frase 2).

2.2. La Ley francesa sobre el deber de vigilancia en las empresas

La Ley francesa sobre el deber de vigilancia en las empresas dictada por el Parlamento francés (2017) es aplicable tanto a empresas matrices como a cualquier empresa subcontratante, viéndose obligadas a abordar la producción del riesgo, mediante un enfoque que parte del principio de debida diligencia organizacional.

Este deber de vigilancia busca evitar causar lesiones a las personas y al medio ambiente, siendo aplicable a más de cien (100) grandes empresas francesas, las cuales estarían obligadas a cumplir dentro de las cadenas de suministro, con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011). Contempla, además, responsabilidad para las personas jurídicas que violen este deber de diligencia en las cadenas de suministro, que le lleven a responder, no sólo por he-

¹⁷ Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA) evalúa el importe de una multa, debe tener en cuenta los esfuerzos de la empresa por reparar los daños (2021) § 24, párr. 4.

chos derivados de conductas que ejecuten los trabajadores a su cargo, sino que debe vigilar también aquellas que desempeñan sus subcontratistas y proveedores; estableciendo sanciones que pueden llegar a los 30 millones de euros, para el caso de no contar con programas de gestión de riesgos.

En todo caso, de contar con estos programas conlleva a eximir la responsabilidad, por lo menos la vinculada con riesgos penales. A diferencia de la ley alemana, la cual, para el caso de daños establece un incentivo, una vez que la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA) evalúa el importe de una multa, debe tener en cuenta los esfuerzos de la empresa por reparar los daños¹⁸

3. Etapas en el seguimiento de las políticas de debida diligencia organizacional

Las políticas de debida diligencia empresarial conllevan una serie de etapas para el desarrollo, seguimiento y corrección de la gestión de riesgos y la adopción de medidas de mejora de las condiciones sociales, ambientales y la buena gobernanza, que involucran la incorporación de los criterios de responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad y la ética como ejes transversales, a fin de garantizar el desarrollo sostenible, la rentabilidad y el aseguramiento de mejores condiciones de vida para las generaciones presentes y futuras.

En tal sentido, dentro de este diseño se debe abordar:

- a. Identificación y análisis de riesgos: Mediante un autodiagnóstico, las empresas determinan si su actividad puede conllevar violaciones de los derechos humanos dentro y fuera de la organización, la correcta gestión ambiental y la buena gobernanza empresarial, debiendo evaluar constantemente los riesgos, adoptando medidas para evitar, mitigar o erradicar cualquier infracción de sus obligaciones derivadas de sus actividades comerciales en las cadenas de suministro.
- b. Esto aplicará de igual manera a los proveedores, con la finalidad de que la empresa no se vea involucrada en situaciones que comprometan la confianza y buena reputación. Para ello existen distintas plataformas como la SME Kompass que ofrece orientación sobre el modo de iniciar un proceso de debida diligencia¹⁹
- c. Medidas de control: que incluyen auditorías externas que permitan verificar el cumplimiento de la empresa y sus proveedores en materia de derechos humanos.

¹⁸ Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (2021) § 24, párr. 4.

¹⁹ **SME Kompass** <https://kompass.wirtschaft-entwicklung.de/en/>

Algunos recomiendan el uso de plataformas tales como Navigator ²⁰ que orientan la gestión respetando los derechos humanos dentro y fuera de la organización

- d. Medidas de reparación: al haberse constatado en la empresa del proveedor directo violaciones de derechos humanos o medioambientales, la empresa adquiridora tomará medidas para poner fin a la violación o minimizarla.
- e. Documentación de los procesos que permitan tanto a las empresas como a sus proveedores, trabajadores, contratantes y futuros aliados comerciales, evidenciar la alineación con los criterios sociales, ambientales y de buena gobernanza en el respeto de los derechos humanos y las buenas prácticas empresariales. Para ello puede utilizarse alguna plataforma que oriente en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, como, por ejemplo, la CSR Risk Check ²¹
- f. Planes de prevención y mitigación para erradicar las infracciones evidenciadas y minimizarlas
- g. Enfoque cooperativo: la implementación es responsabilidad de la empresa adquiridora. Sin embargo, en cuanto a la concepción e implementación de las medidas de reparación con un calendario preciso, las empresas adquiridoras dependen a menudo de la cooperación con los proveedores, así como de la involucración de las personas afectadas o de quienes representen sus intereses. El fin de esta ley justamente no es que las empresas se retiren de estos contextos complejos sino evitar el surgimiento de nuevas posibles violaciones de derechos que pudieran afectar a los diferentes grupos de interés tanto internos como externos; es decir, hacia adentro de la organización, proveedores, usuarios, clientes, consumidores, entre otros.

Se conocen investigaciones adelantadas por Humberto Cantú y Laura Esparza, en la Universidad de Monterrey, en México con el auspicio del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) y Oxfam México, que persigue incentivar la adopción de la debida diligencia para prevenir y mitigar riesgos en todas las actividades económicas, que incluyan el respeto de los derechos e integridad humanos en las empresas, especialmente en áreas de la economía que involucran problemas de desplazados y deudas económicas generacionales, como los pueblos indígenas —citan casos como el del Tren Maya y el Proyecto Integral Morelos en particular—. La idea es concientizar sobre los impactos negativos, la prevención, la corrupción y otras prácticas que pueden afectar a la colectividad.

²⁰ Navigator <https://bhr-navigator.unglobalcompact.org/?lang=es>

²¹ CSR Risk Check <https://www.mvorisicochecker.nl/en>

4. Gobierno, riesgo y compromiso

La diligencia debida, asume un enfoque basado en riesgos en el cual se debe trabajar e informar sobre los tres (3) aspectos esenciales, ya antes mencionados, como lo son: El gobierno corporativo, el riesgo y el cumplimiento. La gestión de riesgos, como lo establece Vaudo: “es el proceso de identificar, analizar y responder a los distintos factores de riesgo que comporta la actividad de los sujetos obligados, en virtud de la actividad económica que desempeñan”²². Constituye un conjunto de políticas y procesos llevados a cabo de manera estructurada y continua, que se ajusta a la actividad económica que desarrolla la empresa, que busca por una parte prevenir y mitigar posibles efectos lesivos derivados de una errónea gestión del riesgo.

Aquí, adquiere trascendencia los procesos de formación educativa, teniendo en cuenta que la educación empresarial debe estar dirigida a adquirir habilidades para resolver problemas y prevenir conductas que puedan representar daños a las personas, al medio ambiente y también a la organización.

En materia de derechos humanos, manifiesta Grabosh²³ que, para garantizar la debida diligencia, entre las normas de DDHH que deben observarse ellos están los dos convenios de derechos humanos de las Naciones Unidas y los ocho convenios fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); ello refiriéndole a la Ley de Debida Diligencia alemana, lo cual abarca aspectos como el tratamiento y eliminación de los contaminantes orgánicos²⁴, la prohibición de trabajos forzados, infantil o esclavista, las normas de seguridad laboral, especialmente para el caso de puestos de trabajo en los cuales se manejan agentes químicos, los derechos sindicales, salario justo, la igualdad de trato sin discriminaciones, la no generación de escasez o privación de la tierra y desplazamiento y las normas vinculadas con la protección del ambiente²⁵.

A través del análisis de algunas normas de estandarización, en especial las normas ISO 9001 sobre calidad, ISO 31000, 19600 (2013) y 37301 (2022) se pueden seguir directrices para diseñar programas de *compliance* que faciliten el desarrollo, ejecución, seguimiento, evaluación y mejora de los sistemas de gestión.

De los aspectos a resaltar con relación a la comprensión de la estructura organizacional, deben considerarse los siguientes:

²² Vaudo, L. 2022.op. cit. P. 5.

²³ Grabosh,R (2021) *Ley de Debida Diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos* Perspectiva, Trabajo y Justicia Social. Editora: Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. [https:// library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf](https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf)

²⁴ LKSG 2023. § 2, párr. 3, núm. 5

²⁵ LKSG 2023, (§ 2, párr. 3, y 5

- a. Comprender la estructura organizativa de la empresa en todos sus estamentos, desde los órganos de dirección hasta los trabajadores y prestadores de servicios, proveedores, contratistas
- b. Comprender tanto las necesidades como y las expectativas de todos los grupos de interés vinculados a la organización, tanto los internos como los externos, cuyas opiniones deben ser tenidas en consideración para mejorar las políticas de gobierno y gestión tanto ambiental como social
- c. Comprender la importancia de la debida diligencia en establecimiento del alcance que tendrán las políticas de cumplimiento corporativo
- d. Identificación de los riesgos, su nivel y diseño de las políticas adecuadas para implementar una gestión con liderazgo, cooperación, compromiso y valores
- e. Asunción de sus deberes por parte de cada uno de los órganos del gobierno corporativo y las demás personas que forman parte de la empresa, con base a la ética, la cultura del cumplimiento normativo y el respeto de los derechos humanos. Ello amerita ejemplo y adiestramiento permanente
- f. Necesaria rendición de cuentas, por parte de los accionistas, los supervisores, oficiales de cumplimiento, respecto de su gestión. Es importante hacer públicas las políticas de cumplimiento y los resultados obtenidos en materia de sostenibilidad, anticorrupción, prevención de actos de delincuencia organizada, licitud de las actividades económicas, tutela de derechos humanos, cumplimiento de obligaciones fiscales, ambiente y seguridad laboral, responsabilidad social y demás aspectos de relevancia que generen confianza en los *stakeholders*, ya que, de un modo u otro, las organizaciones se deben a la colectividad.

La debida diligencia permitirá contar con respuestas prontas y efectivas ante cualquier actividad sospechosa que ponga en entredicho la imagen organizacional, debiendo los órganos directivos asignar recursos de diferente naturaleza como humanos (profesionalización, asesorías, formación continua), tecnológicos, financieros y estructurales para garantizar su implementación, combinando así los tres elementos fundamentales de gobierno, riesgo y cumplimiento.

5. Debida diligencia e integración de estándares

Como parte de las investigaciones que se han venido adelantando desde hace media década tanto en el ámbito de las buenas prácticas empresariales como sobre educación empresarial, uno de los aspectos fundamentales que debe servir de marco para la concreción de políticas de cumplimiento empresarial y que ha marcado los esfuerzos de las organizaciones internacionales en materia de derechos humanos y algunas legislaciones positivas, es el tema sobre la debida diligencia.

La debida diligencia empresarial requiere establecer políticas de cumplimiento que contemplan los procesos y medidas a seguir para la implementación, control y evaluación y gestión, dirigidas por una parte a evitar sanciones por incumplimientos legales y por otro, a mitigar posibles daños que puedan derivar de la actividad comercial y corregir el desempeño con miras a evitar nuevas situaciones adversas. Estas políticas deben estar supervisadas por un oficial de cumplimiento u órgano que cumpla dicha función de evaluar el desempeño de manera transparente y rendir cuentas de su gestión y contar con mecanismos de respuesta oportuna.

Dentro de la organización empresarial, el oficial del cumplimiento será el encargado de establecer los protocolos a seguir en la toma de decisiones que cuente además con canales de denuncia que faciliten el reporte de actividades sospechosas y las investigaciones internas correspondientes, teniendo en cuenta el contenido de las normas ISO 31000, ISO 37002-2021 e ISO 37008-2023, respectivamente.

Por otra parte, se debe contar con un Código de Ética que sea conocido por todos los *stakeholders* que se vinculan a la organización con el correspondiente régimen disciplinario; políticas de auditoría interna y externa por personas imparciales, con base en la norma ISO 19011, debiendo existir programas de auditoría y formación, que incluyan a las estructuras del gobierno corporativo.

En tal sentido, atendiendo a las recomendaciones de las organizaciones internacionales de derechos humanos y de estandarización, ha sido resaltado el papel que cumplen las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y las características explanadas sobre la debida diligencia, así como el contenido de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

También, de la mano con la norma de certificación ISO 45001 —la cual integra las exigencias de las normas OHSAS18000, ISO 14001 e ISO 9001 en materia de seguridad laboral— debe atenderse al contenido de la Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo²⁶ (OIT, sexta edición, 2022), e informar tanto a los *stakeholders* internos como externos, de las medidas que se asuman, que en materia laboral ofrece directrices destinadas a implementar mejoras en las contrataciones como en las condiciones laborales tanto en la empleabilidad como el medio ambiente de trabajo, la formación continua, como hecho social destinado al desarrollo humano del trabajador y el bienestar de sus familias. En este contexto, la OIT ha señalado:

²⁶ OIT 2022. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. Sexta edición. Ginebra https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf Sexta Edición.

Mediante las inversiones directas internacionales, el comercio y otros medios, estas empresas pueden aportar beneficios substanciales, tanto para los países de origen de las empresas como para los países anfitriones, al contribuir a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo sostenible establecidas por los Gobiernos, pueden aportar también una contribución importante a la promoción del bienestar económico y social; a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; y al ejercicio efectivo de los derechos humanos, incluida la libertad sindical, en todo el mundo²⁷ (2022, 7)

También establece esta Declaración de Principios, que éstos son aplicables para cualquier empresa multinacional o nacional, persiguiendo que orienten a los empleadores a adoptar acciones y políticas sociales “para promover el progreso social y el trabajo decente”, debiendo respetar tanto la legislación interna de cada estado en el cual realizan actividades en las cadenas de suministro como sus políticas de cumplimiento y las normas de estandarización. En tanto que, en materia de debida diligencia, indica que las empresas “deben detectar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales”²⁸ incluyendo consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas como los sindicatos.

En otro sentido y de manera general, se debe someter a revisión anual los manuales de prevención de riesgos, debiendo actualizarlos según lo demande la situación o la normativa vigente, especialmente en las áreas de prevención del riesgo de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, Financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva, inteligencia artificial, derechos laborales, derechos humanos, corrupción, protección ambiental, derechos de autor y desempeño del gobierno corporativo.

Todo lo relacionado con la tutela de Derechos Humanos cobra fuerza dentro de las empresas, debido a la importancia de considerar los impactos sociales, ambientales y en el gobierno corporativo que pueden tener las actividades económicas. El Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, ha realizado observaciones con relación a que las normas estatales colocan en cabeza de las víctimas el deber de demostrar la afectación o puesta en peligro de sus derechos humanos debido a las actividades desplegadas por parte de las empresas; en tal sentido ha considerado que ello deja “ilusoria la restauración del daño para el caso en que la empresa hubiera cumplido con un plan

²⁷ Ibidem 2022. P. 7.

²⁸ Idem. 2022. P. 10.

de vigilancia adecuado y pese a ello se hubiere ocasionado la lesión al derecho; ya que, no exige garantizar resultados sino simplemente demostrar que se siguieron estos protocolos”²⁹ Pareciera entonces, que no se prevé ninguna forma de responsabilidad objetiva por el resultado.

Por otra parte, la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales Culturales y Medioambientales (Redesca) publicó un estudio sobre los estándares interamericanos y derechos humanos, indicando lo siguiente:

No es posible soslayar la protección del medio ambiente en las iniciativas del desarrollo que se presenten, ya que, en virtud de este derecho, los Estados deben crear condiciones para la realización plena de los derechos humanos en su conjunto, así como garantizar un proceso participativo dirigido a ampliar las posibilidades y libertades de las personas y pueblos para aumentar su bienestar y calidad de vida de manera sostenible y sin discriminación alguna³⁰

Agrega, además, dicha Relatoría Especial:

“si los planes, políticas, proyectos o normas relativas al desarrollo económico y social de un país no incluyen la protección del medio ambiente, o lo incluyen de manera deficiente, sin las consecuentes responsabilidades jurídicas de las empresas como actores claves en estos procesos, el derecho al desarrollo se verá seriamente limitado. De allí que para la CIDH y su Redesca, todo marco de crecimiento económico o programa de desarrollo deba asegurar la materialización de los derechos humanos en su ejercicio conjunto e interdependiente, que permita visibilizar su influencia recíproca, así como los determinantes para su realización”³¹

Este Informe especial de la Relatoría, se basa un poco en la cantidad de afectaciones que han sufrido las víctimas, en especial en los países latinoamericanos, desplazados o afectados, así como las persecuciones de las que han sido objeto algunos defensores de derechos humanos que han denunciado los excesos cometidos por las empresas destinadas a las industrias extractivas y se han visto obligados a solicitar medidas cautelares ante el sistema interamericano de Derechos Humanos.

Se puede ver que, en Venezuela, principalmente respecto de las actividades de empresas mixtas del sector público, destaca la carencia de información oficial sobre los daños derivados de la industria minera, que ha generado el desplazamiento tribal hacia zonas fronterizas de Brasil. En este sentido, tal como lo ha indicado el abogado del Foro Penal Venezolano, Olnar Ortiz, quien desde hace más de 20 años viene denunciando la existencia de grupos armados ilegales, incluso colombianos y garimpeiros brasileños que actúan bajo la mirada indiferente del gobierno, impidiendo el desarrollo

²⁹ ORSC. 2017. (22/02/2017)

³⁰ REDESCA 2019. P.130.

³¹ *Ibidem*. P. 130

económico de por lo menos 38 pueblos indígenas como la tribu yek`wana en el Parque Nacional Yapacana, algunos de cuyos miembros han sido detenidos como reprimenda por protestar, o a falta de alternativas se han visto obligados a realizar actividades extractivas ilegales para otros, principalmente extranjeros³².

Como lo señalan Barrera y González:

en el marco específico del derecho internacional de los derechos humanos, el deber de diligencia se impone tradicionalmente para que el Estado adecúe su comportamiento a cumplir con la norma, también asegurando que ésta sea respetada en su jurisdicción o su territorio por agentes y por actores no estatales³³.

Cantú refiere que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en los últimos años que el contenido del concepto de debida diligencia que debe ser el norte al momento de llevar a cabo proyectos de desarrollo, debiendo considerar los posibles impactos negativos que puede representar la actividad económica, afectando derechos humanos de pueblos originarios³⁴. Este autor señala, además que:

Las empresas deben demostrar que sus actividades económicas no generan impactos adversos o consecuencias negativas en los derechos humanos de individuos también de forma preventiva; en el caso en que el impacto no puede prevenirse, debe mitigarse y eventualmente reparar cualquier daño causado³⁵.

De esta manera, pudiera llegar a considerarse, que la debida diligencia conlleva la consideración de guardar el deber de cuidado necesario para evitar consecuencias lesivas o que signifiquen la puesta en peligro de un derecho, de un bien jurídico; debiendo en consecuencia, ir de la mano con el principio de responsabilidad sobre esos resultados y el deber de mitigar o revertir sus consecuencias; sólo así se puede hablar de una justicia restaurativa para quienes resulten afectados.

Con base en los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los Convenios internacionales sobre derechos tanto civiles como económicos, sociales y culturales, pudiera entenderse que a pesar de que la debida diligencia puede integrarse a otros procesos sobre la gestión de riesgos, es de vital impor-

³² Tarazona, David 2023. David (2023) Venezuela, en los estados Amazonas y Bolívar, 38 pueblos indígenas son afectados por la minería ilegal, Mongabay Latam, Noticias ambientales, semestre 1, 2023. es.mongabay.com.

³³ Barrera Barrera, Senead y González, María (2020) *Mecanismo de debida diligencia según los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos. Elementos para su aplicación en terreno* Anuario de Derechos Humanos, Vol.16 Número. 2 Ps. 297-330, Doi 10.5354/0718-2279.2020.55735, p. 304

³⁴ Cantú, 2017b: Humberto y Esparza, Laura, Proyecto CERALC (Conducta Empresarial responsable en América Latina y el Caribe), OIT, ACNUDH (2021). *Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos. Experiencias y herramientas prácticas*. <https://empresasyderechoshumanos.org.423>

³⁵ Cantú 2017 Humberto (2017) “*Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones*”. En *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Derechos humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 423-440). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>. p. 435

tancia evaluar las consecuencias de las actividades sobre los derechos humanos internacionalmente reconocidos que pudieran verse comprometidos por las actividades en las cadenas de suministro debiendo realizarse de forma regular y en períodos de tiempo breves. En todo caso, antes de iniciar una actividad comercial o emprender una nueva; deben realizarse estudios de impacto tanto sociales como ambientales para contar con una respuesta adecuada en prevención y mitigación de riesgos; para ello se recomienda realizar consultas a las comunidades y escuchar sus preocupaciones, debiendo acudir a expertos que ayuden a considerar posibles alternativas. Además, es importante conocer las normas de tutela de derechos humanos, tanto internas como internacionales.

A propósito del ámbito de salud y seguridad laboral, la norma ISO 45001, además de integrar en un proceso de certificación las normas de calidad ISO 9001 y de calidad ambiental ISO 14001, permite la apreciación contextual de la organización generando un mayor compromiso para la alta dirección de la empresa. La finalidad es la comprensión de las necesidades de los trabajadores y su incorporación en los procesos de toma de decisiones y la determinación de las actividades laborales riesgosas, incidentes y su mitigación (indicadores de gestión proactivos y reactivos).

Las evaluaciones vinculadas con la rendición de cuentas incluirán los indicadores que orienten sobre el modo en el cual las empresas identifican los riesgos y dan respuesta a los impactos negativos que afectan o ponen en riesgo los derechos humanos, lo cual, además de ser útil genera confianza en el gobierno corporativo mejorando su reputación y evitando diferentes formas de responsabilidad.

En ese orden de ideas, sin justificar el silencio legislativo en la materia, con base al principio constitucional de corresponsabilidad, las empresas, en este caso, no pueden ampararse en la carencia de normas positivas en materia de debida diligencia en el ordenamiento jurídico sino que deben actuar como personas diligentes y socialmente responsables, implementando políticas de gestión destinadas al bienestar de la colectividad, la protección del ambiente y la buena gobernanza organizacional, con fundamento en principios, valores y normas de estandarización y protección de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

La debida diligencia es la base del cumplimiento normativo empresarial, caracterizada por un enfoque basado en riesgos sobre el cual la empresa busca evitar causar o contribuir a la producción de impactos negativos sobre los trabajadores, la colectividad, la propia organización y el medio ambiente durante el intercambio comercial; atendiendo especialmente a la posible violación de derechos humanos derivada de las actividades comerciales de la empresa.

Este proceso debe incluir la previsión de daños más allá del riesgo permitido para evitar la producción de impactos negativos y poder mitigarlos o repararlos, por lo cual, las políticas que se implementen y los riesgos deben ser conocidos por todos dentro de la organización y los restantes grupos de interés externos, debiendo impartirse formación continua a todas las esferas dentro de la empresa y ser respetados por todos, comenzando por las altas esferas de gobierno. Estas medidas deben ser proporcionales al riesgo que representa la actividad.

Es fundamental la evaluación regular de los procesos e incorporar a todas las partes interesadas, en especial a los grupos de mayor vulnerabilidad, a un proceso de diálogo con estos actores, a fin de conocer sus inquietudes y necesidades vinculadas a garantizarles su bienestar en un entorno saludable. Para ello es fundamental la rendición de cuentas con datos y variables que resulten verificables.

Estos procesos —que deben iniciar desde las aulas para quienes aspiren desempeñarse en las áreas de administración, economía o derecho corporativo— requiere formación, adiestramiento continuo e inversión de recursos, por lo cual, los estados deben implementar políticas públicas que no se limiten al ámbito sancionatorio, sino que, además, faciliten a las empresas poder realizar los cambios en sus políticas de gestión, ya sea mediante intercambio de servicios, créditos, bonos verdes u otros incentivos.

Debe hacerse un seguimiento continuo, de los procesos y políticas implementados para establecer las mejoras sobre aquellos aspectos que así lo ameriten con buena disposición hacia los cambios positivos. Esta debida diligencia dentro de los programas de *compliance* permite mejorar la reputación organizacional de las empresas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHK (2023) *Ley de la Debida Diligencia en la cadena de suministro* <https://zakk.ahk.de/es/region/infocenter/ley-debida-diligencia>
- Barrera, Senead y González, María (2020) *Mecanismo de debida diligencia según los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos. Elementos para su aplicación en terreno* Anuario de Derechos Humanos, Vol.16 Número. 2 Ps. 297-330, Doi 10.5354/0718-2279.2020.55735
- Bernate, F. (2018). *El Compliance y La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Vol. X. No. 20, 31-49.
- Cantú, Humberto (2017) “*Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones*”. En *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Derechos humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 423-440). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.

- Cantú Humberto y Esparza, Laura, Proyecto CERALC (Conducta Empresarial responsable en América Latina y el Caribe), OIT, ACNUDH (2021). *Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos. Experiencias y herramientas prácticas*. <https://empresasyderechoshumanos.org>.
- Cantú Humberto y Esparza, Laura CERALC (Conducta Empresarial responsable en América Latina y el Caribe) (2022) *Empresas Responsables. Mensajes claves de los instrumentos internacionales*. <https://empresasyderechoshumanos.org>.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. (1999) Gaceta Oficial N 36.860 del 30 de diciembre de 1999.
- Grabosch, Robert (2021) *Ley de Debida Diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos* Perspectiva, Trabajo y Justicia Social. Editora: Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. [https:// library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf](https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf)
- Grupo de Acción Financiera Internacional (2021). *40 Recomendaciones*. www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones
- Ley de Debida Diligencia en la Cadena de Suministros* (2021) Gabinete Federal de Alemania. Boletín Oficial Federal 2021, Parte I, p. 2959 ss
- Ley sobre el deber de vigilancia de las empresas* (2017) Parlamento Francés.
- Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo* Gaceta Oficial Extraordinaria N° 39.912, del 30 de abril de 2012. [Versión electrónica] www.alc.com.ve/wp-content/uploads/2015/08/
- Ley Penal del Ambiente*. Asamblea Nacional. Gaceta Oficial N° 39.913 del 2 de mayo de 2012.
- Méndez, C. (2004). *Responsabilidad Social de Empresarios y Empresas en Venezuela durante el Siglo XX*. Caracas: Strategos Consultores.
- Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (2021) *Aprueban en Alemania el Proyecto de Ley de Debida Diligencia en la Cadena de Suministro* [https:// observatoriorsc.org/alemania-aprueba-el-proyecto-de-ley-de-debida-diligencia-en-la-cadena-de-suministro/](https://observatoriorsc.org/alemania-aprueba-el-proyecto-de-ley-de-debida-diligencia-en-la-cadena-de-suministro/)
- Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (2017) *Francia aprueba ley sobre el deber de vigilancia de las empresas*. [https:// observatoriorsc.org/francia-aprueba-la-ley-deber-vigilancia-las-empresas/](https://observatoriorsc.org/francia-aprueba-la-ley-deber-vigilancia-las-empresas/)
- OCDE (2018) *Guía de La OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable*. <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>
- OCDE. (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París, Francia: Éditions OCDE. Porter, M. E. Organización

- Organización de las Naciones Unidas (2011) Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- Organización Internacional de Estandarización. Secretaría Central de ISO (2015). ISO 37001: Sistemas de gestión antisoborno - Requisitos con orientación para su uso. [Versión electrónica] www.finanzas.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2019/08/ISO_37001_2016.pdf
- Organización Internacional de Estandarización Secretaría Central de ISO (2018). ISO 31000: Administración/ Gestión de riesgos - Lineamientos guía. [Versión electrónica] <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>
- OIT Organización Internacional del Trabajo (2022) *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. Sexta edición. Ginebra 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf
- Plataforma CSR Risk Check sobre Responsabilidad Social Corporativa <https://www.mvo-risicochecker.nl/en>
- Plataforma Navigator de empresas y derechos humanos <https://bhr-navigator.unglobalcompact.org/?lang=es>
- Plataforma SME Compass <https://kompass.wirtschaft-entwicklung.de/en/>
- Redesca, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Informe empresas y derechos humanos, Estándares interamericanos* <https://bit.ly/2JlYs36>.
- Rodríguez, Alejandro (2023) *Sistemas de gestión de compliance. Un enfoque corporativo integral (mercantil, administrativo, tributario, laboral y penal* Tribunal editorial jurídica, Caracas
- Tarazona, David (2023) Venezuela, en los estados Amazonas y Bolívar, 38 pueblos indígenas son afectados por la minería ilegal, Mongabay Latam, Noticias ambientales, semestre 1, 2023. es.mongabay.com
- Valle, Chiara (2021) *Alemania aprueba el proyecto de ley de debida diligencia en la cadena de suministro* Observatorio de responsabilidad social corporativa <https://observatoriosc.org/alemania-aprueba-el-proyecto-de-ley-de-debida-diligencia-en-la-cadena-de-suministro/> marzo 8 de 2021
- Vaudo, Liliana (2022) *Normas de Buen Gobierno Corporativo. Prevenir con compliance y autorregulación*. International Visual Culture Review. Scopus <https://doi.org/10.37467/revvisual.v9.3770>

Los problemas de la sucesión en la empresa familiar

Jesús A. Villegas-Ruiz*
Federico Palma Naranjo**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 133-143

Resumen: Las empresas familiares cuentan con un objetivo fundamental a largo plazo único distinto a otras formas societarias, estas no solo buscan perdurar en el tiempo sino permanecer bajo la dirección familiar. La sucesión planificada del liderazgo y del gobierno corporativo simplifica la administración de toda empresa familiar. El artículo discute sobre problemas varios en la sucesión del liderazgo en las empresas familiares, enmarcado al aspecto societario que implican dichas empresas y sus posibles consecuencias no solo familiares sino legales.

Palabras clave: empresa familiar; sucesión; patrimonio; liderazgo; planificación; gestión; herederos.

Issues in the family business succession

Abstract: Family businesses have a fundamental long-term objective that is different from other entities, as they seek not only to endure over time, but also to remain under family management. Succession, if planned, simplifies the administration and corporate governance of any family business. The article discusses several issues on the succession of leadership, framed to the corporate aspect that family businesses imply, and its possible consequences not only socially but also legal.

Keywords: family business; succession; wealth; leadership; planning; management; heirs.

Recibido: 15/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Abogado, 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.

** Estudiante de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. MINOR en Finanzas Empresariales, Universidad Católica Andrés Bello. Preparador de cátedras en la UCAB. Actualmente integrante del equipo legal de la firma internacional Baker McKenzie.

Los problemas de la sucesión en la empresa familiar

Jesús A. Villegas-Ruiz*

Federico Palma Naranjo**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 133-143

SUMARIO:

I. La Empresa Familiar y la sucesión de sus miembros. II. Un problema familiar que se torna legal. III. Reflexión final. BIBLIOGRAFÍA.

I. La Empresa Familiar y la sucesión de sus miembros

La sucesión siempre será un tema complicado para cualquier negocio familiar. La muerte, y sus consecuencias, es siempre un tema de conversación difícil entre padres e hijos, más cuando se refiere al futuro financiero de la familia y de la empresa. Pero pensar en el futuro del patrimonio familiar, implica una serie de previsiones de cuándo, cómo, y quién debe tomar las riendas del negocio de la familia, ya sea para tomar decisiones que aumenten o incrementen el patrimonio familiar, o mantengan los negocios preexistente también beneficio de la familia. La sucesión, en definitiva, es una discusión de intereses patrimoniales para los integrantes de la familia, y que tiene dos aristas: por una parte, los problemas relativos al liderazgo de la organización familiar (¿quién liderará?) y por otra parte, los problemas relativos al patrimonio netamente (¿cuánto le corresponde a cada quién?).

Aunque se dice fácil, planificar es complicado y aún más cuando existen muchos intereses encontrados. La familia en sí misma no es una entidad, y cada uno de sus miembros puede velar o no por los intereses comunes. Además, la tarea de ser parte del negocio familiar no es una obligación, ni un deber, y cada miembro puede tomar su rumbo. Aquí, pueden existir caminos separados entre sus miembros o la apuesta grupal por el negocio de la familia.

* Abogado, 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.

** Estudiante de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. MINOR en Finanzas Empresariales, Universidad Católica Andrés Bello. Preparador de cátedras en la UCAB. Actualmente integrante del equipo legal de la firma internacional Baker McKenzie.

Como no existe certidumbre en esta clase de procesos, el líder familiar debe prever que puede pasar en su ausencia y desea que su legado sea respetado tanto en el plano personal como empresarial. Así, no sólo es la empresa familiar lo que importa, sino como ésta trasciende en el tiempo de la mano de los sucesores del líder familiar.

Prever el futuro de la familia, es una tarea titánica en todo aspecto. En este sentido, aunque la incertidumbre se ha ido convertido en la explicación de muchos males, y la justificación de los fracasos al actuar como simples individuos, como ciudadanos, como profesionales o como gerentes,¹ no es menos cierto que un negocio familiar requiere de una ruta de acción que genere verdadera claridad de los siguientes pasos a seguir en la sucesión familiar. Más allá, la sucesión familiar enmarcada en un ambiente empresarial-familiar encuentra un ambiente mucho más retador que debe atenderse con atención.

¿Cómo planificar lo que harán nuestros hijos cuando ya nosotros no estemos?

¿Cómo lograr mantener los intereses de la empresa familiar en boga? La idea de este ensayo es ilustrar, precisamente, algunas ideas expuestas por la literatura de sucesión de empresas familiares, así como señalar algunas complejidades legales de esta problemática. Como tendremos la oportunidad de señalar, el problema de la sucesión familiar no es sólo de liderazgo familiar, sino también un problema profundamente legal que debe ser atendido adecuadamente.

¿Por qué debe planificarse la sucesión de una empresa familiar?

Planificar la sucesión de una empresa familiar es fundamental para que la organización sea viable en el tiempo y pueda sobrevivir muchas generaciones.² Se ha identificado la falta de planificación de la sucesión como una de las razones más importantes por las que muchas empresas familiares de primera generación no sobreviven a sus fundadores.³ Sin embargo, a pesar de todas las explicaciones racionales para preparar la sucesión, la experiencia y la investigación sugieren que en las empresas familiares rara vez se planifica la sucesión del liderazgo como es el caso que nos ocupa.⁴

La sucesión representa la verdadera prueba de fuego para las empresas familiares, así que deben enfrentarla con plena conciencia.⁵ Citando a BARIONA (2023), las empresas familiares se diferencian en dos puntos: (i) el peso específico de cada socio

¹ Piñango, R. (2012). *Tiempos Inciertos: Paradigmas Creencias y Obviedades*. Debates IESA, XVII (Número 1), p. 14.

² Esta afirmación es un consenso generalizado entre la literatura estudiada a lo largo de este ensayo. En este sentido, véase, Belausteguigoitia, I (2012); Gallo, M. (1998); y Landsberg, I (1988).

³ Landsberg, I (1988). *La conspiración de la sucesión*. Clásicos de HBR en español, p. 65.

⁴ *Id.*

⁵ Belausteguigoitia, I (2012). *Empresas Familiares, Planificación de la sucesión*. p. 238.

en la emisión del voto y toma de decisiones; y (ii) el gobierno de la empresa⁶. De esta manera, una recomendación para las empresas familiares es la planificación exhaustiva de la sucesión familiar, teniendo planes alternativos o de contingencia, para prever escenarios de sucesión, atendiendo a estos dos puntos fundamentales y únicos en el funcionamiento de la empresa familiar. Aunque el conflicto familiar siempre podrá existir, reglas de sucesión claras ayudan a la organización a ser viable en el tiempo y establecer protocolos y rutas de acción para el futuro. Como veremos, el problema de la sucesión familiar no se limita a un problema de derecho sucesorio, sino por el contrario, se concreta en un problema de gobierno corporativo que abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas.⁷ Como acertadamente ha señalado CASTAGNINO (2022) el gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento.⁸

Como la función debe continuar, muchas veces pasa desapercibido el trabajo que requiere pensar en temas sucesorios y su planificación. El líder familiar debe preocuparse de esta problemática tan pronto tenga descendencia, y despreocuparse sobre esta situación o desmeritarla, puede traer graves consecuencias para la familia como núcleo generador de patrimonio. Parafraseando a PIÑANGO (2012) y aplicándolo al caso en concreto, hay mucho de carpintería en la planificación de la sucesión patrimonial de la empresa familiar. Creer que un líder no debe ocuparse de la carpintería es dañino y podría decirse que, para un buen líder o un buen gerente, “el diablo está en la carpintería”.⁹ En la materia que nos ocupa, la planificación de una sucesión exitosa se basa, precisamente, en la atención al minúsculo detalle en la afectación de todos los miembros de la familia.

En familias con fuerte arraigo a las empresas que crearon, la sucesión es un tema clave pues de esta dependerá la estabilidad de la empresa instituida. Las sociedades o las organizaciones sólidas —que alcanzan sus objetivos y son capaces de sobrevivir en circunstancias muy difíciles— tienen buenos líderes, pero no por ello son sólidas. Son sólidas porque fueron capaces de generar seguidores exigentes, comprometidos, lo que les permitió aprender de la experiencia y responder efectivamente en situaciones adversas e inesperadas.¹⁰

⁶ Bariona, M. (2023). *El buen gobierno corporativo en las empresas familiares*. RVD, No. 11, p. 182

⁷ Parafraseando a Castagnino, D. (2022). *El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo de las empresas*. AVANI No. 3, p. 96.

⁸ *Id.* p. 96.

⁹ Piñango, R. (2010). *Líderes y pendejos: dicotomía fatal*. Debates IESA, XV (Número 1), p. 20.

¹⁰ *Id.* p. 20.

Aunque en estricto sentido la sucesión no es una situación inesperada, pues todos estamos destinados a la muerte, no es menos cierto que una sucesión realizada correctamente puede ser un *soft landing* para todos los involucrados en el negocio familiar: la empresa, sus empleados, sus accionistas, *stakeholders*, e incluso el propio círculo familiar llamado a heredar. Por esta situación se ha señalado que el mecanismo más destructivo del fundador es pasar una y otra vez por el proceso de escoger un sucesor para acabar deslegitimando su autoridad y despidiéndolo después de un tiempo con cualquier pretexto caprichoso.¹¹ Si bien los fundadores a menudo son conscientes del cúmulo de buenas razones para desarrollar un plan de sucesión, también afrontan importantes obstáculos psicológicos disuasivos a la hora de gestionar su salida. Uno de ellos es su reticencia a enfrentar su propia condición de mortal.¹²

Señala LANDSBERG (1988) que para los propietarios que trabajan en la empresa, ya sean miembros de la familia o no, las dificultades normalmente provienen de la manera en que se han convertido en propietarios.¹³ En todo caso, el proceso de sucesión debe diseñarse de tal manera que sea efectivo para los herederos legalmente considerados. Así, se ha señalado que, dentro de las mejores prácticas se debe: (i) diseñar un proceso a través del cual el poder se transfiera de la actual generación en la gestión a la siguiente; (ii) desarrollar un plan patrimonial que especifique cómo los activos de la familia y la propiedad de la empresa se asignarán entre los herederos del fundador.¹⁴

Existe un periodo en el que ambas generaciones comparten las decisiones en torno a la organización, aunque formalmente sólo una de ellas es la que ostenta el cargo de director general.¹⁵ Por ello, debe contemplar un plan de comunicación que aclare el panorama de todos los involucrados con la compañía, especialmente los trabajadores, los accionistas, los clientes y los proveedores.¹⁶ De esta manera, una sucesión es exitosa hasta que el fundador deja la empresa en poder de los sucesores y ellos lo ejercen eficazmente,¹⁷ mientras existe una sociedad mercantil que prevé mecanismos societarios eficientes para la toma de decisiones corporativas.

¹¹ Landsberg, I (1988). *La conspiración de la sucesión*. Clásicos de FBR en español, p. 67.

¹² Landsberg, I (1988) op. cit. p. 67.

¹³ *Id.* p. 70.

¹⁴ *Id.* p. 73.

¹⁵ Gallo, M. (1998). *La Sucesión en La Empresa Familiar*. Colección Estudios e Informes, Número 12, p. 123.

¹⁶ *Id.* p. 228.

¹⁷ *Id.* p. 228.

II. Un problema familiar que se torna legal

Una arista interesante del problema y que ya hemos adelantado, es la planificación legal de la sucesión y los mecanismos e instrumentos legales aplicables para respetar la voluntad del *pater familias*. El proceso de sucesión es un fenómeno muy complejo, en el cual participa una gran cantidad de actores. Por lo general, es un proceso largo que, si se planifica, durará de 10 a 15 años y pasará por varias etapas.¹⁸ Justamente, en esta etapa donde los instrumentos legales que faciliten la sucesión son particularmente útiles en la planificación familiar.

El fundador de la empresa familiar es una figura de autoridad a los ojos de todos los interesados en la empresa, y no hay duda de que esta autoridad que los demás le otorgan se incrementa cuando además de haber fundado y sacado la empresa adelante, ha traspasado ordenadamente el testigo de la dirección a su sucesor.¹⁹ Pero no todo se basa en el liderazgo del fundador y el pase de su testigo, sino también en cómo realiza la trasmisión de la propiedad a sus herederos. Al final, poco importa la designación del sucesor si no ha distribuido la propiedad familiar correctamente, pues, una familia descontenta patrimonialmente es una bomba de tiempo que puede torpedear la propia gerencia de la empresa familiar.

Un *pater familias* previsor puede prever varios escenarios en términos legales y que responden a las siguientes preguntas ¿Cómo quiero distribuir mi patrimonio entre mis herederos? ¿quiero que se respete mi voluntad en la compañía luego de mi muerte? ¿Debo realizar la trasmisión de propiedad en vida a mis herederos? ¿Debo testar o debo constituir un fideicomiso? ¿Cómo deben distribuirse las acciones de la empresa familiar para lograr su viabilidad? ¿Qué hacer con los accionistas minoritarios de la empresa familiar?

En materia estrictamente legal, el *pater familias* debe tomar decisiones legales respecto a su patrimonio y tiene un catálogo de opciones y estrategias legales para hacer cumplir su voluntad, inclusive después de la muerte. El derecho sucesorio venezolano ofrece varios mecanismos que pueden ser implementados en este sentido, como lo son la posibilidad de testar, la posibilidad de establecer fideicomisos, o inclusive en vida, la posibilidad de llegar a acuerdos entre accionistas en los casos de empresas familiares cuya entidad societaria sea la compañía anónima.

¹⁸ *Id.* p. 224.

¹⁹ Gallo, M. (1998). *La Sucesión en La Empresa Familiar*. Colección Estudios e Informes, Número 12, p. 123.

Erróneamente se piensa que el acto de testar sólo versa sobre la delimitación de las cuotas de patrimonio. De hecho, el testador puede establecer condiciones respecto a la distribución de patrimonio como actos de última voluntad, exigiendo su cumplimiento so pena de rechazo patrimonial. Aunque existen infinitas posibilidades para plasmar la última voluntad de un fundador, testar puede ser una vía idónea para establecer reglas claras de sucesión patrimonial y de liderazgo. Inclusive, el testador puede designar a su fallecimiento, las personas que comanden la compañía familiar en el propio testamento y realizar una distribución accionaria de acuerdo con sus más amplios intereses con base en el principio de autonomía de la voluntad del causante.²⁰

Como el acto legal de testar es clasificado como un acto civil solemne, las disposiciones testamentarias tienden a ser muy difíciles de evadir o anular, precisamente, en protección de la voluntad del testador. Esta circunstancia no es solo reconocida en Venezuela, sino en muchas legislaciones alrededor del mundo. Debemos recordar que las empresas familiares se rigen de igual forma por los principios del derecho mercantil, donde en materia sucesoria en relación a la toma de decisiones en la empresa (elemento fundamental de toda empresa familiar como se menciona anteriormente), hay que prestar gran atención a que las sociedades de comercio deben ser regidas principalmente por la voluntad de los contratantes²¹.

Sin embargo, dicha voluntad del testador no es absoluta pues encuentra limitaciones en asuntos de orden público y las limitaciones que establece la Ley (i.e. la legítima o sucesión necesaria).²² A estas limitaciones hay que prestar gran atención porque son específicamente establecidas por la Ley e incurrir en una de estas limitaciones puede devengar en una alteración a la voluntad del causante que tendrá repercusiones al gobierno corporativo de las empresas familiares.

En el gobierno corporativo de las empresas la autonomía de la voluntad es fundamental, debiendo atender a la voluntad de los accionistas que, en este caso, serán los miembros de la familia. Las normativas que regulan la constitución y funcionamiento de sociedades mercantiles en Venezuela, son las mismas que rigen el funcionamiento de las empresas familiares, enmarcando estas últimas, y sus formas de funcionamiento, a esa normativa “macro”. Sin una organización familiar respectiva, esta voluntad puede transitar variar con respecto al curso establecido anteriormente por el *pater familias*, e inclusive puede transformarse contraria a los intereses de la empresa.

²⁰ Domínguez Guillén, M.C. (2010). *Manual de Derecho Sucesorio*. p. 322.

²¹ Bariona, M. (2021). *Una aproximación a los principios del derecho societario*. RVD, No. 6, p. 151

²² Domínguez Guillén, M.C. (2010). *Id.* p. 424.

Acertadamente se ha señalado que en una empresa familiar, no hacer un testamento es algo totalmente irresponsable, aun cuando se tengan pocas posesiones.²³ Son muchos los beneficios que trae hacer un testamento, entre ellos la reflexión sobre la mejor forma de transmitir las propiedades y la posibilidad de reducir los conflictos familiares al aclarar la forma en que se hará la transmisión, además de ganar la tranquilidad de hacer algo que es una obligación inteligente.²⁴

Otra opción, es la constitución de un fideicomiso sucesorio en casos de potenciales conflictos entre herederos (ya sea en vida del fundador o por disposición testamentaria expresa). Nuestra Ley de Fideicomisos prevé una extensión de la legitimación del fideicomitente para comprometer su patrimonio más allá de su muerte, así el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la misma, o parte de ella, en favor de los herederos forzosos siempre que estos hayan realizado reiteradamente actos de *prodigalidad*²⁵ o se encuentren de tal manera insolventes que sus futuras adquisiciones se verían seriamente amenazadas.²⁶ La legislación venezolana reconoce que pueden darse situaciones en las cuales los herederos pueden ser problemáticos y se permite al testador disponer su patrimonio en consecuencia.

En todo caso, nuestra Ley de Fideicomisos parte de la idea de que los bienes (cosas corporales o incorporeales) transferidos al fiduciario por el fideicomitente en plena propiedad forman un “patrimonio separado”, afectado de manera exclusiva al cumplimiento de las obligaciones que tiene el fiduciario en favor del beneficiario, por lo que los elementos de tal “patrimonio de afectación” no pueden ser agredidos por terceros (o sea, por personas distintas del beneficiario) que pudieran invocar contra el fiduciario otras acreencias, ni ser objeto de procedimientos colectivos.²⁷

Aunque existen infinitos medios legales con los cuales el fundador puede planificar legalmente sus estrategia de sucesión, en nuestra opinión, lo verdaderamente importante es la voluntad de planificar. De nada sirven los instrumentos legales mencionados (y muchos otros que se escapan de estas palabras) si el fundador no entiende la importancia de la sucesión para su familia y negocio. En cualquier caso, los instrumentos legales ofrecen el gran beneficio de la claridad de la voluntad del fundador, pero no son soluciones salomónicas a los problemas que toda familia puede tener.

²³ Belausteguigoitia, I (2012). *Empresas Familiares*, Planificación de la sucesión. p. 237.

²⁴ *Id.*

²⁵ La prodigalidad se ha definido como una conducta desarreglada de la persona que malgasta su caudal con ligereza, en perjuicio de su familia.

²⁶ Mélich Orsini, J. (1998). *El Fideicomiso en Venezuela*. Boletín de La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 418-419.

²⁷ *Id.* 414.

III. Reflexión final

Planificar la sucesión es una necesidad para cualquier negocio familiar. Tanto en el plano del liderazgo, como en el plano legal, suceder implicar una serie de complejidades fácticas y patrimoniales que todo líder debe prever con antelación. No obstante, no existen recetas mágicas o soluciones magistrales ante la problemática de intereses encontrados cuando se trata de suceder. Como hemos podido discutir, por más precavido que sea el fundador, los problemas pueden surgir y extenderse al punto de destruir el negocio familiar.

Sin embargo, la previsión legal de estas circunstancias es de mucha utilidad en caso de problemas, pues, se establece con claridad una ruta de acción o un parámetro de la controversia. En buena medida, un fideicomiso adecuado o una provisión testamentaria realizada oportunamente puede delimitar un conflicto familiar, e inclusive delimitar el patrimonio objeto de controversia. Debe prestarse gran atención a las limitaciones establecidas en la legislación nacional al momento de la sucesión para así evitar posibles repercusiones en la voluntad del causante. Por ello, siempre es recomendable la asesoría de expertos en materia de planificación familiar para el logro de la implementación de los mecanismos adecuados en situaciones familiarmente complejas.

Finalmente, lo que busca toda planificación familiar es que el negocio o el patrimonio se mantenga en el tiempo y pueda consolidarse, en muchos casos, el legado familiar. El Código de Comercio Venezolano, si bien no cuenta con una legislación especial para las empresas familiares, sí enmarca una serie de principios que **Álvarez (2018)** señala, que deben ser aplicados: (i) preservación de la propiedad en manos de la familia; (ii) mantenimiento de la dirección empresarial en la familia; y la (iii) no competencia con la empresa familiar²⁸. Para cumplir con estos principios comunes de las empresas familiares, un fundador previsor debe tomar en cuenta todas las aristas de su sucesión, en aras de lograr la paz familiar y un negocio prospero para futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, M (2018). *La empresa familiar en la legislación venezolana*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil No. 1.
- Bariona, M. (2021). *Una aproximación a los principios del derecho societario*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil No. 6.

²⁸ Álvarez, N. (2018). *La empresa familiar en la legislación venezolana*. RVDVM No. 1.

- Bariona, M. (2023). *El buen gobierno corporativo de las empresas familiares*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil No. 11.
- Belausteguigoitia, I (2012). *Empresas Familiares*, Planificación de la sucesión.
- Castagnino, D. (2022). *El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo de las empresas*. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 3.
- Domínguez Guillén, M.C. (2010). *Manual de Derecho Sucesorio*.
- Gallo, M. (1998). *La Sucesión en La Empresa Familiar*. Colección Estudios e Informes, Número 12.
- Piñango, R. (2010). *Líderes y pendejos: dicotomía fatal*. Debates IESA, XV (Número 1).
- Piñango, R. (2012). *Tiempos Inciertos: Paradigmas Creencias y Obviedades*. Debates IESA, XVII (Número 1)
- Landsberg, I (1988). *La conspiración de la sucesión*. Clásicos de FBR en español.
- Mélich Orsini, J. (1998). *El Fideicomiso en Venezuela*. Boletín de La Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Consideraciones sobre el anonimato en los contratos electrónicos

Marianela Zubillaga*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 145-158

Resumen: La utilización de las tecnologías en la contratación, tales como las aplicaciones de mensajería, ya sea correo electrónico, de texto o instantánea, las redes sociales y el *Blockchain* o cadena de bloques, ha conllevado a la extensa suscripción de contratos electrónicos a través de dichas plataformas o aplicaciones, lo cual ha cambiado la manera en que las partes formalizan acuerdos. En este entorno, se analizan los problemas vinculados con la identidad y conocimiento de los contratantes y más concretamente, se aborda la validez de los contratos electrónicos y el anonimato de las partes, en el contexto del derecho venezolano.

Palabras clave: Contratos electrónicos, *Blockchain*, criptomonedas, anonimato, pseudónimo, consentimiento.

Considerations on anonymity in electronic contracts

Abstract: *The use of technologies in contracting, such as messaging applications, whether email, text, or instant, social networks and Blockchain, has led to the extensive signing of electronic contracts through such platforms or applications, which has changed how parties sign agreements. In this environment, the problems linked to the identity and knowledge of the contracting parties are discussed. More specifically, the validity of electronic contracts and the anonymity of the parties are addressed, within the framework of Venezuelan law.*

Keywords: *Electronic contracts, Blockchain, cryptocurrencies, anonymity, pseudonym, consent.*

Recibido: 15/5/2024
Aprobado: 31/5/2024

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Especialización en Derecho Internacional y Comunitario, Universidad Central de Barcelona, Barcelona-España.1990-1992. Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Facultad de Derecho, Caracas, abril 2022-febrero 2023. Programa de Actualización en Derecho y Tecnología, Universidad de Buenos Aires (UBA), Facultad de Derecho y Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, marzo-diciembre 2023. Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogado socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

Consideraciones sobre el anonimato en los contratos electrónicos

Marianela Zubillaga*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 145-158

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El contrato electrónico. 2. El consentimiento de las partes como requisito legal para la validez del contrato electrónico. 3. El anonimato y el pseudónimo.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El mundo está sumergido en un acelerado avance y cambio ante la irrupción del fenómeno digital y tecnológico en todas las esferas del quehacer humano, ya sea en la pública como la privada. Nadie puede abstraerse de esta realidad digital ni de los avances de la tecnología.

El desarrollo y la masificación en el uso de tales tecnologías, como las aplicaciones de mensajería, ya sea correo electrónico, de texto o instantánea, las redes sociales y el *Blockchain* o cadena de bloques¹, ha conllevado a que, a través de éstos, se crucen informaciones, comentarios, pero también —y lo que nos interesa en el ámbito jurídico— manifestaciones de voluntades que tienen efectos jurídicos y que conducen

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Especialización en Derecho Internacional y Comunitario, Universidad Central de Barcelona, Barcelona-España.1990-1992. Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Facultad de Derecho, Caracas, abril 2022-febrero 2023. Programa de Actualización en Derecho y Tecnología, Universidad de Buenos Aires (UBA), Facultad de Derecho y Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, marzo-diciembre 2023. Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogado socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

¹ La tecnología *Blockchain* ha permitido el desarrollo de la mayoría de las criptomonedas y de los llamados contratos inteligentes.

Tomamos la definición que ofrece Ihor Fetsyak, que define a la cadena de bloques o *Blockchain* como, "... una base de datos o libro mayor de carácter distribuido (o descentralizado) que posibilita el intercambio de información y transacciones entre iguales (peer-to-peer o P2P) sin la necesidad de contar con ningún intermediario. Este gran libro se compone en numerosos ordenadores o 'nodos' que operan de forma coordinada, haciendo que los datos de dicha red tengan carácter público, accesible y descentralizado entre todos los usuarios; de modo que toda información debe obtener un consenso total entre todos los usuarios para poder entrar formar parte de la cadena de bloques, creándose un nuevo bloque, debidamente identificado mediante el *hash* que recoge tanto la información nueva como los datos ya existentes en bloques anteriores (así como sus respectivos *hash*); creándose, en definitiva, una cadena de bloques cuyo contenido es prácticamente inmodificable". "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", *Revista Electrónica de Derecho Universidad de La Rioja*, REDUR 18, diciembre 2020, págs. 197-236. Consultada en: <http://doi.org/10.18172/redur.4898> Por su parte, el Artículo 5, del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos, (G.O. N° 41.575 del 30 de enero de 2019) la define como: "Base de datos distribuida y soportada en principios criptográficos que permite registrar transacciones digitalmente y compartir la información, a través de una red entre pares de manera inmutable y transparente".

a la formación de contratos y acuerdos vinculantes. Sin duda alguna, los contratos electrónicos han revolucionado la forma en que las partes pueden formalizar acuerdos, eliminando la necesidad de documentos físicos, las limitaciones de la distancia y permitiendo transacciones rápidas y eficientes. Sin embargo, esta transformación también ofrece nuevos desafíos legales, especialmente en relación con la identidad de las partes involucradas.

En efecto, ese acelerado crecimiento ha extendido la utilización de novedosos programas o aplicaciones que —particularmente en el marco de las transacciones electrónicas— conllevan a la suscripción de contratos entre desconocidos y más concretamente, plantean problemas vinculados con la identidad y conocimiento de los contratantes. Por ejemplo, en el marco del *Blockchain* —particularmente del Bitcoin²—, uno de sus fundamentos ha sido el anonimato de quienes interactúan en ese ecosistema. Así mismo, plataformas como *Ethereum*³, permiten la creación y ejecución de contratos inteligentes⁴, que no requieren la identificación de las partes.

En este contexto, surge la duda de si, conforme al derecho interno venezolano, será o no válido un contrato electrónico, en el que las partes, o una de ellas, sea anónima o haya usado un seudónimo en su formación.

1. El contrato electrónico

Nuestra legislación carece de una definición concreta sobre contrato electrónico⁵. No obstante, ésta se puede inferir del contenido del artículo 15 de la Ley de Mensaje

² El Bitcoin fue la primera red de cadena de bloques que desarrolló una criptomoneda. “El origen del *blockchain* se encuentra ligado al nacimiento de Bitcoin. El protocolo Bitcoin fue creado en 2008 por una persona desconocida cuyo pseudónimo es Satoshi Nakamoto. Nakamoto hacía parte de un movimiento denominado *cypher-punks*, que pretendía sustituir a las autoridades centrales y organizar sistemas donde se protegiera la información personal de las personas a través del anonimato”. Ver Jorge Alberto Padilla Sánchez, “Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, N.º. 39, pp. 175-201, 2020. Consultada en: <https://www.redalyc.org/journal/4175/417564980007/html/>

³ *Ethereum* es un ecosistema digital basado en la tecnología Blockchain que permite el desarrollo y ejecución de contratos inteligentes y que ha desarrollado una criptomoneda denominada *Ether*. <https://thecryptolegal.com/como-funciona-ethereum/>

⁴ La idea del contrato inteligente fue desarrollada por el jurista, informático y criptógrafo Nick Szabo, quien los definió como: “Un contrato inteligente es un programa informático que facilita, asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos o más partes, utilizando la tecnología blockchain para garantizar su inmutabilidad y transparencia” “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”. Consultado en: <https://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf>

⁵ En el ámbito de la normativa sobre protección al consumidor, el artículo de la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (G.O., N.º39.358 del 01 de febrero de 2010) contenía una norma que definía al comercio electrónico, en términos similares. Dicha norma pautaba:

“Artículo 31: A los fines de esta Ley, se entenderá como comercio electrónico, cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza”.

de Datos y Firma Electrónica (LMDFE)⁶, que pauta que: “En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos”.

De manera que, podemos afirmar que nos encontraremos ante un contrato de tal naturaleza, cuando el intercambio de voluntades, que se verifica a través de la oferta y la aceptación, se realiza mediante mensajes de datos, o lo que es lo mismo, a través de medios electrónicos⁷.

En otras palabras, un contrato electrónico se caracterizará como tal, cuando los medios a través del cual las partes intercambian sus manifestaciones de voluntades están contenidos en mensajes de datos que se transmitan a través de cualquier plataforma electrónica y cuya prueba quede almacenada en tal formato⁸. Tal regulación contenida en la LMDFE no es sino la ratificación de los principios fundamentales contenidos en

La referida ley fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos, (última modificación G.O. Extr., N.º 6.202 del 8 de noviembre de 2015) la cual, no obstante incluir dentro de sus sujetos de aplicación a aquellos “... que desarrollen actividades económicas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos” no define ni regula de manera alguna, el comercio electrónico en el resto de su articulado ni al contrato electrónico.

⁶ Gaceta Oficial N.º 37.148 del 28 de febrero de 2001.

⁷ Debemos advertir que el citado artículo 15 ha sido objeto de numerosas críticas, ya que, conforme a su redacción, parecería que, a los fines de poder celebrar un contrato por vía electrónica, las partes previamente tendrían que celebrar un acuerdo, en el cual convinieran en que esa modalidad es admisible. Sobre este punto, el Profesor, Víctor Guidón Guerrero, sostiene que:

“De la lectura del citado artículo, se desprende que las partes solo podrían perfeccionar un contrato por intermedio de mensajes electrónicos, si «antes» de que se emitiera la oferta o se diera la aceptación, ambas hubieran acordado «que la oferta y la aceptación se realicen por mensajes de datos», es decir, que para que se perfeccione el contrato las partes deben pactar con anterioridad la «forma» de las manifestaciones de voluntad.

La norma vista de esta manera traería como conclusión que la parte interesada tendría que probar la existencia de un contrato preparatorio, en el cual ambos interesados hubieran aceptado que los mensajes electrónicos darían lugar al perfeccionamiento del contrato —una carga más a la ya complicada de probar la recepción o no de los mensajes electrónicos, que contienen las manifestaciones de voluntad para formar el contrato electrónico por un lado, lo cual es distinto de la prueba de la autoría del mensaje de prueba también complicada cuando la firma electrónica no esté certificada—, teniendo en cuenta que bajo esta lógica, este contrato preparatorio tampoco podría haber tenido lugar por la vía de mensajes electrónicos.

La anterior interpretación excluye el contrato perfeccionado a través de la emisión de una oferta por la vía electrónica que, desde el punto de vista jurídico, esté expresada de la manera y por los medios establecidos en la ley —en este caso, el electrónico— para el perfeccionamiento del contrato, que no tendría validez, por cuanto ambas partes no han convenido previamente en que ella la tenga —la oferta y la aceptación— y mucho menos la tendrá el mensaje electrónico, en el que de la misma manera, el destinatario haya manifestado su aceptación, lo cual haría nugatorio cualquier intento de contratación electrónica sin un preacuerdo que dé validez a la voluntad expresada por esa vía”. En “Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 11, 2018, pp. 293-315. Consultada en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-293-315.pdf>

Por su parte, el Profesor Morles, para solventar las dudas señaladas derivadas de la redacción del citado artículo 15, se pronuncia afirmando que, “En aplicación del principio de *favor negotii* habrá que suponer la existencia de un acuerdo tácito para obligarse por medio de mensajes de datos cuando se esté frente a tal tipo de contratos. A la parte que invoque la nulidad del convenio por la ausencia de acuerdo expreso previo podrá oponérsele la prohibición de *venire contra factum proprium*”. Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho concursal*. Tomo IV. UCAB. Caracas, 2011, p. 2235.

⁸ En este sentido, se pronuncia la jurista Claudia Brizzio, quien entiende por contrato electrónico a aquél que “... se celebra, mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia, son contratos electrónicos todos

nuestro Código Civil y Código de Comercio, conforme a los cuales el contrato se forma a través del intercambio de voluntades⁹ contenidos en la oferta y aceptación, por parte del oferente y destinatario, respectivamente.

Ya se ha desarrollado con bastante amplitud los elementos fundamentales, características y otros aspectos de la contratación electrónica¹⁰. Lo que nos interesa resaltar a efectos de este artículo, es que, conforme a la extensa bibliografía existente, tanto nacional como extranjera, el criterio imperante es que el contrato electrónico se soporta sobre los mismos fundamentos de la teoría general del contrato, siendo lo característico de esta modalidad la forma como se expresan las manifestaciones de voluntad y en consecuencia las particularidades que arrastra en materia probatoria, sin ser considerado una nueva categoría jurídica que requiera una regulación distinta. De manera que, a esta modalidad de contratación —es decir, a la electrónica— le es aplicable íntegramente, la estructura fundamental de la teoría general del contrato, regulada en nuestros Código Civil y de Comercio, con los principios que, dadas sus especialidades características, la doctrina y regulación internacional ha desarrollado¹¹.

Nótese que, la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato podrá ser distinta: Así por ejemplo, habrá casos en las que se cumplirán íntegramente de manera electrónica, a través de dichas plataformas o aplicaciones (por ejemplo, cuando se adquiere un servicio de *streaming* de música o películas o un *software*, así como las operaciones con criptomonedas, o NFT¹²), y otros en que habrá prestaciones que se realizarán físicamente, como es el caso de las compras de bienes que se realizan a través de las grandes plataformas o *marketplaces*, como Amazon y que las recibimos en un determinado lugar¹³.

los que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. Desde una óptica más restringida, se consideran solamente aquellos contratos que se celebran mediante EDI, esto es, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador”. Citada por Luciana Beatriz Scotti en “Contratos Electrónicos”, 1ª edición, Buenos Aires, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012. ISBN 978-950-23-2035-9, pág., 106.

⁹ Ver artículos 1.137 y siguientes del Código Civil y 110 y siguientes del Código de Comercio.

¹⁰ Con ocasión de la entrada en vigor de la LMDFE, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, publicó un libro titulado “La regulación del comercio electrónico en Venezuela” bajo la edición de Irene Valera, publicado en la Serie Eventos No. 16, Caracas 2001. Véase también:

Chacón Gómez, Nayibe: “Contratación electrónica: realidades venezolanas”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 148. Caracas, 2010, pp. 203-230.

Guidón Guerrero, Víctor. Ob. Cit.

Landáez Otazo, Leoncio A. “El comercio electrónico, nuevas tecnologías e internet”. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2008.

Alfredo Morles Hernández. Ob. Cit.

Viso Aguilar, María de Lourdes. “La formación del contrato electrónico: Un nuevo impulso a la unificación del derecho”. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores, N.º 7. Caracas, 2004.

¹¹ Nos referimos a los principios de neutralidad tecnológica (art., 1 LMDFE), equivalencia funcional y eficacia probatoria, (art., 4 LMDFE), entre otros.

¹² Tokens no fungibles (NFT, por sus siglas en inglés), que son un tipo de criptoactivo.

¹³ En el primer caso, nos encontraríamos ante un contrato electrónico directo y en el segundo indirecto, en función de la forma como se ejecutan. Para la clasificación de los contratos electrónicos, ver Luciana Beatriz Scotti, ob cit., pag., 117.

2. El consentimiento de las partes como requisito legal para la formación del contrato electrónico

Siendo así, a los contratos referidos se les aplican los requisitos consagrados en el Código Civil para que sean válidos y en este sentido, el artículo 1.141 *ejusdem* fija los elementos esenciales para su existencia, como son: Consentimiento de las partes, objeto que pueda ser materia de contrato y causa lícita.

A efectos de este artículo, especial atención merece el primer requisito, relativo al consentimiento de las partes¹⁴.

El consentimiento debe ser manifestado de manera libre por todas las partes, a través de una oferta y la correspondiente aceptación, que constituyen —como ya se dijo en líneas anteriores— los elementos necesarios para la formación del contrato electrónico.

Siendo así, debemos acudir al artículo 1.137 del Código Civil, a los fines de determinar cuándo se perfecciona dicho contrato. Dicha norma pauta que:

“El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento e la aceptación de la otra parte.

(...)

La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”.

De manera que —en principio— el contrato electrónico se perfecciona, conforme a la presunción contenida en el último aparte de la norma en comento, cuando la aceptación llegue a la dirección del destinatario.

En el ámbito que nos ocupa, el de la contratación por medios electrónicos, el artículo 11 de la LMDFE regula cuándo debe considerarse recibido un mensaje de datos, señalando que:

“Salvo acuerdo en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará conforme a las siguientes reglas:

1. Si el Destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de Mensajes de Datos, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese al sistema de información designado.

¹⁴ Dado que el artículo versa sobre la validez de los contratos electrónicos en cuanto a la(s) persona(s) que lo suscriben, no se profundizará en los demás requisitos de existencia.

2. Si el Destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el Mensaje de Datos en un sistema de información utilizado regularmente por el Destinatario”.

De la interpretación concatenada de ambas normas se desprende que, en principio, el contrato electrónico se perfeccionará cuando la aceptación contenida en el mensaje de datos ingrese al sistema de información del destinatario¹⁵.

Cabe ahora preguntarse, si es posible el intercambio de voluntades entre sujetos cuya identidad se desconozca, ya que se han escondido bajo el anonimato o pseudónimos.

3. El anonimato y el pseudónimo

El anonimato se entiende como el desconocimiento total sobre la identidad de una persona¹⁶. En nuestra legislación, el artículo 57 de la Constitución nacional, en el capítulo relativo a los derechos civiles, lo prohíbe, en el marco de los derechos vinculados a la libertad de expresión¹⁷. Fuera de ello, ni el Código Civil ni el de Comercio se refieren al anonimato. Por su parte, el pseudónimo se refiere al cambio o reemplazo de la identificación de una persona por otra, lo cual puede ser conocido o no¹⁸.

En el ámbito electrónico, el anonimato ha sido utilizado fundamentalmente, como se señaló al inicio, en el *Blockchain* —particularmente, en el ecosistema cripto¹⁹—,

¹⁵ Se debe advertir que esta regla general no se aplicará cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la LMDFE el emisor del mensaje de datos condicione sus efectos, a la recepción de un acuse de recibo a ser emitido por el destinatario.

¹⁶ El Diccionario de la Real Academia Española define al anonimato como “1. adj. Dicho de una obra o de un escrito: Que no lleva el nombre de su autor. U. t. c. s. m. 2. adj. Dicho de una persona, especialmente un autor: De nombre desconocido o que se oculta. U. t. c. s. m. 3. adj. Indiferenciado, que no destaca de la generalidad. Gente anónima. 4. m. Carta o papel sin firma en que, por lo común, se dice algo ofensivo o desagradable. 5. m. p. us. Situación de quien oculta su nombre. Vivir en el anónimo”. Consultado en: <https://dle.rae.es/an%C3%B3nimo?m=form>

¹⁷ El mencionado texto normativo pauta que: “Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo su responsabilidad”.

¹⁸ El DRAE lo define como: “adj. Dicho de un autor: Que oculta con un nombre falso el suyo verdadero. 2. adj. Dicho de una obra: Firmada con seudónimo. 3. m. Nombre utilizado por un artista en sus actividades, en vez del suyo propio”. Consultado en: <https://dle.rae.es/seud%C3%B3nimo>

¹⁹ El profesor, Ismael Montealegre Torres, en su artículo “Monopolización Fintech de los Mercados mundiales: Adopción, aplicación y regulación en Venezuela” afirma que: “... una de las principales razones de preferencia en el uso de Criptomonedas sobre las transacciones tradicionales, es la privacidad por anonimato y confidencialidad transaccional”. En *Fintech. Perspectivas, regulación, modalidades y Desafíos en Venezuela*, Abache Carvajal, Serviliano, Editor. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Pág., 256.

donde se encuentran sus más fervientes defensores²⁰, así como también en el marco de los contratos inteligentes, en los cuales se afirma que, en virtud de que la ejecución contractual está, —como ya se señaló— automatizada²¹ y dado su inmutabilidad, el riesgo de incumplimiento en casi nulo, por lo que la identidad de las partes carece de importancia²².

De manera que, un contrato electrónico suscrito por una persona anónima implicará que se desconoce en su totalidad la identidad de tal persona y todos los atributos unidos a ella por esta vía, es decir, no hay manera de atribuir la identificación que tiene en internet, —ya sea el correo electrónico, la cuenta en un portal, los dispositivos biométricos vinculados a esa cuenta, su número de identificación o PIN, claves privadas, huella digital u otras— a una persona (natural o jurídica) determinada; mientras que, una persona con un seudónimo, si éste es posible atribuirlo a una persona particular, nos encontraremos ante una persona identificable, y caso contrario, nos encontraremos ante una anónima²³.

²⁰ Así, por ejemplo, la profesora argentina, Johanna Caterina Faliero, en su artículo “El anonimato: epítome de la seguridad informática y privacidad en el ecosistema crypto”, sostiene que:

Desde sus inicios el ecosistema crypto ha perseguido un norte claro como consecuencia natural y espontánea de su falta de intermediación. Como una de las manifestaciones de la libertad y autonomía de la voluntad en su lógica transaccional, se encuentra la búsqueda de la privacidad u opacidad de las transacciones, el derecho de los usuarios de este ecosistema a que sus operaciones no les sean adjudicables o conocidas. En términos más simples, se ha estructurado un ecosistema cuyo objetivo cardinal no es identificar a sus usuarios, y en el que su libertad y apertura se desprende como consecuencia de ello.

El ecosistema crypto busca principiológicamente escaparle al perfilamiento, a la segmentación, al targeting, a la estigmatización, a la identificación, a la adjudicación, a la discriminación, y toda otra forma posible de distinción de un usuario del mismo de otro, por cualquier característica posible, como consecuencia de una transacción realizada por este.

El anonimato es simplemente sinónimo de libertad, y representa el desdoblamiento más revolucionario de la privacidad que alguna vez concebimos, en entornos donde los ejes son el control y la vigilancia extrema, puntillista, sistemática y generalizada”.

Artículo compilado en “Fintech: Aspectos Legales”. Tomo I. Págs., 101-102. Ed. CDYT Derecho y Tecnología. Ciudad Autónoma de Bs As. 2019.

²¹ Los profesores de la Universidad de los Andes (Colombia) Sergio Carreño Mendoza y Mariana Bernal Fandiño, en su artículo “Vicisitudes de los contratos inteligentes (Smart Contracts) en el derecho del consumo, a propósito de la existencia y validez del contrato a mayor virtud de los contratos inteligentes” sostienen que dicha automatización “... reduce de forma considerable el riesgo de incumplimiento. Dos son los elementos que permiten lograrlo: por un lado, la inmutabilidad del acuerdo, ya que una vez registrado este se integra en una cadena de bloques descentralizada que impide su posterior alteración (mejor, lo convierte en un proceso muy costoso); por el otro, la autoejecución del contrato en los términos pactados y programados en el código informático. Cumplida la condición, la prestación se ‘autoimplementa’ y desencadena las consecuencias jurídicas previstas; solo resta la comprobación del evento externo seleccionado por las partes. *Anuario de Derecho Privado* N° 04, Pág., 41-78. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.648>

²² En el mismo artículo, los profesores citados afirman que: “Una ventaja adicional consiste en la promoción de relaciones contractuales entre desconocidos. El conocimiento de la contraparte y su solvencia se ven relegados por el código que asegura el cumplimiento del contrato en caso de que se materialice la condición. Ob cit., Pág., 44.

²³ Especial relevancia toma en este punto, el artículo 13 de la Ley Modelo de la UNCITRAL y el artículo 9 de la LMDFE en menor medida, los cuales protegen la validez de la contratación celebrada por medios electrónicos, al establecer un conjunto de presunciones, para atribuir los mensajes de datos a una persona determinada.

Por lo que respecta a la normativa que rige en nuestro país, en lo relacionado a la identificación de las partes contratantes y la posibilidad del anonimato, debemos señalar que, tanto el Código Civil como la LMDFE, exigen que sean debidamente identificadas, en virtud de que el consentimiento debe ser expresado por personas que deben tener capacidad para contratar, ya que —caso contrario— nos encontraríamos ante un supuesto de anulación²⁴.

Por su parte, el Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos define, en su artículo 5.6, como usuaria de dicho sistema a: “Persona natural o jurídica, pública o privada, que en los términos establecidos en este Decreto Constituyente, adquiere o utiliza, productos o servicios basados en criptoactivos o en sus tecnologías conexas”, de lo que se extrae que también exige la identificación del sujeto, ya sea persona natural o jurídica.

Más recientemente, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) emitió el 13 de junio de 2024, la Circular n.º SIB-OPCLC-II-GGIR-GRT-GGR-GNP-03678, sobre los “Lineamientos para la Autorización de Preapertura en Línea de Cuentas, Otros Productos o Servicios Financieros Digitales y la Aceptación de Contratos Electrónicos”, en los cuales regula los requisitos para la apertura del contrato de cuenta corriente en línea por parte de los bancos, se requerirá que éstos implementen mecanismos concurrentes de identificación y autenticación del futuro titular de la cuenta, los cuales consisten en “Aquellos que permitan verificar la información que suministró electrónicamente el usuario o usuaria solicitante; así como, la autenticación de la persona mediante la Firma Electrónica autorizada, debidamente certificada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica y la tecnología de reconocimiento biométrico (huella dactilar, rasgos faciales, iris, entre otros) verificada y autenticada en los registros de información de identidad de los Entes Competentes”²⁵. De su lectura se desprende que, para abrir una cuenta en una entidad bancaria venezolana, se requerirá la identificación del nuevo titular, sin posibilidad de que pueda resguardarse bajo el anonimato.

²⁴ El artículo 1.141 del Código Civil señala como causal de anulación, que el contrato sea suscrito por una parte incapaz. Por su parte, la LMDFE define como persona a “Todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”. (Artículo 2).

²⁵ Ver punto 3.I.a.i. de la Circular.

Por otra parte, para el caso que el banco no posea los citados mecanismos de verificación, “... la apertura en línea de cuentas, otros productos o servicios financieros digitales, de usuarios y usuarios que deseen ser clientes del banco, se formalizará una vez culminado el proceso de verificación presencial y entrega de la documentación correspondiente, en cualquiera de sus agencias”.

De manera que, es forzoso concluir que conforme al derecho venezolano, para la validez de un contrato electrónico y en consecuencia para su exigibilidad en el foro interno, se requerirá que las partes estén debidamente identificadas para el momento de su formación, por ser un requisito necesario de existencia.

Así se pronuncia de manera diáfana la autora Scotti citada, quien indica que: “Como todo contrato, las partes contratantes deben estar perfectamente identificados y tener la capacidad suficiente para obligarse y, para ello, resultan aplicables las normas generales sobre capacidad para contratar”²⁶.

No podemos terminar el artículo sin llamar la atención de que a nivel internacional, todo apunta a que el anonimato,— en el marco concreto de las operaciones con criptoactivos— tiene sus días contados. Así se extrae de la normativa dictada en el seno de la Unión Europea el año pasado y que será aplicable a partir del 30 de diciembre de 2024²⁷, la cual busca garantizar la trazabilidad de las operaciones con criptomonedas, mediante el registro e identificación de las partes intervinientes en cada transacción.

CONCLUSIONES

Del análisis concatenado de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, según el derecho venezolano, un contrato electrónico que sea firmado por partes, en las cuales una de ellas se mantenga en el anonimato en los términos antes indicados, no será válido, ante la imposibilidad de atribuir su autoría y los elementos vinculados con ésta, como es la capacidad para contratar, a una persona determinada.

Tal conclusión cobra aún más sentido, si pensamos, en los casos en que se requiera exigir el cumplimiento forzoso de las obligaciones asumidas, ya sea por la vía arbitral u ordinaria. Frente a ello cabe preguntarse, ¿a quién se le exigirá el cumplimiento

²⁶ Ob. Cit., pág., 141.

²⁷ Nos referimos al “Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849”, (consultado en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1113/oj>) el cual fue dictado a los fines de “... asegurar la trazabilidad de las transferencias de criptoactivos como bitcoins y tokens de dinero electrónico. El texto, acordado provisionalmente por el Parlamento y el Consejo en junio de 2022, busca garantizar que las transferencias de criptoactivos, igual que cualquier otra operación financiera, puedan ser siempre rastreadas y las transacciones sospechosas bloqueadas. La llamada «regla del viaje», ya utilizada en las finanzas tradicionales, cubrirá en el futuro las transferencias de criptoactivos. La información sobre el origen del activo y su beneficiario tendrá que «viajar» con la transacción y almacenarse tanto en el origen como el destino de la transferencia”. Ver Nota de prensa “Luz verde del Parlamento a la primera regulación europea sobre criptoactivos”, en *Noticias Parlamento Europeo* consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20230414IPR80133/luz-verde-del-parlamento-a-la-primera-regulacion-europea-sobre-criptoactivos>

del contrato? O los daños generados por dicho incumplimiento, ¿Quién deberá responder por ellos? Evidentemente, de no estar identificada plenamente la parte anónima no podrá ser exigible la obligación asumida o los daños correspondientes derivados del incumplimiento.

Para el caso del seudónimo, la situación será distinta, si es posible vincularlo con una persona determinada, el contrato será válido; caso contrario, correrá la misma suerte que el párrafo anterior.

BIBLIOGRAFIA

- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). “Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia”. *Revista Academia & Derecho*, 7 N° 13. Págs., 265-308. Consultado en: <http://biblos.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/130/187>
- Carreño Mendoza, Sergio y Bernal Fandiño, Mariana. “Vicisitudes de los contratos inteligentes (Smart Contracts) en el derecho del consumo, a propósito de la existencia y validez del contrato a mayor virtud de los contratos inteligentes”. *Anuario de Derecho Privado* N° 04. Págs., 41-78. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.648>
- Chacón Gómez, Nayibe: “Contratación electrónica: realidades venezolanas”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 148. Caracas, 2010. Págs., 203-230.
- Diccionario de la Real Academia Española. Consultado en: <https://dle.rae.es/an%C3%B3nimo?m=form>
- Echebarría Sáenz, Marina. “Contratos electrónicos autoejecutables (*Smart contract*) y pagos con tecnología *blockchain*”. *Revista de Estudios Europeos*, N° 70, julio-diciembre, 2017. Págs., -69-97. Consultada en: <http://www.ree-uva.es/>
- Faliero, Johanna Caterina. “El anonimato: epítome de la seguridad informática y privacidad en el ecosistema crypto”. En “*Fintech: Aspectos Legales*”. Tomo I. Págs., 101-102. Ciudad Autónoma de Bs As. Ed. CDYT Derecho y Tecnología, 2019.
- Fetsyak, Ihor. “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”. *Revista Electrónica de Derecho Universidad de La Rioja, REDUR* N° 18, (diciembre 2020). Págs. 197-236. Consultada en: <http://doi.org/10.18172/redur.4898>
- Guidón Guerrero, Víctor. “Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018 Pág., 293-315.
- Landáez Otazo, Leoncio A. “El comercio electrónico, nuevas tecnologías e internet”. Vadel Hermanos Editores, Caracas, 2008.

- Montealegre Torres, Ismael. “Monopolización Fintech de los Mercados mundiales: Adopción, aplicación y regulación en Venezuela”. En *Fintech. Perspectivas, regulación, modalidades y Desafíos en Venezuela*, editado por Abache Carvajal, Serviliano. Editorial Jurídica Venezolana Internacional.
- Moreno Navarrete, Miguel. “Contratos Electrónicos”. Editorial Derecho Civil Hoy, Madrid 2017. Consultado en: https://books.google.es/books?id=TDV-GcvRe2cC&lpg=PA2&ots=pd_R3-J-WZ&dq=clasificaci%C3%B3n%20contratos%20electr%C3%B3nicos&lr&hl=es&pg=PA2#v=onepage&q=clasificaci%C3%B3n%20contratos%20electr%C3%B3nicos&f=false
- Morles Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho concursal”. Tomo IV. UCAB. Caracas, 2011, p. 2235.
- Naciones Unidas. “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, 1996, con el nuevo artículo 5bis aprobado en 1998”. Consultada en: [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce#:~:text=aprobado%20en%201998-,Ley%20Modelo%20de%20la%20CNUDMI%20sobre%20Comercio%20Electr%C3%B3nico%20\(1996\)%20con,5%20bis%20aprobado%20en%201998](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce#:~:text=aprobado%20en%201998-,Ley%20Modelo%20de%20la%20CNUDMI%20sobre%20Comercio%20Electr%C3%B3nico%20(1996)%20con,5%20bis%20aprobado%20en%201998)
- Nieto Melgarejo, Patricia. “El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual”. *Revista Foro Jurídico*, 2016, N° 15. Págs. 54-76. 2016. Consultada en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19835>
- Padilla Sánchez, Jorge Alberto. “Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 39, pp. 175-201, 2020. Consultada en: <https://www.redalyc.org/journal/4175/417564980007/html/>
- Parlamento Europeo, “Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849”. (Consultado en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1113/oj>)
- Scotti, Luciana Beatriz. “Contratos Electrónicos”. 1ª edición. Buenos Aires. Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012.
- Six, Nicolas, Negri Ribalta Claudia, Herbaut Nicolas, Salinesi Camille. “A blockchain-based pattern for confidential and pseudo-anonymous contract enforcement”. 3rd International Workshop on Blockchain. Systems and Applications (BlockchainSys20), Dec 2020, Guangzhou, China. Consultado en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03117809>
- Szabo Nick. “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets.”. Consultado en: <https://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf>

Valera, Irene, editora. “La regulación del comercio electrónico en Venezuela” Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 16, Caracas 2001.

Vega Clemente, Virginia. “El contrato electrónico: reflexiones conceptuales” *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, Núm. 35, 2023. Págs., 131-142 Consultado en: https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/20959/1/0212-7237_35_131.pdf

Viso Aguilar, María de Lourdes. “La formación del contrato electrónico: Un nuevo impulso a la unificación del derecho”. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores. N° 7. Caracas, 2004.

El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial

Coralia Indriago González*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 159-175

Resumen: El arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, se perfila cada vez más en Venezuela, como una forma ágil, expedita y eficaz, de resolver controversias entre partes contratantes, particularmente cuando se trata de relaciones comerciales internacionales. Las empresas pertenecientes al Estado venezolano, no escapan a esta realidad, pudiendo incluir en sus contratos, cláusulas arbitrales en caso de controversia. Por la especial naturaleza de las empresas del Estado, la Ley de Arbitraje Comercial somete estos acuerdos arbitrales, a determinados requisitos para su validez. Ese es el objeto de este estudio, en el que se analiza cuáles son estos requisitos, su naturaleza jurídica, y las consecuencias que puede acarrear su incumplimiento.

Palabras clave: Cláusula arbitral, empresas del Estado, Ley de Arbitraje Comercial.

State enterprises's arbitral agreement according to the commercial arbitration law

Abstract: *Arbitration as an alternative method of dispute resolution is increasingly emerging in Venezuela as an agile, expeditious and effective way to resolve disputes between contracting parties, particularly when it comes to international trade relations. Companies belonging to the Venezuelan State do not escape this reality and may include arbitration clauses in their contracts in case of controversy. Due to the special nature of State-owned companies, the Commercial Arbitration Law subjects these arbitration agreements to certain requirements for their validity. That is the subject of this study, which analyzes what these requirements are, their legal nature and the consequences of their non-compliance.*

Keywords: *Arbitration clause, state-owned companies, Commercial Arbitration Law.*

Recibido: 14/5/2024
Aprobado: 30/5/2024

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, Universidad Marítima Experimental del Caribe, Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante. Máster en Administración y Dirección de Empresas (MBA), mención honorífica *Cum Laude*, Universidad Isabel I de Castilla (España). Máster en Comercio Internacional, mención honorífica *Cum Laude*, Universidad Isabel I de Castilla (España).

El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial

Coralia Indriago González*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 159-175

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *El concepto de empresa del Estado y su importancia para el arbitraje comercial.* 2. *Requisitos de validez de un acuerdo arbitral suscrito por una empresa del Estado.* 3. *Los vicios del consentimiento que pueden afectar la validez del acuerdo arbitral.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los medios alternativos de resolución de conflictos, son formas de sustraer las controversias de la jurisdicción ordinaria, a favor de otras instancias, por acuerdo entre las partes. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, le da reconocimiento al más alto nivel normativo.

En efecto, el artículo 253 *eiusdem*, integra los “medios alternativos de justicia”, al sistema nacional de justicia, y el artículo 258 *in fine*, dispone que: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”

La Administración Pública venezolana no escapa a esta promoción del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, ya que la Ley de Arbitraje Comercial, consagra en su artículo 4° la posibilidad de que las empresas del Estado suscriban acuerdos arbitrales.

Sin embargo, la sujeta a ciertos requisitos, por tratarse de entes descentralizados con forma de derecho mercantil, que manejan fondos que son patrimonio del Estado venezolano.

Del alcance de esos requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley de Arbitraje Comercial, y las consecuencias que acarrea su incumplimiento, versa este artículo.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, Universidad Marítima Experimental del Caribe, Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante. Máster en Administración y Dirección de Empresas (MBA), mención honorífica Cum Laude, Universidad Isabel I de Castilla (España). Máster en Comercio Internacional, mención honorífica *Cum Laude*, Universidad Isabel I de Castilla (España).

1. El concepto de empresa del Estado y su importancia para el arbitraje comercial

Antes de profundizar nuestro análisis, consideramos importante precisar qué se entiende en el ordenamiento jurídico venezolano, por una “empresa del Estado”, y cuál es la importancia de dicho concepto, cuando estamos en presencia de un acuerdo arbitral que involucra a una de estas empresas.

Esta definición la encontramos en el artículo 103 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual es del tenor siguiente:

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.¹

Esta misma definición se encuentra inserta en la Ley de Arbitraje Comercial², la cual hace referencia expresa, y regula los acuerdos de arbitraje suscritos por Empresas del Estado.

Según el artículo 4° de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana:

Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).

Esta norma incluida en la Ley de Arbitraje Comercial, como puede observarse en su redacción *in fine*, somete a las empresas del Estado, a un régimen especial de arbitrabilidad subjetiva.

Es decir, que mientras una empresa privada puede con total libertad someter las posibles controversias derivadas de la suscripción de un contrato, a un arbitraje, bien sea ad hoc o institucional, las empresas del Estado tienen que cumplir con dos requisitos adicionales; a saber:

¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014.

² Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430, de fecha 07 de abril de 1998.

(i) que el acuerdo de arbitraje haya sido aprobado por el órgano estatutario competente, (ii) que sea autorizado por escrito por el Ministro de Tutela, o Ministro de Adscripción, el cual variará según la empresa de que se trate.

En otras palabras, la norma condiciona los acuerdos arbitrales, a la aprobación del órgano societario que indiquen sus estatutos, aunada a la autorización del ministro al que estuviera adscrita la sociedad, debiendo especificar el tipo de arbitraje y el número de árbitros (tres o más).

Este condicionamiento o limitación, se explica debido a la aplicación por parte del legislador, del Principio iuspubliscista de Limitación a la Autonomía de la Voluntad por Causas de Interés General.

Según este Principio, el Estado puede crear entes con figuras de derecho privado para facilitar el ejercicio y alcance de los fines del Estado, pero éstos no pueden tener las mismas libertades que los particulares, ya que se encuentra de por medio, el interés general.

Siguiendo este Principio, el artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial, se constituye en una limitante al Principio General de Autonomía de la Voluntad de las partes contratantes.

Podemos determinar entonces que el artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial, establece límites que condicionan la autonomía de la voluntad contractual de las partes para acordar someter sus controversias a arbitraje, en dos supuestos de hecho:

1º Cuando una parte sea "... una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social..."; (persona de derecho público constituida conforme a normas de derecho privado)³.

2º Cuando una de las partes contratantes sea una sociedad en la cual otra sociedad en la que la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos, tenga participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social.

En el primer supuesto, la sociedad de comercio es controlada por una persona pública territorial como la República, los estados o los municipios; o no territorial como los institutos autónomos o públicos.

³ Artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430, de fecha 07 de abril de 1998.

En el segundo supuesto, el control lo tiene un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública, en concreto, otra empresa del Estado.

Vale decir entonces, que la cláusula o convenio arbitral suscrito por empresas del Estado, con ocasión de la firma de un contrato de naturaleza comercial, debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje Comercial.

De ahí que, no basta con la simple manifestación de voluntad expresada mediante la firma del contrato por parte de su representante legal, para que la empresa del Estado quede legalmente obligada y vinculada por una cláusula compromisoria, o un acuerdo arbitral.

Esto a diferencia de lo que sucede con cualquier otra sociedad de comercio de derecho privado, en la que bastaría la voluntad de quien ejerce su representación legal de manera ordinaria, y conforme a sus estatutos sociales, para comprometerla válidamente.

2. Requisitos de validez de un acuerdo arbitral suscrito por una empresa del Estado

Visto lo anterior, se evidencia entonces, que para que una empresa del Estado pueda suscribir válidamente un acuerdo arbitral, se necesita la concurrencia de la manifestación de tres voluntades distintas y diferenciadas, por parte de la Administración Pública:

1. La del representante legal de la empresa estatal, o sea, la persona autorizada y/o investida de capacidad jurídica para suscribir contratos, según sus Estatutos, que actúa en nombre y representación de la empresa, y firmará el acuerdo arbitral, o el contrato que lo contiene;
2. La del órgano estatutario competente de la empresa estatal, que deberá dejar constancia expresa de haber aprobado que la empresa del Estado se someta a la jurisdicción arbitral en el caso concreto. (por ejemplo, mediante un Acta o una Resolución de Junta Directiva);
3. La del ministro de tutela o adscripción de la empresa del Estado, quien deberá dejar constancia expresa de haber autorizado a la empresa del Estado tutelada, a comprometerse en un acuerdo arbitral, para el caso concreto.

Al faltar uno solo de estos 3 pronunciamientos positivos y explícitos, no puede existir un acuerdo arbitral válidamente suscrito, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial.

3. Los vicios del consentimiento que pueden afectar la validez del acuerdo arbitral

En nuestra opinión, si se suscribe un acuerdo arbitral por parte del representante legal de una empresa del Estado, faltando alguno de los otros consentimientos, —lo que hemos visto en nuestra experiencia, que frecuentemente ocurre—, el acuerdo arbitral se encuentra doblemente viciado, como analizaremos seguidamente.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, por existir un vicio en el consentimiento, el cual es requisito esencial para la existencia y la validez de los contratos.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, por configurarse un acto administrativo afectado de nulidad absoluta, por dos razones fundamentales:

La primera, al haber emanado de una autoridad manifiestamente incompetente, (el representante legal de la empresa del Estado, quien por sí solo es incapaz para obligar a la empresa bajo un acuerdo arbitral) y;

La segunda, por haberlo hecho con prescindencia total del procedimiento requerido para ello, que es el establecido en el artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial.

Analizaremos a continuación, estas dos vertientes, en lo que respecta a la manifestación de voluntad para suscribir un acuerdo arbitral por parte de empresas del Estado, y las consecuencias jurídicas que acarrea un consentimiento manifestado de manera impropia.

En primer lugar, analizaremos las consecuencias que acarrea según el Derecho Administrativo, el incumplimiento de lo estipulado en el artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial, según la Teoría de la Nulidad de los Actos Administrativos, por incompetencia de la persona de quien emanan.

Sobre este particular, el artículo 26 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública prevé lo siguiente:

Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

Toda actividad realizada por un órgano o ente manifiestamente incompetente, o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes. Quienes dicten dichos actos, serán responsables conforme a la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.

Por su parte, el artículo 1° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴, al establecer el ámbito de aplicación de esta ley, señala:

La Administración Pública Nacional y la Administración Pública Descentralizada, integradas en la forma prevista en sus respectivas leyes orgánicas, ajustarán su actividad a las prescripciones de la presente Ley.

Las administraciones estatales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable.

Por cuanto la naturaleza jurídica de una empresa del Estado, es la de un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública, le es aplicable el contenido de estas dos Leyes.

Por su parte, los ministros, son órganos directos del presidente de la República, según lo establecido en el primer párrafo del artículo 242 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza:

“Los Ministros o Ministras son órganos directos del Presidente o Presidenta de la República, y reunidos o reunidas conjuntamente con éste o ésta y con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, integran el Consejo de Ministros.”⁵

En virtud de esta disposición, los ministros de la República Bolivariana de Venezuela son considerados órganos administrativos, por lo tanto, sujetos a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Administración Pública.

Por ende, tanto un órgano societario (Junta Directiva) de una empresa del Estado, como un ministro de la República, forman parte de la Administración Pública.

El primero, como un órgano de un ente descentralizado funcionalmente, y el segundo, como un órgano de la Administración Central; ambos sometidos a las normas de la legislación administrativa, y capaces de pronunciarse o emitir sus manifestaciones de voluntad, mediante actos administrativos.

En este orden de ideas, resulta útil invocar el artículo 7° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual suministra la definición de acto administrativo, que es del tenor siguiente:

⁴ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario, de fecha 01 de julio de 1981.

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda N° 1, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

“Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública.”

Consecuencialmente, tanto la aprobación del órgano societario competente, léase Junta directiva, de la suscripción del acuerdo arbitral por parte de una empresa estatal, como la autorización concedida por el ministro de tutela, en su carácter de órgano directo del presidente de la República, son actos administrativos.

En otras palabras, ambas son declaraciones de carácter particular, emanadas de entes de la Administración pública, que deben ser emitidas según lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, teniendo sin lugar a dudas, reiteramos, la naturaleza jurídica de actos administrativos.

Visto lo anterior, ambas instancias de aprobación y autorización, son de obligatorio cumplimiento y deben ser ejecutadas en los términos previstos en la ley; por lo que una empresa pública no puede celebrar válidamente un acuerdo arbitral sin haber obtenido las mismas.

En este caso, estamos en presencia de un consentimiento complejo o compuesto, creado por obra de la ley con la finalidad de controlar la facultad de una empresa estatal de sustraerse a la jurisdicción ordinaria, que solo puede otorgarse válidamente, cuando concurren tres circunstancias:

1. La previa autorización del órgano societario competente para suscribir el acuerdo arbitral;
2. La suscripción del acuerdo (contenido o no en el contrato principal), por parte del representante legal de la empresa del Estado, y;
3. La aprobación del Ministro de tutela o adscripción, la cual pudiera producirse antes, o concomitantemente con la firma del acuerdo de arbitraje, pero, en nuestra opinión, nunca con posterioridad, por tratarse la falta de dicha autorización, de un vicio de nulidad absoluta, no convalidable.

Sólo al cumplirse estas tres condiciones, existe un consentimiento contractual válidamente otorgado, por parte de la empresa del Estado.

De lo contrario, estaríamos en presencia de una actividad realizada por un órgano o ente manifiestamente incompetente, con prescindencia total y absoluta del debido procedimiento, generando como consecuencia, la nulidad absoluta, según lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶, que dispone:

⁶ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario de fecha 01 de julio de 1981.

Artículo 19.- Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la ley.
3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y;
4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Esta sanción, como todo acto ablatorio, requiere previsión expresa y así está regulado en la norma *in comento*, ya que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos rige todos los actos de la Administración Pública, Nacional, Estadal o Municipal, descentralizada o desconcentrada, como se explicó anteriormente.

En otras palabras, el consentimiento para obligar válidamente una empresa estatal en un acuerdo de arbitraje, se forma con el concurso de manifestaciones de voluntad entre el representante legal de la empresa, el órgano estatutario competente, y el ministro de tutela o adscripción.

Es insuficiente la sola manifestación de voluntad de la junta directiva, del presidente de la compañía o de quien la represente, así como del propio ministro de tutela o adscripción.

En este sentido se manifestó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en STC 00004, del 11 de enero de 2006, en un caso de suscripción de una cláusula de arbitraje por una empresa estatal, sin haberse cumplido los extremos mencionados *supra*:

Se desprende del artículo citado, que la validez del acuerdo de arbitraje suscrito entre las partes en conflicto, en las que la República posea más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones, estará supeditado a la autorización por parte de todos los miembros de la Junta Directiva y la autorización por escrito de los respectivos Ministerios de tutela.

Con fundamento en el artículo 4 anteriormente citado, estima la Sala que si bien en el caso de autos, las partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad decidieron someter las controversias que pudieran surgir entre ellas con ocasión del contrato al conocimiento de los tribunales arbitrales, no lo es menos que no se cumplió con el requisito establecido en el artículo anteriormente citado, por cuanto no consta en el expediente documento alguno que demuestre que en efecto, tanto el Ministerio de Energía y Petróleo como el Ministerio de la Defensa, hayan emitido dicha autorización configurándose de esta manera la imposibilidad de las partes para comprometer en árbitros la controversia.

Por tanto, visto que en el caso de autos las partes estaban impedidas para comprometer en árbitros la controversia, la cláusula arbitral carece de validez y, en consecuencia, el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer de la demanda. Así se declara.

Para la Sala Político Administrativa, el artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial es diáfano el establecer los requisitos para celebrar válidamente cláusulas arbitrales en los que sea parte una empresa del Estado.

En tal sentido, es responsabilidad de ambas partes velar por el cumplimiento de la normativa jurídica aplicable, ya que no puede obviarse mediante acuerdo entre ellas al no ser materia disponible para las partes contratantes, por tratarse de normas de orden público.

Sobre qué se entiende por normas de orden público, el administrativista venezolano Allan R. Brewer-Carías, señala que:

“...normas de orden público son aquellas que por ejemplo establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, incluso las competencias de los jueces, y aquellas que conciernen a los poderes tributarios de las entidades públicas.”⁷

Este es precisamente el caso del artículo 4º *in comento*, cuando otorga la competencia o atribución de aprobar y autorizar las cláusulas arbitrales de los contratos, a dos entes del Estado venezolano: la Junta Directiva de la empresa estatal, y el ministro de adscripción.

Se trata de una norma de orden público, que no puede ser relajada ni obviada por los propios entes del Estado, ni tampoco por los particulares que contraten con ellos.

La deficiencia en la formación del consentimiento, no solo invalida la cláusula arbitral, sino que, por vía de consecuencia, retorna la jurisdicción sobre el caso, a su jurisdicción primigenia, siendo entonces el Poder Judicial, a través del juez contencioso-administrativo, quien tiene jurisdicción para conocer.

Al año siguiente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, reiteró su criterio en la STC 02007 del doce (12) de diciembre de 2007:

En el presente caso, observa la Sala que el contrato de operación del Gran Hotel Caribe fue suscrito por Corporación Hotelera Hemesa S.A. y Corporación Halmel C.A., en fecha 16 de octubre de 1998 (folios 45 y siguientes del expediente) y su

⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R. “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela”. Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (6). Págs. 207-252. Monterrey, México. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Addendum suscrito por el Presidente de la Corporación de Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO), (autorizado por el Directorio y por la Junta Directiva de la Corporación Hotelera Halmel C.A., y facultado por la sociedad mercantil Corporación Hotelera Hemesa S.A.), el 23 de septiembre de 1999, es decir, luego de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, (7 de abril de 1998), por lo que para pactar el compromiso arbitral, así como para la reforma contractual, se requería para su validez, la aprobación del Ministerio de adscripción, (hoy, Ministerio para el Poder Popular para el Turismo), circunstancia que no aparece en autos reseñada, como acreditada ni exhibida al Notario en las actas de autenticación de dichos instrumentos.

En consecuencia, estima la Sala que la cláusula arbitral contenida en el contrato de operación no puede ser opuesta.

En esta ocasión se omitió la firma del ministro de tutela o adscripción, por lo que la cláusula arbitral, también era inválida por contrariar el ordenamiento jurídico venezolano.

Por ende, la consecuencia jurídica de la no concurrencia de manifestaciones de voluntad para conformar el consentimiento de la empresa del Estado, es la nulidad absoluta del acuerdo arbitral, de conformidad con el artículo 19, numeral 4º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Primeramente, porque el representante legal de una empresa del Estado es manifiestamente incompetente por sí solo para comprometer válidamente a la empresa en un acuerdo arbitral, y no puede suscribirlo sin los otros dos consentimientos.

Además, porque en caso que lo haga, se habría manifestado el consentimiento de dicha empresa, (un acto administrativo de carácter particular), con prescindencia total de los procedimientos establecidos en la Ley de Arbitraje Comercial, acarreado que el acuerdo arbitral, sea inexistente en la esfera jurídica.

Habiendo analizado la situación desde la óptica del Derecho Administrativo, pasaremos ahora a analizar este mismo asunto, desde el punto de vista del Derecho Civil, concretamente del Derecho de los Contratos, que como normas de derecho común, es fuente supletoria del Derecho Administrativo.

En este sentido, el administrativista venezolano Allan Randolph Brewer-Carías, en su obra “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela”⁸, señala en relación al derecho aplicable a los contratos del Estado, lo siguiente:

⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela”. Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (6). Págs. 207-252. Monterrey, México. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Aparte de estas regulaciones generales de origen constitucional, como se dijo, los contratos del Estado no han sido objeto de una regulación legal general, salvo las normas de la nueva Ley de Contrataciones Públicas y las dispuestas en leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado (*omissis*). Aparte de este orden jurídico de derecho público que les es aplicable, los contratos del Estado, como todo contrato se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el texto del contrato mismo, y por las normas del Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el texto contractual.

Ratificando así, que los contratos administrativos están sujetos a las disposiciones contenidas en leyes especiales, como lo es la Ley de Arbitraje Comercial, y de manera supletoria, por el Código Civil.

Analizando entonces el acuerdo arbitral como un contrato, desde el punto de vista del Derecho Civil, debemos primeramente verificar que éste cumpla con las condiciones necesarias de existencia y validez, que exige el ordenamiento jurídico civil vigente.

Las condiciones de existencia de un contrato, están contenidas en el siguiente artículo del Código Civil: “Artículo 1.141.- Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita.”⁹

Por su parte, las condiciones de validez, están plasmadas en el mismo Código, de esta manera: “Artículo 1.142.- El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento.”

Sobre este particular, y según el análisis que se ha realizado *supra*, el acuerdo arbitral, como todo contrato, requiere de la existencia del consentimiento de ambas partes, y de que el mismo haya sido válidamente manifestado.

Por ello, es necesario analizar si en el caso de un acuerdo arbitral suscrito por una empresa del Estado, el consentimiento puede estar afectado por vicios en su formación, según las disposiciones del Código Civil.

Sobre estos casos, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia. Veamos la STC 2375, del 15 de diciembre de 2006, Sala Constitucional, dictada con ocasión de la interposición de Recurso de Revisión Constitucional de una decisión de la Sala Político-Administrativa del mismo Tribunal.

⁹ Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

La sentencia, referente a reclamos de pago con ocasión de la ejecución de un contrato de obras, cita este criterio de la Sala Político-Administrativa plasmado en la sentencia recurrida, el cual fue ratificado por la Sala Constitucional:

(...) el ordenamiento jurídico positivo establece las condiciones necesarias para la existencia de los contratos. Así, el artículo 1.141 del Código Civil venezolano, dispone que son requisitos esenciales para la existencia de todo contrato: el consentimiento de las partes, el objeto que pueda ser materia de contrato y la causa lícita. A lo cual hay que agregar la existencia de dos o más sujetos que tengan capacidad para obligarse, así como, en el caso de los contratos de carácter administrativo, el cumplimiento de las formalidades esenciales, tales como el proceso de formación de la voluntad de la Administración para contratar, el cual se manifiesta a través de los actos administrativos previos dictados a tal fin.

En efecto, el proceso de formación de los contratos que tienen carácter administrativo implica una tramitación previa que garantiza la legalidad de la operación y culmina con la suscripción del respectivo contrato a través de los mecanismos requeridos para el cumplimiento de las formalidades necesarias para su existencia, dada la característica de especial formalidad propia de los contratos administrativos.

Continúa diciendo la Sala Político-Administrativa, en la sentencia citada y ratificada por la Sala Constitucional:

(...) reitera la Sala, todos los contratos requieren como condición para su existencia, el consentimiento entre las partes. En el caso de los contratos suscritos por la Administración, la formación de voluntad del ente público comprende la realización de una serie de formalidades que deben cumplirse antes y después de la celebración del contrato.

En el presente caso, si bien se realizaron algunos pasos previos para la formación del contrato, tales como la presentación del presupuesto por parte de la empresa contratista y las observaciones que al mismo fueron realizadas por la Contraloría Municipal del Municipio Libertador, no se evidencia en autos la concurrencia de todos los elementos necesarios para su existencia, ni tampoco el cumplimiento de las formalidades esenciales, pues no existe en las actas que conforman el presente expediente, documento alguno del cual pueda constatar el cumplimiento de estos requisitos indispensables para la existencia del contrato y por ende, no se evidencia ninguna relación contractual que vincule a las partes. En consecuencia, esta Sala debe declarar forzosamente inexistente el contrato cuyo cumplimiento se demanda y con ello desestimar la totalidad de la demanda incoada. Así se decide.

Luego de haber citado la sentencia recurrida, la Sala Constitucional, estipula lo siguiente:

(...) los señalamientos expuestos por los solicitantes en revisión se centran en cuestionar que el incumplimiento de los requisitos procesales y formalidades esenciales fueron omisiones imputables a la Alcaldía, por lo que disienten del razonamiento de la Sala Político Administrativa –la cual equiparan al nivel de

inmotivación- pues a partir de su decisión se ha generado en lo que en su criterio comporta una lesión de los derechos constitucionales al debido proceso, propiedad, libertad económica, prohibición de no confiscación y del principio de confianza legítima.

Al respecto, debe señalarse, en lo referente a la celebración de los contratos administrativos, que los mismos se encuentran conformados mediante la realización de una serie de actos de cumplimiento impretermisible, los cuales rigen tanto la formación como la ejecución del contrato, por lo que solamente a través de su realización, puede determinarse el establecimiento de la voluntad por parte de la Administración que pueda constreñirla a la asunción de obligaciones frente a los particulares.

La expresión de la voluntad administrativa debe ser racionalizada a través de las formalidades que obedecen a finalidades determinadas por razones de interés público que la Administración debe atender y gestionar mediante una amplia e interrelacionada sucesión de etapas anteriores y concomitantes a su declaración.

Precisamente, es la determinación de estas finalidades lo que constituye el elemento originante de todo proceso que no puede obedecer a elementos circunstanciales, sino a un accionar que debe estar regulado en todos sus aspectos.

Al adoptarse la decisión por parte de la Administración atendiendo al cumplimiento de los aspectos normativos, se permite la conformación de los contratos administrativos, pues la voluntad administrativa, como intención razonada y expresa a producir un acto determinado da lugar a la creación de uno de los elementos esenciales de los contratos administrativos, como es, el consentimiento para pactar obligaciones frente a los particulares.

La ausencia en la constitución del elemento volitivo no permite constreñir a la Administración a la asunción de obligaciones, siendo inviable su exigencia.

Concluye la Sala Constitucional, ratificando el criterio de la SPA: “Ergo, esta Sala determina que el razonamiento sostenido por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia resulta ajustado a derecho...”.

Del extracto de la sentencia, se evidencia que el Máximo Tribunal de la República considera que los vicios en el consentimiento, suponen la inexistencia del contrato, de conformidad con el Código Civil, por ausencia del elemento volitivo.

También deja en claro la sentencia, que el consentimiento otorgado válidamente por entes de la Administración, no se limita a la mera firma de un contrato, sino que requiere que se produzcan una serie de actos y formalidades, que en su conjunto, conforman dicho consentimiento.

En consecuencia, el acuerdo arbitral, visto como un contrato, cuyo consentimiento esté viciado, es inexistente en la esfera jurídica, de conformidad con lo establecido en el Código Civil en lo que respecta a los elementos de existencia y validez de los contratos.

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, es menester concluir que:

El consentimiento de las empresas del Estado, en un acuerdo arbitral, no es una manifestación de voluntad pura y simple, sino un consentimiento complejo, conformado por el cumplimiento de una serie de formalidades, y la realización de una serie de actos de naturaleza impretermitible.

El cumplimiento de esos requisitos y formalidades, previstos en el artículo 4° de la Ley de Arbitraje Comercial, son *conditio sine qua non* para considerar válidamente otorgado dicho consentimiento, y manifestada la voluntad del ente estatal, de manera legal e inequívoca.

Las tres manifestaciones de voluntad requeridas para formar el consentimiento de una empresa estatal en un acuerdo o cláusula arbitral, constituyen actos administrativos, sujetos a las causales de nulidad absoluta previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La ausencia de uno o varios de estos actos de autorización o aprobación, previstos en la Ley de Arbitraje Comercial, trae como consecuencia, la nulidad absoluta del acto administrativo de suscripción del acuerdo arbitral, realizado por el representante legal de la empresa.

Esto, desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

Por su parte, la ausencia de la aprobación de la Junta Directiva, y la autorización del Ministro de Adscripción, acarrea la inexistencia del elemento volitivo por parte del ente estatal, y por ende, la inexistencia del acuerdo arbitral, según el Derecho Civil.

Ello por cuanto no hay manifestación de voluntad o consentimiento válidamente otorgado, por parte de la empresa del Estado, lo que equivale a su inexistencia en la esfera jurídica.

Aun cuando la omisión de la realización de ciertos actos o de algunas formalidades sea imputable al ente estatal, ello no supone ninguna diferencia en la consecuencia jurídica que acarrearán los vicios en la formación del consentimiento de la empresa del Estado.

Al ser nulo e inexistente el acuerdo o cláusula arbitral, que normalmente hubiese excluido una controversia entre ambas partes contratantes de la jurisdicción del Poder Judicial, éste último como juez natural, vuelve a tener la potestad de conocer cualquier controversia entre las partes contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

Brewer-Carías, Allan Randolph. «Sobre los Contratos del Estado en Venezuela.» *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*. n.º 6. Monterrey: Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, enero-junio de 2011. 207-252.

Análisis a la sentencia nro. 070 del 23/02/2024 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre convocatorias de asambleas, vía electrónica

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 177-199

Resumen: Hoy día, la formalidad de las convocatorias de asamblea dista mucho de ejecutarse por mecanismos tradicionales, como lo es la prensa escrita. Con los constantes avances tecnológicos, la forma en la que se manifiesta, ha sido sustituida en forma, más no en esencia, en cuanto al formato tradicionalmente conocido, por canales electrónicos, tales como aplicativos de mensajería instantánea o correos electrónicos, mejor conocidos como metadatos.

Palabras clave: compañías, convocatorias, asambleas, prensa, canales electrónicos.

Analysis of judgment nro. 070 of 02/23/2024 of the Social Appeal Chamber of the Supreme Courte of Justice, on calling for assemblies, electronicly

Abstract: Today, the formality of assembly calls is far from being executed by traditional mechanisms, such as the written press. With constant technological advances, the way in which it is manifested has been replaced in form, but not in essence, in terms of the traditionally known format, by electronic channels, such as instant messaging applications or emails, better known as metadata.

Keywords: companies, calls, assemblies, press, electronic channels.

Recibido: 12/5/2024
Aprobado: 28/5/2024

* 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. Maestrante del programa Gerencia de Empresas de la Universidad Dr. José Gregorio Hernández.

Análisis a la sentencia nro. 070 del 23/02/2024 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre convocatorias de asambleas, vía electrónica

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 177-199

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Enfoque doctrinal de la convocatoria de asambleas. 2. Análisis de la sentencia No. 070 del 24/02/2024 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, e interpretación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, sobre la recepción de correos electrónicos.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El máximo órgano ejecutor de las decisiones como reflejo de las voluntades de los accionistas que conforman toda compañía anónima, son las asambleas. Toda asamblea a tenor de la norma mercantil venezolana, debe estar precedida de una convocatoria. Este mecanismo utilizado para el llamamiento a los accionistas que conforman la persona jurídica, constituye un requisito *sine quanon*, para la celebración de estas denominadas reuniones de accionistas en Venezuela; pues, la finalidad, es anunciar que se llevará a cabo una reunión, en el lugar y hora dispuesta para tratar los puntos presentados en dicha comunicación, como orden del día. Dada esa misma condición de ser indispensable para anteceder cualquier asamblea, resulta obligatorio que el accionista sea convocado, según lo establecido en el artículo 277 del Código de Comercio y complementariamente de manera personal según lo previsto en el artículo 279¹ del mismo instrumento normativo.

* Abogado (LUZ, 2010). Magister en Banca y Finanzas (URU, 2018). Profesor invitado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de La Universidad del Zulia, actualmente abogado en ejercicio, adscrito al escritorio jurídico Soto Rojas & Asociados, Soluciones Legales R.L., con especial atención al derecho corporativo y al derecho mercantil. Maestrante del programa Gerencia de Empresas de la Universidad Dr. José Gregorio Hernández.

¹ Artículo 279: “*Todo accionista tiene el derecho de ser convocado a su costa, por carta certificada, haciendo elección de domicilio y depositando en la caja de la compañía, el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea*”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Como todo proceso, la celebración de una asamblea requiere de una serie de pasos iniciales para obtener un fin determinado y en consecuencia constituye un aspecto que dista mucho de ser una simple formalidad, pues se trata de poner en conocimiento a los llamados a participar de esa asamblea conforme a las condiciones de modo, tiempo y lugar que se detallarían en el contenido de la convocatoria. Ese llamamiento a la asamblea de accionistas en el orden interno del país, en palabras de estudiosos en el área, lo conciben como una especie de comunicación formal que posee un mínimo de contenido necesario para que el accionista, sea informado de los puntos a deliberar y decidir en la asamblea. Esta convocatoria a la asamblea de accionistas es tratada como el acto por el cual se anuncia a los socios que se va a celebrar una asamblea²; por su parte, el autor Morles Hernández, define la convocatoria como un aviso que debe permitir al accionista enterarse de que en un lugar, día y hora determinados tendrá lugar una reunión de accionistas en la cual se va a tratar determinados puntos o consideraciones de interés para la sociedad mercantil³.

Ese anuncio que constituye la esencia del contenido de toda convocatoria, debe cumplir todas las exigencias de ley, pues, por lo cual la actuación debe considerarse como una práctica necesaria e indispensable para la validez de la asamblea de accionistas; por ello las convocatorias deben dar aviso de la información mínima que debe manejar el accionista; vale decir, del contenido objeto de la reunión, día, hora y lugar entre otros. No obstante, las exigencias dispuestas en la legislación venezolana han caído en obsolescencia por el mecanismo utilizado para la notificación de la misma. Es decir, el medio de difusión por excelencia cuyo cumplimiento se hace inexcusable, es el previsto en el artículo 277 del Código de Comercio⁴ el cual dispone que la convocatoria, deba ser publicada en prensa, entendiéndose prensa escrita, en periódicos de circulación; o bien, del modo a costa del interesado previsto en el artículo 279 de la misma norma mercantil. Bajo esta perspectiva, en las sociedades mercantiles se debe hacer lo propio para llevar a cabo este anuncio.

Actualmente, conforme a los constantes avances tecnológicos, muchos han sido los medios de difusión de mensajes para que un emisor comunique a un receptor un determinado mensaje, que mucho discrepan de los medios o mecanismos tradicionales que consagra el Código de Comercio, por ejemplo, para las convocatorias de asambleas sean estas ordinarias o extraordinarias. El propio devenir de la denominada era tecnológica, ha permitido acercar a toda persona, a hacerse parte de medios digitales o electrónicos para facilitar la comunicación, para permitir el envío de un mensaje o

² Hung Vaillant. "Sociedades anónimas". Vadell hermanos, 2010.

³ Hernández, Morles. Curso de derecho mercantil: "las sociedades mercantiles". Caracas: Publicaciones UCAB, 2006.

⁴ Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

cualquier dato que necesita que la otra persona, en su calidad de receptora, debe tener conocimiento. Aplicativos de mensajería instantánea, emails o correos electrónicos, son unas de las tantas categorías de medios que las nuevas tecnologías han establecido en el nuevo orden mundial, precisamente para hacer aún más práctica y efectiva la emisión de un mensaje.

En Venezuela, desde la promulgación del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁵, aunque a pasos pequeños, se ha proferido la regulación y estandarización de medios electrónicos para la transmisión de mensajes de datos, la forma en la que estos se consideran enviados y recepcionados, el carácter en cuanto al valor probatorio, incluso, que los mensajes de datos tienen respecto a los documentos escritos, y otro cúmulo de consideraciones prácticas para facilitar no solo la actividad de comercio en el país, sino, regular, proteger y fomentar el uso de canales electrónicos para dar cabida a la premisa del denominado infogobierno⁶, es decir, que los particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, les sea garantizado el acceso a las plataformas digitales.

En el caso que importa para este artículo, las convocatorias a las asambleas, aunque se encuentran supeditadas a ser ejecutadas por mecanismos tradicionales, como lo es la prensa escrita⁷, el máximo tribunal de la República, ha sido conteste en establecer criterios vinculantes en cuanto a la interpretación no restrictiva de esa premisa establecida en la norma mercantil, permitiendo flexibilizar en el caso particular de las convocatorias, que éstas puedan ser transmitidas o ejecutadas a través de correos electrónicos. Justamente es ese el tratamiento jurisprudencial, que será abarcado en los puntos que a continuación serán detallados sobre la utilización de las convocatorias de asambleas, por medios distintos a los originalmente establecidos por el legislador en el Código de Comercio patrio.

1. Enfoque doctrinal de las convocatorias de las asambleas

La convocatoria a las asambleas de accionistas, sean ordinarias o extraordinarias, debe ser realizada, y es la regla general, por los administradores, tal como lo establece el Código de Comercio patrio. Los estatutos sociales atribuyen, en varios casos, a uno de los administradores, dependiendo de la denominación que se le haya dado a estos en

⁵ 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 Ley de Infogobierno, Gaceta Oficial No. 40.274 del 17 de octubre de 2013.

⁷ Artículo 277: “La asamblea sea ordinaria o extraordinaria, debe ser convocada por los administradores, por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos, al fijado para su reunión (...)”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

su contenido, la función de convocar las asambleas. Cuando la facultad corresponde a un órgano colectivo, se sobreentiende que la decisión de convocar está presidida de una deliberación del órgano⁸. En algunas ocasiones, la ley impone a los administradores la obligación de convocar la asamblea, de un modo directo y expreso. Así ocurre en el caso del artículo 264 del Código de Comercio⁹.

Por excepción, la convocatoria puede ser hecha por personas distintas a los administradores:

- a. Por el juez mercantil, en los supuestos de oposición¹⁰ y de denuncia de los accionistas¹¹.
- b. Por el comisario, frente a la denuncia del 1/810 de los accionistas por hechos de los administradores, que crean censurables¹².
- c. Por la Comisión Nacional de Valores, a petición de cualquier accionista, cuando no se hubiere reunido la asamblea ordinaria en el lapso legal o, si reunida, no hubiere decidido sobre las materias de obligatoria deliberación, en los supuestos de sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones.
- d. Por el liquidador, cuando deba presentar estados de la liquidación o deba rendir cuenta general de su administración¹³

Sobre la base de que “la asamblea es la máxima expresión orgánica de la sociedad y cuenta con las facultades de mayor nivel jerárquico”, se afirma la doctrina argentina, que la propia asamblea, puede convocar a una asamblea¹⁴.

⁸ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

⁹ Artículo 264: “Cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido un tercio, deben convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación (...)”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁰ Artículo 290: “A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹¹ Artículo 291: “Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden (...)”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹² Artículo 310: “(...) Si los comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de los accionistas que representan el décimo del capital social, deben convocar inmediatamente a una asamblea que decidirá siempre sobre el reclamo”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹³ Artículo 350: “En todo caso los liquidadores están obligados: 7. A presentar estados de liquidación, cuando los socios lo exijan. Ordinal 8: a rendir al fin de la liquidación, cuenta general de su administración”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁴ Morles Hernández Alfredo, citando a Zaldívar y otros, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

A este punto, es necesario resaltar algunas consideraciones en cuanto a las convocatorias de asambleas de accionistas de sociedades mercantiles, entre las cuales, se tiene:

- a. Forma de la convocatoria. Esta debe ser realizada por la prensa, en períodos de circulación, tal y como lo dispone el artículo 277 del Código de Comercio. Es decir, debe hacerse de manera escrita, ante todo evento. El Código de Comercio prevé una forma de convocatoria personal, por correspondencia (carta certificada), a la cual tiene derecho todo accionista, haciendo elección del domicilio y depositando en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea, en los términos que prevé el artículo 279 de la norma mercantil.
- b. Plazo para la convocatoria. El plazo dentro del cual debe hacerse la convocatoria es variable. Cuando se trata de la asamblea ordinaria, el artículo 274 del Código de Comercio expresa que ésta debe reunirse en la fecha que determinen los estatutos. Generalmente, los estatutos sociales establecen que la asamblea ordinaria se reunirá en el período de tres (3) meses, siguientes al cierre del ejercicio anual, quedando a los administradores la facultad de fijar la fecha exacta en que debe reunirse la asamblea, dentro del período indicado en los estatutos. Una vez tomada la decisión por los administradores, debe procederse a publicar la convocatoria, con la anticipación legal o estatutaria. En el supuesto de asambleas extraordinarias, el Código de Comercio no utiliza ningún criterio —como los usados en el derecho italiano “inmediatamente”, “sin dilación” con “carácter de urgencia”¹⁵, quedando a juicio de los administradores escoger el momento apropiado para la publicación de la convocatoria. Esta facultad, sin embargo, no puede ser usada de modo que comprometa el deber de diligencia que corresponde a los administradores, cause daño a la sociedad o afecte los derechos de los accionistas.

Por excepción, el artículo 287 del Código de Comercio fija un lapso de un mes a los administradores, para convocar la asamblea extraordinaria, si lo exige un número de socios que represente un quinto del capital social.

- c. Lugar de la convocatoria. La convocatoria debe ser publicada en el lugar que corresponda al domicilio social. Será suficiente, sin embargo, plantea Morles Hernández, una publicación en un diario que circule en el lugar del domicilio de la sociedad, aunque no se edite en el mismo lugar. Puede ser un diario regional o nacional. El propósito de la publicación en la prensa, es ofrecer a los accio-

¹⁵ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

nistas la posibilidad de informarse acerca de la realización de la asamblea. El medio más idóneo mientras mayor circulación tenga en el lugar del domicilio social, donde se supone tienen su domicilio algunos accionistas, si no todos. Por supuesto que una publicación que circule en todo el país ofrece las mayores posibilidades de información, sobre todo cuando se trate de grandes empresas, con accionistas distribuidos en el territorio nacional.

Orden del día de la convocatoria. También conocido como el objeto de la convocatoria, alude a que, toda deliberación sobre un objeto no expresado en ella, es nulo, tal y como se reza del contenido del artículo 277 del Código de Comercio. La finalidad del aviso es informar. En consecuencia, la información debe ser suministrada en forma clara, directa y expresa. Sería temerario que los administradores corrieran el riesgo de provocar una deliberación nula por defectos formales del aviso de la convocatoria.

La convocatoria debe expresar el día, la hora, la sede y el lugar en que se reunirá la asamblea, además de la indicación de las materias a tratar (orden del día).

La doctrina se inclina por considerar que el objeto debe ser indicado de manera específica, no genérica. Por ejemplo, no podría convocarse a los accionistas para deliberar sobre un aumento de capital, reducción de capital o cambio de objeto social, sino para considerar un aumento, una reducción o un cambio determinados. Tampoco podría convocárselos para considerar las decisiones que deben adoptarse por encontrarse la compañía en la situación del artículo 264¹⁶ del Código de Comercio o para deliberar en torno a la materia indicada los primeros cuatro incisos del artículo 275¹⁷ *ejusdem*.

Como el orden del día tiene la función de delimitar la competencia de la asamblea, ha escrito Ferri “esta función del orden del día implica, por tanto, que del mismo pueda derivarse inequívoca y claramente cuales son los temas específicos sobre los cuales la asamblea es llamada a pronunciarse. Indudablemente, no es necesario el uso de formulas sacramentales y no se requieren especificaciones

¹⁶ Artículo 264: “Cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido un tercio, deben convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación. Cuando la disminución alcance a los dos tercios del capital, la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, si los accionistas no prefieren reintegrarlo o limitar el fondo social al capital existente”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁷ Artículo 275: “La asamblea ordinaria: 1º Discute y aprueba o modifica el balance, con vista del informe de los comisarios. 2º Nombra los administradores, llegado el caso. 3º Nombra los comisarios. 4º Fija la retribución que haya de darse a los administradores y comisarios, si no se halla establecida en los estatutos”. Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

detalladas, sin embargo, es necesario que el orden del día pueda recaer sobre una noción exacta de la materia a tratar y de las providencias a tomar”¹⁸. La indicación necesariamente, debe ser sintética, pero debe ser clara y no ambigua, específica y no genérica.

Los llamados “puntos varios” no pueden ser objeto de deliberación ni de adopción de acuerdos válidos, salvo el caso de las llamadas asambleas “universales”.

- d. El quorum. Tanto las asambleas ordinarias como extraordinarias, solo pueden ser consideradas como válidamente constituidas para deliberar una vez que en la reunión que se convocó, se encuentre reunido un número de accionistas que represente más de la mitad del capital social, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, es decir, requieran un número mayor o menor. El quorum es presupuesto de validez de la instalación de la asamblea y, consecuentemente, de las deliberaciones y de las decisiones adoptadas. La doctrina, habla de quorum de presencia, quorum constitutivo o quorum simplemente para referirse a la parte del capital social que debe estar presente en la reunión para poder instalar regularmente la asamblea, y de quorum de votación, para indicar la parte del capital social mínimo para adoptar decisiones válidas. La primera cifra, es calculada en función del total del capital social (es una cifra estable, mientras no altere el capital social; la segunda en función del capital social presente (es una cifra variable que depende de la concurrencia de los accionistas a la reunión.

Si a la reunión no asistiera el número necesario de accionistas para “hacer quorum”, la asamblea debe ser declarada desierta por los administradores. Sobre este particular, no existe disposición normativa. Es por el contrario, una práctica arraigada esperar un tiempo prudencial, a juicio de los administradores, antes de dejar constancia de la falta de quorum y declarar frustrada la asamblea que fue convocada.

En ese mismo orden de ideas, no solo la norma mercantil que rige esta materia trata, regula y normativiza el proceso de las convocatorias, sino también, el máximo tribunal de la República. La reciente sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017), la Sala dejó sentadas ciertas particularidades de este procesado, informando lo siguiente:

“De acuerdo a la legislación mercantil y la doctrina autora patria, por regla general la convocatoria de asambleas en las sociedades mercantiles debe ser realizada por los administradores de acuerdo a lo previsto en el artículo 277 del

¹⁸ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

Código de Comercio, no obstante, por excepción la convocatoria puede ser hecha por personas distintas de los administradores, entre ellos el Juez de Comercio, la Comisión Nacional de Valores y los comisarios.

Asimismo, es necesario traer a colación lo establecido en el segundo aparte del artículo 200 del Código de Comercio, el cual dispone: "...Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil..."

Como puede observarse de la transcripción anterior, el segundo aparte del artículo 200 del Código de Comercio, establece el orden preferencial de aplicación legal en materia de sociedades mercantiles las cuales se rigen en principio por los "convenios de las partes", pero que, a falta de regulación en los estatutos de la sociedad mercantil, por mandato del referido artículo se debe aplicar las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil.

De igual manera, la Sala ha señalado que el Código de Comercio no prohíbe o limita a los socios o accionistas a establecer reglas distintas a las formas de convocatoria prevista en dicho Código, por lo tanto, es factible que por vía estatutaria los socios o accionistas en las sociedades mercantiles puedan establecer mecanismos distintos a los previstos en el Código de Comercio en cuanto a la forma de convocatoria de los mismos para la celebración de las asambleas. (...)"

Visto bajo esa premisa, el máximo tribunal de la República es conteste al establecer de manera expresa y vinculante, que la norma mercantil no prohíbe ni limita que, por vía estatutaria, los accionistas que conforman la sociedad mercantil, plasmen y regulen mecanismos diferentes a los establecidos en el código de comercio, en cuanto a la forma de las convocatorias de las asambleas de socios.

Ahora bien, por otro lado, según la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, No. del nueve (9) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), en Sala Constitucional, dejó por sentada la finalidad de las convocatorias, las personas facultadas a poder ejecutarlas y su contenido, estableciendo entre otras consideraciones lo siguiente:

"Incluso, se han efectuado dichas convocatorias a través de medios impresos de poca circulación o consulta, siendo que tales publicaciones de las convocatorias deben ser hechas por la prensa, en periódicos (artículo 277 del Código de Comercio), por lo que no puede hacerse en una revista de publicación mensual, debiendo ser interpretada esta norma como que exige que el periódico tenga circulación o que la publicación se haga "en uno de los periódicos de más circulación" como lo establece el artículo 253 del Código de Comercio, ya que el legislador no pudo haberse referido a un periódico de escasa circulación, ya que la finalidad es poner en conocimiento a los interesados, que no están al tanto de la convocatoria para que puedan hacer valer sus derechos, de allí que la convocatoria ha de hacerse en la prensa diaria, de tipo general, lo cual excluiría a algunos medios de gran difusión que no circulan los domingos o prensa especializada, por lo que han de publicarse en dos diarios de reconocida circulación nacional y de mayor consulta, que por su tiraje garanticen en mayor medida la posibilidad de lectura (...)"

Estableciendo, incluso, la modalidad en virtud de las cuales las convocatorias deben realizarse, en estricto cumplimiento de la normativa mercantil:

“(...) Lo anterior debe ir a la par de lo establecido en el Código de Comercio, en relación a la forma de convocatoria personal por correspondencia (carta certificada), convocatoria a la cual tiene derecho “todo accionista”, haciendo elección de domicilio y depositando en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea (artículo 279 del Código de Comercio), así como de los demás sistemas de convocatoria directos a los accionistas establecidos en el documento constitutivo que incorporan, en ocasiones que se realice a través de carta certificada, telegrama, telex, fax u otras formas de remisión de mensajes, pero estos modos de convocar no pueden funcionar sino en empresas de pocos socios, ya que su instauración en sociedades de grandes dimensiones, como las que recurren a la oferta pública sería una fuente de dificultades, ante lo cual, para una gran difusión, el anuncio puede ser por Internet en la página web de la sociedad, aunque la publicación por la prensa es de inexcusable cumplimiento. En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 42, del 9 de marzo de 2010 (caso: Alfredo Capriles Ponce) y en sentencia dictada el 22 de octubre de 2009, con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza, en el expediente No. 2008-000675.

De allí, que de conformidad con los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo anteriormente señalado, el incumplimiento por parte de los administradores de realizar la notificación de los accionistas de conformidad con los estatutos sociales y el Código de Comercio, hace objetable la convocatoria realizada para la celebración de la asamblea de accionistas. Aquellas cláusulas estatutarias que impliquen una limitación o perjuicio de los derechos de los socios o accionistas de ser informados de la celebración de las asambleas, deben ser interpretadas en beneficio de los derechos de los accionistas, a los fines de que se les garantice una adecuada y oportuna información, de manera que los socios están obligados a cumplir las condiciones y reglas establecidas, tanto en los estatutos sociales de la empresa como en el Código de Comercio, para realizar la convocatoria de los restantes socios para la celebración de la asamblea de accionistas, para de esta manera garantizar a los socios que tengan la información necesaria para que asistan, preparen sus observaciones respecto a los asuntos que se tratarán, y ejerzan sus derechos de socios, ya que la convocatoria tiene por objeto proteger los intereses propios de los mismos.

La finalidad de la convocatoria es informar de manera oportuna a los socios que se celebrará una asamblea de socios para deliberar sobre determinadas materias y adoptar los acuerdos a que haya lugar; por lo que la forma y contenido de la convocatoria debe ser apta para cumplir tal finalidad, consistiendo el principio general en que la convocatoria debe ser pública y al efecto lo más común es la utilización de la prensa, siendo que los estatutos pueden determinar órganos de prensa específicos en los cuales habrán de publicarse las convocatorias, siempre y cuando reúnan las condiciones antes señaladas; en cuyo caso será presupuesto de validez de la convocatoria la utilización de esos determinados órganos de publicidad y no cualquier otro; por lo cual debe considerarse no hecha la convocatoria publicada en un órgano que no llene los requisitos exigidos por el documento constitutivo o los estatutos sociales, el Código de Comercio y el presente

fallo. La convocatoria es un aviso con un contenido mínimo que debe permitir al accionista enterarse de que en un lugar, día y hora determinados tendrá lugar una reunión de accionistas en la cual se va a deliberar y decidir sobre asuntos concretos.

También la convocatoria debe enunciar el objeto de la reunión, por lo que toda deliberación sobre un objeto no expresado en ella es nulo (artículo 277 del Código de Comercio), por lo que el objeto debe indicarse de modo específico, no de manera genérica. Además del objeto u orden del día, la convocatoria debe expresar el día, la hora, la sede y el lugar en el que se reunirá la asamblea, ya que de otra manera, existiría imprecisión acerca de un elemento de información importante para los accionistas, ya que la finalidad del aviso es informar, por lo que la información debe ser suministrada en forma clara, directa y expresa, de lo contrario sería nula dicha convocatoria, ya que la forma y contenido de la convocatoria debe ser apta para cumplir tal finalidad de información completa, suficiente y oportuna al realizarse en un tiempo adecuado y a través de medios adecuados para que se dé la efectiva notificación de los socios”.

Citando la misma sentencia *ut supra*, la Sala Constitucional deja establecido a través de criterio vinculante, la posibilidad de establecer y regular condiciones distintas en cuanto a forma de las convocatorias, respecto a lo previsto en el Código de Comercio vigente, indicando:

*“(...) Por lo tanto, la Sala debe dejar establecido que la creación, en los estatutos sociales de las sociedades mercantiles, de requisitos distintos a los previstos en el Código de Comercio respecto a la convocatoria de los socios o accionistas para la celebración de las asambleas, debe realizarse con el propósito **de fortalecer el régimen de convocatoria previsto en el mismo y no para limitar o perjudicar el derecho de los socios o accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea, lo cual sólo puede lograrse mediante el establecimiento de un medio adecuado de convocatoria que sea lo más claro y eficiente posible, que no represente dudas de su idoneidad como instrumento capaz de garantizar el derecho de ser informado de la convocatoria que tienen los socios o accionistas de las sociedades mercantiles, habida consideración que las nuevas tecnologías han desarrollado medios de información distintos a los previstos en el Código de Comercio y que son capaces de garantizar una convocatoria segura y confiable**¹⁹. Por lo que, aquellas cláusulas estatutarias que impliquen una limitación o perjuicio de los derechos de los socios o accionistas de ser informados de la celebración de las asambleas, deben ser interpretadas en beneficio de los derechos de los accionistas, a los fines de que se les garantice una adecuada y oportuna información, para evitar que a través de la creación de estas cláusulas se establezcan medios a través de los cuales se constituyan asambleas sin el conocimiento de los socios o accionistas que den la apariencia de haber cumplido*

¹⁹ Estableciendo así, uno de los primeros indicios y/o criterios jurisprudenciales respecto a la forma de hacer llegar una convocatoria, respecto al medio de difusión para ello, que, por interpretación amplia, se pudiese inferir la implementación, incluso, de medios electrónicos distintos a los impresos.

formalmente con el requisito de la convocatoria, pero que en realidad lo que se persigue es evitar que se informe realmente de la celebración de una asamblea a determinados socios o accionistas.

De allí que, de ahora en adelante se han de convocar a los accionistas de manera concurrente según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo establecido en los estatutos y documento constitutivo, salvo en aquellas sociedades mercantiles que coticen en la bolsa o realicen oferta pública de acciones o tenga más de quince accionistas, siendo que a las últimas se podrá notificar por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página de internet de la sociedad mercantil.” (Fin de la cita).

Se pudiese, a través del principio de hermenéutica jurídica, establecer que a través de la sentencia invocada, se estableció o bien, se asomó un primer indicio en cuanto a la permisibilidad de utilizar un medio o mecanismo de comunicar la convocatoria, distinto al previsto en el Código de Comercio, pudiendo ser estos, los medios electrónicos, los cuales se encuentran regulados a través de una ley especial, distinta a la norma mercantil²⁰; siempre y cuando —invocando el mismo extracto jurisprudencial—, que ciertas condiciones se cumplan, respecto a la forma y fondo de las convocatorias, en los siguientes términos:

- a. El utilizar un medio diferente al previsto originalmente en el Código de Comercio (prensa escrita), no implique un perjuicio respecto al derecho de los socios o accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea.
- b. Que se trate de un medio adecuado de convocatoria, es decir, que sea lo más claro y eficiente posible, que no represente dudas de su idoneidad como instrumento capaz de garantizar el derecho de ser informado de la convocatoria que tienen los socios o accionistas de las sociedades mercantiles, habida consideración que las nuevas tecnologías han desarrollado medios de información distintos a los previstos en el Código de Comercio y que son capaces de garantizar una convocatoria segura y confiable.

²⁰ 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.

2. Análisis de la sentencia No. 070 del 23/02/2024 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, e interpretación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, sobre la recepción de correos electrónicos

A través de ponencia de la Magistrada, Carmen Eneida Alves Navas, en fecha veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), el máximo tribunal de la República, conoció en cuanto a un recurso de casación ejercido en un juicio por nulidad de acta de asamblea de la sociedad mercantil “ACTIMARKET SOCIEDAD DE CORRETAJE DE VALORES, C.A.”, contra la decisión del tribunal de alzada, mediante la cual declaró con lugar la demanda y ordenó la nulidad de la asamblea general extraordinaria de accionistas de la empresa, la cual había sido convocada vía correo electrónico y mediante convocatoria en prensa.

La sentencia objeto de análisis de este artículo, consideró y le dio preeminencia a lo establecido por los estatutos sociales de la empresa accionada, respecto a lo previsto en el Código de Comercio venezolano, estableciendo:

“Así las cosas, del precitado artículo décimo primero de los Estatutos Sociales de la empresa demandada se desprende –tal como fue indicado ut supra- que para la celebración de las asambleas extraordinarias su presidente debe convocar a los accionistas mediante carta o telegrama que debe ser recibido por éstos con al menos, cinco (5) días de anticipación a su celebración, indicando el objeto de la asamblea, lugar y hora de su celebración.

Ello así, la demandada manifestó que la convocatoria fue efectuada por correo electrónico, enviado a la parte actora a su dirección electrónica empresarial ma-costa@actimarket.com, en fecha 29 de enero de 2016.

De igual manera, se dejó establecido de manera expresa —y he allí el objeto de estudio de este artículo—, que dada la modalidad en la que se ejecutó y comunicó la convocatoria de la asamblea, a través de correo electrónico como medio tecnológico, se invocó el tratamiento que respecto a ese particular debía dar la ley especial²¹:

“En sintonía con lo anterior, esta Sala encuentra pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el cual establece:

“Artículo 4: Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

²¹ 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 información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

Respecto a este punto, resulta pertinente hacer algunas consideraciones sobre el mensaje de datos, que en este caso se configuró a través de un correo electrónico, invocando las concepciones terminológicas que establece la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas:

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 datos²².

Aunque no hay una definición única aceptada universalmente en la literatura académica, diversos autores han abordado el concepto de mensajes de datos en el contexto de la comunicación digital y la tecnología de la información; con incidencia directa en el ámbito jurídico, incluyendo el entorno en Venezuela. En este sentido, se hace relevante citar algunas consideraciones terminológicas en lo que concierne al mensaje de datos:

Según lo planteado por Kenneth C. Laudon y Jane P. Laudon, consideran que los mensajes de datos son información que se intercambia entre dos o más entidades electrónicas. Los mensajes de datos pueden ser transacciones electrónicas, datos electrónicos, contratos electrónicos o cualquier otro tipo de intercambio de información que se realice electrónicamente²³.

Por su parte, los autores Rainer y Cegielski²⁴ expresan:

“Los mensajes de datos son cualquier representación de hechos, conceptos o instrucciones en forma adecuada para su comunicación, interpretación o procesamiento por un ser humano o una computadora. Incluyen la información que se

²² 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.

²³ Laudon, K. C., & Laudon, J. P. (2016). Sistemas de información gerencial. Pearson Educación.

²⁴ Rainer, R. K., & Cegielski, C. G. (2012). Introduction to information systems: Supporting and transforming business. John Wiley & Sons.

transmite electrónicamente desde un usuario a otro. Los mensajes de datos son simplemente información digital que se intercambia entre dos o más entidades”.

En relación a los conceptos antes citados, existe un denominador común y es que no son más que información (dato) inteligible que se envía de un usuario a otro, para la consecución de un fin en concreto. Considerando estas premisas conceptuales, resulta válido establecer algunos aspectos en torno a los correos electrónicos como medio electrónico, capaz de generar e intercambiar un mensaje de dato, por lo cual, este debe ser sometido a un análisis más práctico, determinando que, el correo electrónico es:

- a. Comunicación Digital: por cuanto permite la transmisión de mensajes escritos, archivos adjuntos, imágenes (multimedia) y otros tipos de contenido de manera digital, sin la necesidad de papel u otros medios físicos.
- b. Interactividad: Facilita la comunicación bidireccional entre remitentes y destinatarios, lo que permite una interacción rápida y eficiente.

Ese medio electrónico para ser portador o canal de un mensaje de datos, debe cumplir con ciertos rasgos característicos, a saber:

- a. Digitalización: Los mensajes de correo electrónico se convierten en datos digitales que pueden ser transmitidos a través de redes informáticas, almacenados en servidores y visualizados en dispositivos electrónicos.
- b. Almacenamiento y Archivo: Los mensajes de correo electrónico pueden ser almacenados en servidores de correo electrónico y archivados en carpetas de correo electrónico en dispositivos de los usuarios, lo que facilita su recuperación y referencia futura.
- c. Seguridad: Se pueden aplicar medidas de seguridad como cifrado y autenticación para proteger la confidencialidad e integridad de los mensajes de correo electrónico durante su transmisión y almacenamiento.

En el caso de narras, se invoca necesariamente el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, por cuanto el medio utilizado para la ejecución de la asamblea de accionistas, fue distinto al tradicionalmente estipulado en el Código de Comercio, como lo es el correo electrónico. El correo electrónico, debe necesariamente, tener un tratamiento distinto al de la prensa escrita, como mecanismo a través del cual se convoca una asamblea. En esos términos, resulta necesario indicar el principio de equivalencia funcional que, a tenor de la ley especial, están revestidos los mensajes de datos, como medio de prueba para determinar —a través de la probanza— su validez o no respecto al reconocimiento de una situación jurídica en específico. En este entendido, el artículo 4:

“Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

En este caso, el correo electrónico como medio para la remisión de la convocatoria de accionistas de la sociedad mercantil involucrada en el caso objeto de estudio del Tribunal Supremo de Justicia, le debe ser aplicada a los efectos de su probanza, esta regla prevista en la disposición invocada, es decir, teniendo el email la misma eficacia probatoria que un documento escrito, por lo cual su promoción y evacuación, fue canalizado bajo el sistema de apreciación de la prueba libre de parte del operador de justicia.

Detalladamente sobre ese punto en concreto, esa Sala en sentencia n.º 105, de fecha 7 de marzo de 2018, caso: *Alirio Jesús Navarrete Calles contra Carol de los Ángeles Parra Gutiérrez*, señaló lo que sigue:

“(…) De la norma antes transcrita se verifica que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que los documentos escritos, son considerados en cuanto a su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, una prueba libre y, se regirá conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, y una vez reproducido en formato impreso, se le da el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas.

En tal sentido, la Sala ha establecido que la información contenida en un mensaje de datos reproducida en un formato impreso, posee el mismo valor probatorio al que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples, así, debe entenderse su eficacia probatoria, idéntica al tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados simples, por lo que el mensaje de datos impreso tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba regulado de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, al dársele la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y hallarse bajo las regulaciones previstas en el antes referido artículo, si las mismas no son impugnadas en la contestación de la demanda; dentro de los cinco (5) días siguientes de producida la contestación de la demanda, o dentro de los cinco (5) días siguientes de la promoción de pruebas, dichas copias o mensajes de datos se tendrán como fidedignas. En consecuencia no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte. (Vid. Sentencia No. 274, de fecha 30 de mayo de 2013, expediente N° 2012-594, caso: Orión Realty C.A., contra Franklin Del Valle Rodríguez Roca)...”.

En ese entendido, la Sala del TSJ, dejó claramente establecido el alcance de que el correo electrónico, utilizado para la convocatoria, se configuró como un mensaje de datos, considerando entre otros aspectos, lo siguiente:

“ Por mensaje de datos se entiende “...toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”, artículo 2 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), tendrán la misma eficacia probatoria que los documentos escritos, los cuales deben ser considerados en cuanto a su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, una prueba libre, y se regirá conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, y una vez reproducido en formato impreso, tendrá el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas. ... (omisis)...

Así las cosas, al otorgarse a los mensajes de datos la misma eficacia probatoria que los documentos escritos, se tiene que el correo electrónico enviado a la actora el 29 de enero de 2016, cuyo contenido es la convocatoria a la aludida asamblea extraordinaria de accionistas, debe considerarse como documento escrito y por lo tanto viable para tal fin.

Es sintonía con lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por medio de sentencia Nro. 1066, de fecha 9 de diciembre de 2016, caso: Yasmín Benhamú Chocrón y Sión Daniel Benhamú Chocrón, estableció de forma vinculante sobre la convocatoria a las asambleas extraordinarias de accionistas mediante correo electrónico, que “...de ahora en adelante se han de convocar a los accionistas de manera concurrente según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo establecido en los estatutos y documento constitutivo, salvo en aquellas sociedades mercantiles que coticen en la bolsa o realicen oferta pública de acciones o tenga más de quince accionistas, siendo que a las últimas se podrá notificar por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página de internet de la sociedad mercantil...” (omisis).

Asimismo, se indicó:

“De lo anterior se constata que la sociedad mercantil Actimarket Sociedad de Corretaje de Valores, C.A., tiene como objeto “...la realización de todas aquellas operaciones de intermediación con títulos valores y actividades conexas, que corresponden a las personas naturales o sociedades en nombre colectivo autorizadas para actuar como corredores públicos de títulos valores...”, ello así, podrá “...garantizar total o parcialmente la colocación primaria de emisiones de Títulos Valores objeto de oferta pública...” así como, “...La operación o participación de la operación de fondos de liquidez de Títulos Valores en objeto de oferta pública en colocación primaria...”, en virtud de lo cual, se evidencia que dicha empresa realiza oferta pública de acciones, en consecuencia, sus accionistas podrán ser notificados por correo electrónico, de conformidad con lo establecido en la precitada sentencia Nro. 1066, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 9 de diciembre de 2016, caso: Yasmín Benhamú Chocrón y Sión Daniel Benhamú Chocrón” (Fin de la cita).

En ese sentido, se tiene que dicha convocatoria para la celebración de la asamblea de accionistas, fue enviada a una dirección de correo electrónico empresarial, a saber, *macosta@actimarket.com*, siendo este una herramienta para la comunicación en las empresas —correo electrónico institucional o corporativo—, el cual brinda una forma rápida, eficiente y segura de compartir información entre empleados, clientes

e incluso, socios; el cual es designado a cada miembro de la compañía a los fines de enviar mensajes, compartir archivos, coordinar proyectos y organizar reuniones entre las personas que conforman la sociedad mercantil. La Sala del tribunal constató que en efecto considerando lo antes expuesto, una de las accionistas de la compañía AC-TIMARKET SOCIEDAD DE CORRETAJE DE VALORES, C.A., ciudadana Mónica Amelia Acosta Bond, en su carácter sí podía ser convocada de la asamblea extraordinaria celebrada en fecha doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016), a través del correo electrónico empresarial ya indicado.

Ahora bien, respecto a la determinación de la recepción de mensajes de datos a través de correo electrónico, el artículo 11 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²⁵, prevé lo que sigue:

“Artículo 11: Salvo acuerdo en contrario entre el emisor y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará conforme a las siguientes reglas:

1. Si el Destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información designado.

2. Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario”.

De lo anterior se desprende que un mensaje de datos —en este caso puntual, el remitido a través de correo electrónico— se considera como recibido cuando: a) el mensaje de datos ingrese a la bandeja de entrada de la dirección de correo electrónico designado por el destinatario; o b) una vez que el mensaje de datos haya ingresado a la bandeja de entrada de la dirección de correo electrónico utilizado regularmente por el destinatario.

Ello así, la sociedad mercantil demandada al haber designado una dirección de correo electrónico empresarial a la actora, *macosta@actimarket.com*, se entiende por máximas de experiencia manifestadas por el Tribunal Supremo de Justicia, que es allí donde se enviará cualquier información de interés referente a la empresa, pues fue este el sistema designado entre las partes para el intercambio de información, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, incluso las convocatorias o cualquier información de interés para quienes conforman la sociedad mercantil.

²⁵ 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.

Sobre ese particular, se instauró incluso un proceso de experticia demostrando y evidenciando, que en efecto, en la bandeja de entrada de la dirección de correo electrónico empresarial de la actora, *macosta@actimarket.com*, reposa mensaje de datos recibido en fecha veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), cuyo contenido es la convocatoria a la asamblea extraordinaria de accionistas *in commento*, en la que se indicó el objeto de la misma, como también el lugar y hora de su celebración; en virtud de lo cual, debe considerarse recibida la referida convocatoria; aplicando, claro está, la norma que prevé la recepción de un mensaje de datos, conforme a la ley especial ya invocada en líneas que anteceden.

Asimismo, se constata en el cuerpo de la sentencia con carácter vinculante, que la sociedad mercantil demandada igualmente convocó a la actora mediante publicación en prensa, de conformidad con lo previsto en el artículo 277 del Código de Comercio, el cual indica que “...*la asamblea, sea ordinaria o extraordinaria, debe ser convocada por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión. La convocatoria debe enunciar el objeto de la reunión, y toda deliberación sobre un objeto no expresado en aquélla es nula*”²⁶, específicamente, publicada en el diario “*Últimas Noticias*”, en fecha veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), donde se indicó el objeto de la asamblea, lugar y hora de su celebración.

Aunado al hecho que la aludida prueba de experticia no es el medio idóneo para demostrar si quien recibió el mensaje de datos tuvo conocimiento efectivo del contenido del mismo, pues el fin de la misma es verificar la existencia y el carácter fidedigno del mismo. En todo caso, conforme al pronunciamiento de la sala, quedó demostrado que el mensaje de datos ingresó al sistema de información (correo electrónico), quien alega que no pudo tener conocimiento efectivo de su contenido, por lo cual, la parte contra quien se instauró el procedimiento, debe desvirtuar la presunción legal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.137 del Código Civil, según el cual “...*la oferta, la aceptación o la revocación por cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla...*”.

En esta sentencia, pronunciada de parte de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se acoge el criterio establecido con carácter vinculante por la Sala Constitucional en el año 2016, sobre el modo de convocatoria de las asambleas de accionistas. Ese criterio vinculante establecido por parte de la Sala Constitucional, informó que, dada la innegable prevalencia y por ende, utilidad de las nuevas tecnologías que han desarrollado medios de información distintos a los previstos en el Código

²⁶ Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

de Comercio, se le debe dar preminencia a estos, sin que ello implique un desconocimiento a la intención del legislador al momento de regular un proceso —de convocatoria de asambleas de accionistas—, más aun siendo la norma mercantil del año 1955; por lo que, no se deben desconocer tales medios electrónicos, toda vez que estos, son capaces de garantizar una convocatoria segura y confiable, pero ante las cuales debe cuidarse que su incorporación en las cláusulas estatutarias de toda sociedad mercantil, no implique una limitación o perjuicio de los derechos de los socios o accionistas a ser informados de la celebración de las asambleas.

La precitada sentencia fecha del dos mil dieciséis (2016), de la Sala Constitucional dispuso que *“de ahora en adelante se han de convocar a los accionistas de manera concurrente según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo establecido en los estatutos y documento constitutivo, salvo en aquellas sociedades mercantiles que coticen en la bolsa o realicen oferta pública de acciones o tenga más de quince accionistas, siendo que a las últimas se podrá notificar por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página de internet de la sociedad mercantil”*.

En consecuencia, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, invoca ese criterio vinculante para reconocer la validez de la convocatoria a una Asamblea Extraordinaria de Accionistas efectuada vía correo electrónico y mediante aviso de prensa, es decir, aplicando ambos mecanismos de manera concurrente, cumpliendo con los extremos normativos de los artículos ya analizados, del Código de Comercio, como lo son el 277 y 279, respectivamente; observando que conforme a los estatutos sociales de la compañía no era menester el acuse de recibo de la información sobre la convocatoria, al tiempo que analiza la validez documental de la mensajería electrónica conforme a lo dispuesto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, advirtiendo además que la legislación venezolana contenida en esa ley especial y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil²⁷, acogen el principio de recepción, en el sentido de operar una presunción legal de conocimiento desde el momento que el destinatario recibe la información, es decir, desde el momento en que queda en la bandeja de entrada del correo electrónico, independientemente de que el mismo sea o no leído, por lo que si se demuestra que el mensaje de datos ingresó al sistema digital de información, quien alega que no pudo tener conocimiento efectivo de su contenido, debe desvirtuar esa presunción legal de recepción y conocimiento. Haciendo hincapié incluso, sobre este último aparte, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en cuanto a la recepción —o no— de los mensajes de datos, en los sistemas de información de los destinatarios

²⁷ Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

de ese mensaje. En consecuencia, resulta innegable que la sentencia analizada, tiene especial relevancia, teniendo en cuenta el hecho que algunos registros mercantiles no consideraban válidos los acuerdos de socios, estipulados en los estatutos sociales, respecto de las notificaciones electrónicas, un criterio que, dada esta decisión, debe ser corregido y acatado en adelante.

CONCLUSIÓN

En razón de la vetusta vigencia del Código de Comercio que rige en Venezuela desde 1955, es innegable la desactualización legal y tecnológica que existe respecto a su contenido y aplicación, no solamente con dicho instrumento legal, sino con el ordenamiento jurídico patrio en lo que a sociedades mercantiles se refiere, muy particularmente, respecto al uso de nuevas tecnologías para facilitar aún más, dar a conocer la esencia del derecho en sí mismo; sobre todo, en lo atinente a la regulación de las sociedades anónimas, en concreto, las convocatorias de accionistas, para la celebración de las asambleas. Esto, ha dado lugar, entre otras consideraciones, al avocamiento y estudio de criterios doctrinales y decisiones jurisprudenciales, que trastocan el punto focal de este artículo, como lo es la consideración de instrumentos o medios tecnológicos para dar aviso formal a accionistas e interesados, respecto a la celebración de las asambleas, como lo es las convocatorias.

Esa desactualización jurídica, devenida de parte del poder legislativo, al no someter a reforma total o parcial del Código de Comercio, para de cierta manera, ir ajustado con las nuevas tecnologías, ha propiciado la intervención constante del máximo tribunal de la República para la resolución de situaciones jurídicas, en las cuales existan dudas razonables sobre si, por ejemplo, una convocatoria de asamblea de accionistas, puede o no ser, realizada a través de correos electrónicos.

En ese entendido, los extremos normativos que están establecidos en el Código de Comercio para la validez de una convocatoria de asamblea de accionistas de cualquier sociedad anónima, independientemente del medio que se utilice para ser difundido a los interesados y accionistas, necesariamente deben ser cumplidos. Ahora bien, en razón de esa misma actualización tecnológica de la cual no se puede ser ajeno, la prensa escrita bien puede ser sustituido como medio utilizado por los administradores, para cumplir con la formididad de la convocatoria prevista en la norma mercantil, pudiendo ser estos a través de correos electrónicos, tal y como lo ha dejado establecido el Tribunal Supremo de Justicia a través de la sentencia con carácter vinculante, objeto de este artículo.

Asimismo, conjuntamente con el Código de Comercio, existe el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, instrumento

legal que regula todo lo concerniente a los mensajes de datos y los canales por medio de los cuales, esos mensajes son transmitidos. Esta norma claramente establece, en virtud del principio de equivalencia funcional, la instrumentalización de este tipo de mensajes, basado en la practicidad de su finalidad dentro del derecho, es decir, dotando al mensaje de datos —en este caso, el remitido vía email—, como si se tratase de un documento escrito, suministrándole incluso, el tratamiento de parte del operador de justicia, conforme al sistema de libre valoración de la prueba, toda vez que como tal, esos mensajes de datos, no se encuentran expresamente establecidos como medios de prueba, a tenor del Código Civil, ni del Código de Procedimiento Civil, pero si son permitidos dentro de cualquier proceso, a los fines de la probanza de ciertas pretensiones que son ventiladas en sede jurisdiccional.

En consecuencia, los mecanismos o canales utilizados para ejecutar la convocatoria de asambleas, sean estas ordinarias o extraordinarias, si bien, debe estar circunscrita al Código de Comercio, no es menos cierto, que en virtud de los avances tecnológicos esos canales bien pueden ser sustituidos por medios electrónicos, como lo son los correos electrónicos, tal y como lo ha dejado establecido el máximo tribunal de la Republica Bolivariana de Venezuela, respecto a la sentencia con carácter vinculante que ha sido analizada en este artículo, en cuanto a su contenido y alcance.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

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.

Hung Vaillant. “Sociedades anónimas”. Vadell hermanos, 2010.

Ley de Infogobierno, Gaceta Oficial No. 40.274 del 17 de octubre de 2013.

Laudon, K. C., & Laudon, J. P. (2016). “Sistemas de información gerencial”. Pearson Education.

Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil, Tomo II”, Universidad Católica Andrés Bello, V Edición. Caracas, Venezuela. 2002.

Morles Hernández Alfredo. Curso de derecho mercantil: “las sociedades mercantiles”. Caracas: Publicaciones UCAB, 2006.

Rainer, R. K., & Cegielski, C. G. (2012). “Introduction to information systems: Supporting and transforming business”. John Wiley & Sons.

Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties

Jorge P. Freitas Di tomo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 201-225

Resumen: El aumento de la conciencia de las personas en materia del cuidado de nuestro medio ambiente, ha modificado seriamente los intereses de amplios grupos poblacionales. Lo anterior, se relaciona con las grandes transformaciones que se están produciendo en el comercio en general producto de las iniciativas para descarbonizar la economía, a la par que se estudia su impacto en la formación del derecho mercantil. Concretamente, se estudia como ante las nuevas regulaciones del comercio emergen novísimas cláusulas desde el punto de vista de su contenido y alcance obligacional; y se determina en qué medida estas nuevas regulaciones, que llevan a las partes a la utilización de estas cláusulas verdes, afectan los costos de transacción.

Palabras clave: Comercio, Contratación, Cláusulas verdes

Green clauses in commercial contracts in relation to the new decarbonized trade regulations. Case study: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties.

Summary: *The increase in people's awareness of caring for our environment has seriously modified the interests of large population groups. The above is related to the major transformations that are taking place in commerce as a result of initiatives to decarbonize the economy, while their impact on the formation of commercial law is studied. Specifically, it is studied how, in the face of the new trade regulations, new clauses emerge from the point of view of their content and obligatory scope; and it is determined to what extent these new regulations, which lead the parties to use these green clauses, affect transaction costs.*

Keywords: *Trade, Contracting, Green clauses.*

Recibido: 11/5/2024

Aprobado: 30/5/2024

* 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. Asistente Académico de Contratos Especiales I (Derecho), Pregrado, UCAB.

Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties

Jorge P. Freitas Di tomo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 201-225

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Impacto de la conciencia ecológica en las sociedades mercantiles. 2. Nuevo paradigma comercial 2.1 Marco regulatorio. 3. Cláusulas verdes y su impacto en los costos de transacción. 4. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La transformación de nuestra realidad social, política y económica, producto del fenómeno del cambio climático no tiene precedentes. No es poca cosa que la mayoría de los Estados del mundo se encuentran alineados en objetivos comunes y están abocados a trabajar en concomitancia por mitigar el impacto de la actividad humana en nuestro medio ambiente.

La estrategia asumida por los Estados consiste en el desarrollo de medidas mancomunadas, en muchos de los casos acordadas en el seno de diversos organismos internacionales. En principio, los debates de esta naturaleza se daban en organismos especializados en la materia como la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; sin embargo, debido a la evolución de este asunto, se están generando discusiones en una heterogeneidad de foros.

Ante los nuevos intereses de la sociedad por el cuidado de, en palabras de S.S. el Papa Francisco, “nuestra casa común”¹ y la voluntad política de quienes ostentan tal liderazgo, se han producido transformaciones en múltiples ámbitos de la vida humana.

* 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. Asistente Académico de Contratos Especiales I (Derecho), Pregrado, UCAB.

¹ Papa Francisco, *Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Francisco: A Los Obispos, a Los Presbíteros Y a Los Diáconos, a Las Personas Consagradas Y a Todos Los Fieles Laicos Sobre El Cuidado De La Casa Común* (Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 2015), https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si_sp.pdf

La descarbonización de la economía, es uno de los grandes retos que se han planteado y en torno al cual se evidencian los mayores cambios.

En el marco de la descarbonización de la economía, al ser el comercio internacional una de las principales actividades que dinamizan la economía y cuya ejecución es altamente contaminante, este ha sido uno de los sectores más estudiados. Por lo anterior, el sector comercial es receptor de relevantes medidas y nuevas regulaciones.

En relación a lo antes mencionado, el derecho no es la excepción. Ante los nuevos intereses y acciones que implementa la sociedad, el derecho emerge para regular dichas conductas y asegurar la convivencia. Es así como, ante la nueva realidad comercial, el derecho también se ha transformado para adaptarse, creando el mayor espectro de seguridad jurídica para las partes involucradas y buscando reducir los costos de transacción.

Ante la promulgación de nuevas normas que afectan el desarrollo del comercio libre, siguiendo las directrices metodológicas del análisis económico del derecho, es oportuno que nos planteemos cómo asumirán los sujetos destinatarios de las normas su implementación o si procura la norma una verdadera simplificación de las transacción, entre otras cosas.

Con este trabajo se aspira a estudiar las normas sin suponer el simple acatamiento de los agentes ante su promulgación por el órgano o ente competente. Bajo la metodología del análisis económico del derecho, el objeto es observar las normas jurídicas contenidas en diferentes instrumentos legales o cláusulas contractuales, que han surgido ante la nueva realidad del comercio descarbonizado, bajo la perspectiva de su eficacia y aceptación por parte de sus destinatarios.

Por otra parte, el Derecho Mercantil ha sufrido significativos cambios, sobre todo en cuanto a su proceso de formación, implementación y formalización. Se observa cómo las prácticas comerciales han debido de cambiar profundamente producto de la superposición de los intereses colectivos en materia medioambiental a los intereses económicos.

Son cientos los ejemplos de los efectos del nuevo paradigma comercial en el derecho pero concretamente este estudio se circunscribe al análisis de la contratación mercantil. A los fines de demostrar nuestro planteamiento, se analiza cómo la contratación mercantil se ha visto afectada por la modificación de sus cláusulas tradicionales y se han tenido que desarrollar nuevos esquemas de contratación para asegurar el desarrollo del comercio internacional de acuerdo a los nuevos estándares internacionales.

En estos términos, se evalúa la manifestación de las cláusulas verdes en la contratación mercantil, utilizando como objeto de estudio el caso específico de la nueva cláusula sobre el índice de intensidad en carbono propuesta por el Consejo Marítimo Internacional del Báltico en sus pólizas tipo para fletamento de buques por viaje.

A pesar de no ser una norma instituida propiamente dicha, el supuesto de estudio antes referido constituye una seria modificación de los términos tradicionales en los que se desarrollaba el comercio internacional, sobre todo al considerar que la mayoría del comercio internacional de mercaderías se da por agua.

Es necesario advertir que, aunque me suscribo a la corriente doctrinaria que plantea el Derecho Marítimo como una rama autónoma dentro de la ciencia jurídica, no es menos cierto que en su concepción primigenia formó parte del Derecho Mercantil; es por lo anterior que, sólo por meros fines pedagógicos, se analiza el caso de una figura propia del Derecho Marítimo como lo es la póliza de fletamento, pero a la luz de la doctrina del Derecho Mercantil, la cual le es perfectamente aplicable.

El presente trabajo, tiene como propósito comprender el impacto que tiene la intervención y la regulación del Estado en el desarrollo del comercio mundial, mientras que se planetan sus efectos sobre la formación del derecho y concretamente en la contratación mercantil, toda vez que se prioriza la eficacia de las normas o medidas tomadas en este contexto y su utilidad para la reducción de los costos de transacción.

1. Impacto de la conciencia ecológica en las sociedades mercantiles

El cambio climático ha traído serias consecuencias en diversos aspectos de nuestra vida, transformando la realidad social y modificando los patrones de conducta de los ciudadanos. Este es un importante tema de debate e interés en el seno de la sociedad actual.

Dentro de esta nueva realidad, se manifiesta la conciencia ecológica de los agentes² como aquel aumento en la preocupación de estos por adquirir bienes o servicios limpios³ cuyo consumo no contribuye a acrecentar la crisis climática, ya no solo importan las cualidades del producto sino que su grado de sensibilidad con el ambiente es de interés para el mercado.

² Lewis A. Kornhauser. *El nuevo análisis económico del derecho: Las normas jurídicas como incentivos*, en *Derecho y Economía: Una revisión a la literatura*, (México: Edit. FCE, 2002), 19.

³ A los efectos de este trabajo se entenderá por “bienes o servicios limpios” aquellos que en todas sus fases de producción, vida útil y tratamiento son neutrales en carbono o cuya huella de carbono es inferior en comparación a un bien o servicio de similares características.

En el ámbito empresarial esto tiene una clara lectura, las nuevas dinámicas sociales que se ven determinadas por nuestra realidad climática no solo han transformado a la ciudadanía en término de sus aspiraciones en materia de derechos ambientales sino que han modificado los patrones de consumo y la forma de hacer comercio.

Lo anterior representa un reto para los comerciantes, quienes en aras de satisfacer las demandas de los agentes, a saber, bienes o servicios limpios y socialmente responsables, se ven en la necesidad de modificar sus procesos productivos y de comercialización en todos los niveles, buscando ganar posición de mercado.

El interés de los agentes en consumir productos como los antes descritos, no solo implica un cambio de las fases productivas de las empresas sino una modificación de los procedimientos de toma de decisiones a nivel de gobierno y de estrategia corporativa.

Lo antes expuesto, se evidencia en múltiples estudios académicos y diversos análisis de mercado, los cuales establecen de forma fehaciente los nuevos intereses de los agentes y el incremento exponencial de la adquisición de bienes y servicios limpios.

Podemos referir el gran *marketplace* Mercadolibre, este es un claro ejemplo de transformación comercial producto de las exigencias de los agentes. Esta gran empresa de comercio electrónico ha implementado diversas acciones para alinearse con los intereses de sus clientes, hay dos claros ejemplo: en primer lugar, el *#Ecofriday*, una actividad similar al *Black Friday*⁴ en donde ofertan diversas rebajas en los precios exclusivamente en productos que se consideran sustentables; y en segundo lugar, al crear un departamento dentro de su tienda online donde se agrupan solamente este tipo de productos.

Acciones como las de Mercadolibre no son producto del azar sino más bien una respuesta a, cómo ya indicamos, los nuevos intereses del mercado. De acuerdo al gigante del comercio electrónico en latinoamérica, en el año 2022 más de 7.3 millones de productos sustentables fueron adquiridos por más de 4.3 millones de personas de personas, esto a su vez representa un incremento de este tipo de compradores del 29% en relación con el año 2021 y del 37% desde el año 2020⁵.

Ante las nuevas exigencias, las empresas se ven en la necesidad de transformarse para mantener su competitividad, dicha transformación puede darse ya sea bajo la

⁴ «Black Friday | significado en inglés», Cambridge Dictionary, acceso el 02 de diciembre de 2023, <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/black-friday>.

⁵ «Más de 4.3 millones de usuarios compraron productos con impacto positivo en América Latina, el último año», Mercado Libre, acceso el 03 de diciembre del 2023, <https://sustentabilidadmercadolibre.com/blog/mas-de-43-millones-de-usuarios-compraron-productos-con-impacto-positivo-en-america-latina-el-ultimo-ano>.

coacción de agentes externos o de forma libre⁶, y puede abarcar diversos momentos sea desde la formación de la sociedad mercantil hasta su sistema de control post venta⁷

Aunque los nuevos intereses de los agentes son un factor que impacta sobre las sociedades mercantiles y las lleva a transformarse con el objeto de ser limpias, este no es el único. La realidad es que la legislación también se ha visto determinada por estos intereses, es el consumidor para las empresas, *mutatis mutandis*, el ciudadano para los gobiernos; por lo tanto el Estado y sus regulaciones en materia de protección del medio ambiente, como interés común de la ciudadanía, también es otro de los factores que impulsa a las sociedades mercantiles a su transformación.

Sin duda, la relación de causa y efecto entre la nueva conciencia ecológica de los agentes y el comportamiento de las sociedades mercantiles es meridianamente clara. Aunque es esencial entender el nexo causal entre los dos sujetos antes referidos, reviste una especial importancia el análisis de los efectos de dicha interacción sobre el comportamiento de las sociedades mercantiles.

Como quedó sentado, las sociedades mercantiles que buscan ser competitivas dentro de la nueva realidad y desafíos de las tendencias verdes en el comercio, deben pasar por múltiples ajustes de diversas clases. Si bien es cierto, son identificables con mayor facilidad los cambios que se realizan sobre los procesos de producción y comercialización, no debemos caer en la inatención de otros de extrema importancia que se plantean en la gestión de la sociedad mercantil.

En línea con lo anterior, podemos referirnos a los cambios que se implementan en materia de gobierno corporativo y legal. Estas son de especial importancia, ya que permiten crear los marcos idóneos para una nueva cultura empresarial que oriente el comportamiento de esta en línea con las nuevas aspiraciones verdes, especialmente debemos hacer referencia a la promoción de la responsabilidad social empresarial y subsecuentemente la implementación de novísimas previsiones legales en los acuerdos convencionales donde las sociedades mercantiles son parte.

Para la mayor comprensión del tema *sub studio*, resulta de interés pedagógico entender el papel que juega la responsabilidad social empresarial, en lo sucesivo “RSE”. De acuerdo al Observatorio de Responsabilidad Social Empresarial, podemos entender la RSE como:

⁶ Jorge Freitas Di tomo, «Competitividad De Las Empresas De Venezuela Ante El Cambio Climático». Revista Guayana Moderna 12 (2023): 220-33, <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/guayanamoderna/article/view/6389>.

⁷ Por un “sistema de control postventa”, se refiere a todos aquellos métodos que después de la venta del producto o prestación del servicio facilitan el tratamiento adecuado de los residuos, como es el caso de la logística inversa prevista en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular del Reino de España.

... la forma de conducir los negocios de las empresas que se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Implica el cumplimiento obligatorio de la legislación (...) en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto...⁸

En atención a lo referido, la RSE es un modo de proceder en los negocios o de dirigir el funcionamiento de una sociedad mercantil, el cual busca minimizar las consecuencias negativas de la actividad empresarial sobre los intereses de sus *shareholders*, *stakeholders* y la sociedad en general, en definitiva, busca que las empresas a parte de tener como su objeto el lucro o la consumación de otro tipo de objetivos, se conviertan en entes que contribuyen al mejoramiento de su entorno.

En su génesis, la idea de una RSE no fue planteada como una norma de derecho estricto o de imposición por parte del Estado, más bien nace producto del interés de las empresas en demostrar su grado de responsabilidad con su entorno y así mejorar su reputación comercial.

Pese a que son amplísimos los ámbitos de interés que abarca la RSE, podemos resumirlos en tres áreas generales tales como el ámbito social, medioambiental y económico; este grupo no es limitativo sino enunciativo abarcando diversos aspectos e intereses donde la empresa debe poner su atención y poner en práctica dicha responsabilidad.

Se observa que el ámbito medioambiental es donde las consecuencias de la acción de las empresas se ven con mayor claridad, y es por eso que la RSE interviene creando lineamientos, directrices y políticas, que junto con un compromiso serio de la alta dirección⁹, permite mitigar los efectos adversos de la actividad empresarial sobre nuestro medio ambiente y en especial el aumento de la temperatura media global, uno de los retos medioambientales de más alto calado.

El impacto de la nueva conciencia ecológica de los consumidores en las empresas es trascendental, pero también la postura de los Estados que han creado todo un nuevo esquema de deberes para las empresas y sanciones en caso de incumplimiento, debiendo estas replantear por completo su modelo de gestión.

⁸ Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa* (Madrid, 2014). <https://observatoriorsc.org/introduccion-la-responsabilidad-social-corporativa/>

⁹ De acuerdo al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, alta dirección es el personal trabajador habilitado con poderes por la empresa a la que pertenece, con plena responsabilidad, a los efectos de obtener los objetivos y fines previstos en sus estatutos y planes de negocio.

Ambos elementos *ut supra* indicados y ya explicados, son los que de forma paulatina han dado paso a la RSE. Estas cuestiones no solo son un tema de simple política empresarial, más bien ahora tienen una fuerte fundamentación legal, al menos en cuanto a materia medioambiental se refiere.

Las regulaciones que los Estados han impuesto en este particular, aunque no todas son de obligatorio cumplimiento, sin duda, su inobservancia genera una seria limitación en el mundo comercial nacional e internacional. Es así como también se ven impactadas las relaciones jurídicas o contractuales que devienen de la actuación de la empresa.

Todo lo antes expuesto, es de gran interés para el tema que estudiamos, ya que está generando transformaciones de gran trascendencia en el mundo jurídico. En la esfera del derecho, ha creado todo un nuevo horizonte tanto en materia regulatoria como contractual.

2. Nuevo paradigma comercial

Ante los nuevos intereses de la sociedad, y bien cómo ya se mencionó, no solo las empresas se han propuesto en mejorar sus procesos para hacerse más verdes y satisfacer a sus consumidores. A nivel estatal también hubo una transformación completa de la forma de proceder en materia económica para así satisfacer a los ciudadanos y promover el cuidado de nuestro planeta. Esta cuestión no solo alcanza a las empresas de propiedad estatal sino también a las de propiedad privada.

No cabe duda, uno de los grandes signos de esta nueva realidad comercial es la afectación que ha tenido sobre el campo del Derecho Mercantil. Particularmente, desnaturalizando la concepción originaria de este como un derecho que es expresión vivida de las prácticas de los comerciantes.

Sobre este aspecto, cabe referir lo dicho por Mármol Marqués, que en miras a dar un concepto amplio sobre el alcance del Derecho Mercantil, explica los orígenes de este remontándose a la Edad Media. Refiere que en esta época, con el resurgimiento de las nacionalidades regionales, hubo una gran pluralidad de ordenamientos jurídicos en un sólo Estado, lo cual no solo era complejo de implementar en las transacciones comerciales sino que dichas prácticas solían discriminar la actividad comercial y al comerciante en sí mismo¹⁰.

¹⁰ Hugo Mármol Marqués, *Fundamentos de Derecho Mercantil: Parte general* (Caracas: Ediciones Liber, 1999), 37-53

Es en el anterior escenario donde nace el Derecho Mercantil como una respuesta de los comerciantes, que deslindándose de las complejas estructuras jurídicas centradas en el derecho público, regulan la contratación entre ellos “...con normas casuísticas, inventadas en un primer momento “sobre la marcha” y luego perfeccionadas a través de su repetición, hijas, sobre todo, del sentido común”¹¹

En contraposición a esta forma originaria sobre la concepción de las normas que regulan los asuntos mercantiles, que a nuestra opinión ha prevalecido casi inmutable en el tiempo, se erige una nueva corriente jurídica para la regulación de las transacciones comerciales como lo es la de superposición de los interés colectivos.

La superposición de los intereses colectivos implica una intervención más activa del Estado en la creación de las normas que regulan el comercio, abocándose en su fondo y no solo en su forma. Estas no tienen como objeto la protección o regulación de la realización de una actividad comercial sino que tienen como bien jurídico protegido un interés social, como por ejemplo la protección del medio ambiente.

Con miras a la satisfacción de los nuevos objetivos climáticos, se está sustrayendo la formación de las normas mercantiles de la esfera de la costumbre de los comerciantes. Trasladando esta a un plano donde es el Estado quien, superponiendo el interés del colectivo, regula los términos en los cuales se han de desarrollar las actividades comerciales.

La ya mencionada desnaturalización de la concepción originaria del Derecho Mercantil, se debe a esta disrupción del sistema tradicional de formación de las normas mercantiles, dejando de ser, en cierta parte, un derecho que nace de los comerciantes. Siendo ahora el comercio, junto con la ciencia jurídica que lo regula, un asunto que se ve interferido por la protección del interés social colectivo.

2.1 Marco regulatorio

Al examinar la existencia de un nuevo paradigma comercial y su marco legal, podemos referirnos a dos esferas regulatorias, a saber: una que abarca los acuerdos internacionales que crean directrices o guías para los Estados que se adhieren a estos e incluso para las empresas, que sin suscribirlos formalmente, los observan para contribuir con este gran desafío; y otra que se ve representada por las normas internas que cada uno de los Estados adoptan dentro de sus territorios. Sin duda, en muchos casos, ambas esferas son interdependientes sirviendo una de fundamento para la otra; sin embargo, esto no es obstáculo para que se de un desarrollo independiente de cada una de estas.

¹¹ Mármol, *Fundamentos...*, 40-41

No es un requisito *sine qua non* que las normas que los Estados promulgan en materia medioambiental sean producto de la preexistencia de un acuerdo o directriz internacional. Muchas veces, se manifiestan como un interés primigenio de un Estado para contribuir a mitigar el cambio climático, casos como estos suelen manifestarse en los Estados con altos índices de desarrollo humano.

Con énfasis en la primera esfera, podemos resaltar que la mayoría de los Estados han establecido un conjunto de retos con objetivos claros, los cuales abordan el problema del cambio climático y buscan poder contrarrestar la gravedad de la situación. Las manifestaciones de acuerdos o metas comunes entre los Estados son diversas pero para efectos de este estudio resulta relevante hacer hincapié en las que influyen al Derecho Mercantil Internacional.

Estos diversos acuerdos internacionales, que originalmente son iniciativas políticas, si las partes los observan adecuadamente se ven traducidos en acciones concretas dentro de cada uno de los Estados contratantes. Lo anterior, se refleja en la modificación de las normas preexistentes o incorporación de novísimas normas dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, de esta forma se concretan los asuntos a los que se circunscriben estos acuerdos supranacionales en materia medioambiental.

Estas nuevas regulaciones, que están alterando el comercio internacional, son de gran interés para el estudio de la contratación mercantil. Las nuevas normas, al transformar la gestión de las empresas y el comercio, están condicionando la manera en que los comerciantes entablan sus relaciones jurídicas, la forma en que contratan y por tanto la estructuración y ejecución de los contratos.

Al hacer referencia al marco regulatorio, buscamos con este concepto abarcar todo lo que se refiere a instrumentos normativos tanto de *hard law* como aquellos de *soft law*, devengan de una jurisdicción nacional o sean producto de la cooperación internacional.

Aunque existen iniciativas globales en esta materia, que ya acumulan décadas de vigencia, resulta interesante denotar algunas que se pueden considerar relativamente jóvenes, como por ejemplo el Acuerdo de París, las Iniciativas de la Organización Marítima Internacional y el Pacto Verde de la Unión Europea.

De la lectura del Pacto Verde Europeo, se concluye que resulta ideal su estudio bajo la óptica de este trabajo. Esto se debe a que tiene grandes implicaciones para la transformación del modelo económico de la UE, a la vez que se ha convertido en un instrumento de *softlaw* de altísima referencia para empresas de naciones ajenas a la UE que buscan mantener un alto nivel de RSE.

Dicho acuerdo, tiene como meta lograr que la Unión Europea (UE) sea neutral climáticamente para el año 2050. Ciertamente, existen múltiples objetivos específicos que se están llevando a cabo para cumplir con la meta pero entre ellos destacan el denominado Objetivo 55, este busca la adaptación de la legislación de los países de la UE en línea con las nuevas expectativas climáticas mundiales¹².

El también llamado *Fit-for-55* plantea que para el año 2030 debe haber una reducción del 55% de las emisiones netas de gases de efecto invernadero en relación con los niveles del año 1990, con miras a la neutralidad en carbono para el año 2050. Lo anterior, de acuerdo a sus planteamientos, se logrará por medio de la promulgación de un paquete legislativo vinculante en toda la UE.

En el marco del Objetivo 55 del Pacto Verde Europeo se manifiesta una interesante medida que algunos estudiosos denominan de “proteccionismo verde”¹³, tal es el caso del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM, por sus siglas en inglés). El CBAM tiene como fin evitar que producto de las altas exigencias climáticas, se de una fuga de empresas del territorio de la UE hacia países con legislaciones más flexibles.

Por lo tanto, el CBAM impone un arancel a las importaciones, en principio solo en los productos intensivos en CO₂¹⁴, provenientes de naciones con regulaciones climáticas disímiles a las de la UE. Con esto, se aspira no solo lograr lo descrito en el párrafo anterior sino que se espera promover la transición también en los países no miembros de la UE. El CBAM solo es una referencia, de muchas otras, que se enmarcan en el Pacto Verde Europeo y que modifican por completo el régimen jurídico aplicable a la política comercial.

Muy concretamente, el análisis del precitado Objetivo 55, tiene un gran interés pedagógico para este trabajo, que se evidencia al ser una muestra del compromiso adquirido por los treinta y dos Estados miembros de la UE, en razón de que las aspiraciones climáticas, que se pactaron a nivel político, se vean transformadas en legislación para proferir su coacción.

¹² «Pacto Verde Europeo», Consejo de la Unión Europea, Última actualización el 20 de diciembre del 2023, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/>

¹³ Enrique Feás, Federico Steinberg, Lara Lázaro Touza, «El “arancel al carbono (CBAM)”: ¿proteccionismo verde o liderazgo global contra el cambio climático?», *Revista ARI Real Instituto Elcano* 18 (2023): 7, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/el-arancel-al-carbono-cbam-proteccionismo-verde-o-liderazgo-global-contra-el-cambio-climatico/>

¹⁴ De acuerdo a las normas que regulan el CBAM, algunos de los principales productos que se consideran “intensivos en CO₂” son el cemento, hierro, acero, aluminio, hidrógeno, la electricidad y el hidrógeno.

El impacto y liderazgo innovador que ejerce la UE en cuanto a la descarbonización de la economía, la consolidación de las metas del Acuerdo de París, entre otras cosas, se ve evidenciado en la férrea preocupación y oposición ejercida por grandes potencias comerciales como la República Popular China, algunos expertos en la materia sostienen que los efectos en el comercio mundial de las nuevas regulaciones europeas es tan grande, que no debe ser una sorpresa la futura presentación de reclamaciones en el sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC) contra normas como la antes expuesta.

Esto demuestra lo que ya fue asentado, a saber, que la intervención de los Estados, con miras a la protección de ciertos intereses colectivos, está irrumpiendo en los acostumbrados procesos de formación de las costumbres, usos y las normas en materia de Derecho Mercantil. Y por tanto se están transformando los términos en los que se desarrolla el comercio internacional.

Por lo ajeno de la jurisdicción donde normas como la antes revisada son promulgadas, cabe preguntarse cuál puede ser la relevancia en sistemas de derecho o en la capacidad comercial de terceros Estados donde las mismas no tienen validez formal. Ante esto, hay que decir que producto de la globalización, el impacto de las normas extranjeras cada día es mayor, siempre guardando sus matices.

Al referirnos a la aplicación de normas extranjeras dentro de un determinado Estado debemos hacer referencia a dos supuestos. En primer lugar, la manifestación voluntaria de un sujeto del derecho privado de observar un conjunto de normas específicas, en este caso se puede considerar a la norma extranjera como un instrumento de *soft law*. En segundo lugar, la acción del Estado que se basa en observar ciertas normas extranjeras, adaptándolas a la realidad concreta de dicha nación y asumiendo plena validez dentro de su ordenamiento jurídico.

Aunque se pueden citar centenares de instrumentos normativos extranjeros, sean propios del Derecho Internacional o del Derecho interno de algún país, que aún siendo completamente ajenos a un Estado en concreto, suelen observarse por parte de diversas personas naturales o jurídicas; de nuevo, el Pacto Verde Europeo se constituye como un perfecto objeto de demostración.

En el caso *sub studio*, se manifiesta de forma clara como la importancia y dimensión del mercado de la UE, en conjunto con su amplísima capacidad política, se constituyen como un bloque que tiene la capacidad de dirigir o determinar las políticas comerciales internacionales. Es decir, por el tamaño de la economía de la UE, cuando se acuerda un Pacto como el ya referido y emana normativas como la del CBAM, está condicionando el acceso de las importaciones de bienes y servicios para su territorio.

Dicho condicionante genera un efecto en cadena, ya que las empresas e incluso otros países, que tienen interés en participar dentro del mercado económico de la treintena de países que forman la UE, se ven en la necesidad de adaptarse a las normativas que esta unión supranacional impone. Este escenario es lo que se conoce como “Efecto Bruselas”¹⁵, es la forma en que la UE está liderando, entre otras cosas, la descarbonización de la economía.

En cuanto a la contratación mercantil se refiere, este proceso de adopción de normas extranjeras en las transacciones en Estados ajenos a ellas tiene una gran importancia. El interés de los agentes en poder participar de manera competitiva en el mercado internacional, les crea la necesidad de cumplir con las normativas de los grandes bloques económicos o políticos que rigen el comercio.

En el caso en concreto de Venezuela, que carece de una normativa que se oriente hacia la neutralidad neta en carbono de la economía, las empresas que buscan satisfacer estos estándares en todos sus procesos, deben crear sus propios mecanismos de regulación para poder lograr dichos estándares. Entre esas acciones de autorregulación, destacan el tratamiento que se le da a los acuerdos con terceros que forman parte de la cadena de valor del producto o servicio que dicha empresa ofrece, es en estos términos donde la contratación mercantil se ve fuertemente marcada.

Ante esta nueva realidad, las empresas al contratar con terceros la adquisición de productos o la prestación de servicios que intervienen en la cadena de valor de dicha empresa, deben asegurarse que el comportamiento de estos terceros también se alinee con sus estándares para no afectar su sustentabilidad. Por ejemplo, una empresa “A” que produce y embotella bebidas carbonatadas de sabores, con garantía de ser un producto con neutralidad neta en carbono, pero terceriza el proceso de reempaque en paquetes de seis botellas, al momento de realizar el contrato de la tercerización del proceso debe incluir ciertos parámetros para que la empresa “B”, tenga obligaciones en razón de cumplir los estándares medioambientales de la empresa “A”.

Es así como dentro del derecho privado, en gran medida por el impulso de terceros Estados más avanzados en este asunto, las empresas de países con normativas menos robustas, han establecido por medio de sus contratos los parámetros para adaptarse a esta nueva realidad del comercio internacional, buscando su competitividad y su capacidad de participar en esos grandes mercados con mayores exigencias medioambientales.

¹⁵ Bradford, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* [El Efecto Bruselas: Cómo la Unión Europea Gobierna el Mundo]. (Oxford:Universidad de Oxford, 2020), 76.

3. Cláusulas verdes y su impacto en los costos de transacción

Como se estableció previamente, ante el nuevo escenario de las demandas de los consumidores y la regulación impuesta por los Estados para descarbonizar el comercio, las empresas poseen nuevas preocupaciones, retos y obligaciones. No solo han cambiado su forma de llevar a cabo los procesos de producción y distribución sino también su manera de entablar relaciones jurídicas, ya que es por medio de la contratación que las partes autónomamente regulan su conducta.

Previo al estudio de la manifestación de las, por nosotros así denominadas, cláusulas verdes, es necesario revisar brevemente ciertos elementos de la teoría general de los contratos; esto a los fines de comprender ampliamente las particularidades que hay en torno a dichas cláusulas.

En este sentido, nos referiremos a la doctrina generalmente aceptada de Maduro Luyando. Este al desarrollar el tema de los contratos, sostiene que estos son una especie de negocio jurídico bilateral, ya que constituyen una manifestación de voluntad que busca producir efectos jurídicos que emanan directamente de la voluntad del sujeto y a su vez en la que concurren dos o más de dichas manifestaciones.

En línea con lo anterior nuestra legislación patria define que “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”¹⁶. Es así como el contrato es la principal fuente generadora de obligaciones entre las partes, las cuales preponderantemente tienen un contenido patrimonial.

La relevancia del contrato dentro del mundo comercial no solo se limita a ser el medio idóneo por medio del cual las partes regulan sus negocios jurídicos, a su vez es el instrumento de mayor uso dentro de la sociedad para regular las relaciones de tipo económicas o al menos susceptibles de tal estimación. En otras palabras, la figura del contrato se ha constituido como un instrumento indispensable para el desarrollo de la economía de las personas y por tanto de los Estados.

Es así como en el nuevo paradigma del comercio internacional, resalta el tema de la contratación mercantil como uno de importante valor, es en este aspecto donde se ven de manifiesto las cláusulas verdes en los contratos, entendidas como aquellas disposiciones que buscan asegurar entre las partes obligaciones en razón de ciertos criterios alineados con la neutralidad neta en carbono.

¹⁶ Código Civil, 26 de Julio de 1982, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990).

Las cláusulas verdes tienen por objeto condicionar el cumplimiento del contrato a un conjunto de parámetros que son propios de las medidas por el cuidado del medio ambiente; parámetros que deben de estar también referidos en el contrato o al menos debe el contrato indicar un instrumento de referencia para tal fin.

La importancia del estudio de este tipo de cláusulas, en nuestra opinión, no se circunscribe propiamente a su contenido o tipología, ya que a pesar de ser distintas en su fondo a las cláusulas que comúnmente se encuentran en los contratos mercantiles, su tratamiento es el comúnmente aplicable al régimen general de todas las obligaciones contractuales. Más bien, el interés sobre estas se ve reflejado en el impacto que tiene sobre los costos inherentes al cumplimiento del contrato o también llamados costos de transacción.

Sea de forma voluntaria o por mandato legal, la inclusión de cláusulas verdes en los contratos mercantiles tiene un impacto económico en el negocio jurídico subyacente al contrato. Cuando en un contrato de compraventa el comprador condiciona la contratación al cumplimiento de su contraparte de una determinada prestación que no es estrictamente necesaria para la satisfacción del mero interés comercial sino que busca además resguardar otros intereses, esto deviene en mayores obligaciones para el vendedor, lo que causa que el vendedor exija una mayor contraprestación y por tanto encarezca el precio del producto o el servicio objeto del contrato.

En el caso en concreto, la presencia de cláusulas verdes en los contratos no solo genera nuevos deberes y derechos para las partes contratantes, también modifica múltiples aspectos de este. Modifica el régimen de garantías acordado entre las partes, genera retos en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y crea un nuevo posible abanico de incumplimientos, aumentando así los riesgos en la contratación.

Es en este asunto donde realmente se plantea el debate sobre el costo-beneficio de la inclusión de las cláusulas verdes en la contratación mercantil, las que generan más cargas para los agentes y por tonto causando que sea más oneroso llevar a cabo sus actividades.

En aras de dar respuesta a esta cuestión, observaremos la manifestación de cláusulas verdes en los contratos mercantiles bajo la premisa de algunas herramientas básicas de la metodología propia del análisis económico del derecho. Bajo esta perspectiva, se busca observar bajo una óptica distinta la relación existente entre los fenómenos jurídicos y su impacto en la conducta de los agentes.

El análisis económico del derecho nos provee una metodología que permite estudiar la economía y al derecho en una misma dimensión. Ésta metodología “desarrolla una teoría económica sobre cómo se comportan los individuos (o “agentes”) en rela-

ción con las normas jurídicas”¹⁷. En otras palabras, por medio de éste análisis tenemos la posibilidad de estudiar la relación entre lo jurídico y económico, su impacto y efecto dentro de la sociedad.

Bien lo indica Pinzón al sostener que el análisis económico del derecho facilita interpretar los arreglos sociales, es decir, las leyes, y cuál es la impresión que tienen sobre todos los sujetos que están bajo su esfera de influencia. Así mismo “reconoce que dichos arreglos si importan, es decir, que la ley si importa porque en el mundo real existen costos de transacción que deben ser considerados en el momento de definir qué tipo de arreglo social es más conveniente”¹⁸. De tal manera, el autor nos señala que cuando se imponen las leyes debe de tomarse en cuanto como dichas normas determina los costos implícitos en los contratos, denominados por este como costos de transacción, lo que subsecuentemente afecta toda la cadena de valor.

Subsumiendo el tema de las cláusulas verdes en los contratos mercantiles dentro de la metodología de análisis antes comentada, podemos determinar como la inclusión de este tipo de cláusulas que aumenta la onerosidad del contrato y al generar mayores variables con más riesgos, aumenta los costos de realizar esa transacción.

Guiados por la visión de Pinzón, los instrumentos normativos que se han creado en materia de regulación medioambiental y que intervienen dentro del comercio, al igual que las medidas que en razón de estos se toman, son arreglos sociales que afectan los costos de transacción. El aumento de tales costos puede expresarse en dos términos: en primer lugar, producto de la onerosidad del contrato derivada de las nuevas obligaciones impuestas a alguna de las partes.

En segundo lugar, bien como lo refiere la doctrina en cuanto al tratamiento de los contrato a la luz del análisis económico del derecho, la idea principal del contrato es generar la mayor cantidad de certezas posible para que se entable un negocio jurídico y por tanto procurar la disminución de los riesgos, lo que genera más seguridad y por tanto haga disminuir las cuantías económicas inherentes a la contratación. Al evolucionar las cláusulas verdes en la contratación mercantil, aunque no son directamente opuestas a este supuesto que busca el abaratamiento de los costos de transacción, no cabe duda que sí pueden generar un desequilibrio en cuanto a la creación de nuevos riesgos.

¹⁷ Kornhauser, *El nuevo análisis...*, 19

¹⁸ Mario Pinzón Camargo, *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, (Bogotá: Universidad del Externado, 2010), 32.

La complejidad del contenido obligacional de las cláusulas, en conjunto con los retos que implica la vigilancia continua del cumplimiento de tales obligaciones, sobre todo de aquellas que son de tracto sucesivo, causa que sea más oneroso satisfacer lo previsto en el arreglo social y por ende aumenta considerablemente los costos de la transacción.

Producto de las lecturas realizadas y lo antes descrito se puede decir que el interés de comprender la relación entre las cláusulas verdes y los costos de transacción en los contratos se debe a que el aumento o disminución de dichos costos es una variable a considerar por los agentes. Estos al momento de realizar cualquier tipo de actividad comercial analizan todos los costos asociados para determinar la viabilidad de llevarla a cabo; en consecuencia, a menores costos de transacción, mayor será el interés de los agentes de desempeñar una actividad en cuestión.

4. Caso de estudio: CII Clause for Voyage Charter Parties

A los fines de proferir una mayor comprensión de la doctrina antes revisada, a continuación se estudiará una cláusula que se circunscribe en nuestro concepto de cláusula verde y donde se puede evidenciar como la utilización de estas aumenta el esfuerzo económico de las partes para el cumplimiento del objeto del contrato y por tanto afecta los costos de transacción, tal es el caso de la *CII Clause for Voyage Charter Parties* [Cláusula de Indicador de Intensidad en Carbono en los Contratos de Fletamento por Viaje].

La cláusula antes referida, nace como una respuesta a las enmiendas realizadas en junio del 2021 por el Comité de protección del medio ambiente marino de la Organización Marítima Internacional al Anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por Buques, conocido como MARPOL por sus siglas en inglés.

Entre las diversas medidas acordadas en las enmiendas, destaca que a partir del 01 de enero del 2023 los armadores de los buques que igualen o superen las 5.000 toneladas de arqueo bruto deben calcular el índice de eficacia energética a los buques existentes (EEXI), reportarlo y bajo un proceso de calificación manifestar su indicador de intensidad en carbono (CII)¹⁹; todo esto a los fines de asumir las medidas que sean necesarias para hacer que los buques estén dentro de los parámetros mínimos razonablemente previstos en el Convenio MARPOL.

¹⁹ «EEXI y CII: Medidas de intensidad de carbono de los buques y el sistema de clasificación», Organización Marítima Internacional, acceso el 27 de diciembre de 2023, <https://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/EEXI-CII-FAQ.aspx>.

El cumplimiento de este tipo de normas acarrea para los armadores altos costes, no solo en término del personal y otros recursos que se deben de destinar para llevar a cabo las nuevas actividades de monitoreo y clasificación exigidas en razón de las nuevas enmiendas *ut supra* referidas, sino también por las acciones concretas que los armadores deben llevar a cabo para disminuir sus emisiones de carbono y así estar dentro de los parámetros del CII. Tal es el caso, que el propio Comité de la OMI creó un mecanismo de seguimiento para poder vigilar si los impactos positivos de la medida superan los negativos y tomar decisiones en razón de ello.

La reducción de la velocidad de navegación es la práctica más común para reducir las emisiones de dióxido de carbono de los buques. Esto acarrea una serie de complicaciones para la aventura marítima y la industria en general. Si bien es cierto son los armadores de los buques quienes tiene la responsabilidad inherentes al cumplimiento de las normas que la OMI ha impuesto en esta materia, ejecutar medidas como la que se comentan puede traer serias consecuencias para los armadores, incluso pudiendo dar lugar a acciones por incumplimiento de contrato.

La velocidad de la navegación de los buques suele ser un aspecto que se considera con mucha seriedad dentro de los contratos de transporte marítimo; dependiendo del papel del sujeto dentro de la industria marítima podremos observar el tema de la velocidad de los buques de forma distinta. Existen claras circunstancias en las que la cláusula de velocidad del buque puede afectar la correcta ejecución del contrato se pueden observar en los arrendamientos de buques, los contratos de fletamento marítimo, los contratos de *bunker*, entre otros...

Los efectos de modificar la velocidad o ruta de navegación del buque a discreción del armador, para mantenerse dentro de los parámetros de las normas de la OMI, se evidencian en los contratos de fletamento. Dichos efectos no solo se circunscribe a las partes del contrato de fletamento (armador y fletador) sino además que puede generar consecuencias en los instrumentos que se derivan de la actividad del fletador como los conocimientos de embarque, las cartas de porte y otros documentos análogos.

Todo lo anterior, genera una gran exposición del armador a riesgos por acciones de reclamación que pueden ser interpuestas por el propio fletador e incluso por los titulares de un conocimiento de embarque o carta de porte.

Ante la existencia de nuevas normas que intervienen en la libre realización del comercio en favor de un bien o interés general, como el cuidado del medio ambiente con la reducción de las emisiones de GEI derivados de la actividad de los buques, y ante las consecuencias que tiene dentro de la industria naviera, nace también la necesidad de las partes afectadas en regular el asunto dentro de sus relaciones negociales.

Es así como BIMCO²⁰, en su labor de generar instrumentos de contratación uniformes para la industria marítima, desarrolló la *CII Clause for Voyage Charter Parties*; esta permite que se distribuya entre armadores y fletadores las cargas inherentes a las nuevas metas de eficacia energética de los buques.

El hecho de que BIMCO, una institución de tan alta confianza en la industria, crease una disposición contractual como esta para sus pólizas²¹, deja en evidencia el impacto de la descarbonización en el transporte marítimo, la contratación en general y el comercio internacional.

La cláusula modelo *ut supra referida*, fue propuesta por BIMCO en los siguientes términos:

Sin perjuicio de cualquier otra disposición en el Contrato de Fletamento, los Propietarios y los Fletadores acuerdan lo siguiente:

(a) Con el fin de reducir la intensidad de carbono del Buque, los Armadores/el Capitán tienen derecho a ajustar el rumbo y/o reducir la velocidad o las RPM (revoluciones por minuto del motor principal), previendo que la velocidad del Buque, en base las buenas condiciones climáticas (que significarán [las partes insertarán aquí una definición]), no deberán descender por debajo de [X] nudos durante ningún viaje realizado conforme al Contrato de Fletamento.

(b) Cuando el Buque proceda de conformidad con la subcláusula (a), esto constituirá cumplimiento, y no habrá incumplimiento, de cualquier obligación que requiera que el Buque avance por la ruta usual/acostumbrada y/o con la mayor y/o diligencia en el transporte (o cualquier otra expresión similar/equivalente) [o cualquier garantía de velocidad y consumo bajo el Contrato de Fletamento]. El Laycan acordado según el Contrato de Fletamento no se verá afectado por esta Cláusula.

(c) Los Fletadores se asegurarán de que los términos de los conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que prueben los contratos de transporte emitidos por o en nombre de los Armadores, dispongan que el ejercicio por parte de los Armadores de sus derechos bajo esta Cláusula no constituya un incumplimiento de el contrato de transporte. Los Fletadores indemnizarán a los Armadores contra todas las consecuencias y responsabilidades que puedan surgir de los conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que acrediten los contratos de transporte emitidos tal como se presentan en la medida en que los términos de dichos conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que acrediten los contratos de transporte impongan o resulten en la imposición de responsabilidades más onerosas a los Propietarios que las asumidas por los Propietarios de conformidad con esta Cláusula.

(d) Esta Cláusula se aplicará sin perjuicio de cualquier otro derecho expreso o implícito bajo este Contrato de Fletamento que faculte al Buque a navegar a velocidades inferiores a la velocidad mínima establecida en la subcláusula (a).

²⁰ Baltic and International Maritime Council [Consejo Marítimo Internacional y del Báltico].

²¹ Las “pólizas” son contratos tipo o modelos preestablecidos que facilita la formación y suscripción entre las partes.

(e) Dentro de [X]* días después de completar la descarga final de la carga transportada según el Contrato de Fletamento, los Armadores pondrán a disposición de los Fletadores: (i) detalles de los tipos y cantidades de combustibles consumidos según el Contrato de Fletamento; y (ii) la distancia recorrida en el viaje tanto en lastre como en carga.

*Si en la subcláusula (e) no se indica número de días, el valor predeterminado será de 7 (siete) días.²² (traducción propia).

La precitada cláusula busca proteger al armador del buque en el ejercicio de las acciones que le son propias a este o al capitán, en el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas ejecutadas de acuerdo a las enmiendas del VI Anexo del Convenio MARPOL. A su vez, tiene como objeto la limitación y/o distribución de las responsabilidades que de su cumplimiento o incumplimiento resulten.

Esta disposición, que busca asegurar la eficacia energética de los buques, prevé en su primer apartado el derecho que tiene el armador y/o el capitán del buque de modificar la ruta o reducir la velocidad de la navegación. A la vez que establece que dichas acciones siempre deben ser en virtud de los parámetros de eficacia energética y nunca por debajo de los nudos²³ mínimos acordados.

Seguidamente, establece que el ejercicio de las acciones del primer apartado no se considerará un incumplimiento de otras obligaciones contraídas en virtud de asegurar una determinada velocidad o ruta; queda fuera de esta excepción el incumplimiento del *laycan*²⁴, el cual no podrá modificarse invocando la disposición estudiada.

En el anterior aspecto, se observa con diafanidad como el ejercicio de los deberes o derechos que se derivan de las obligaciones de eficacia energética del buque, se superponen a otros derechos de las partes del contrato de fletamento por viaje, los cuales tradicionalmente se han acordado porque permiten el abaratamiento o simplificación del comercio.

A su vez, en su literal “c” los contratantes acuerdan limitar la responsabilidad del armador y regular las obligaciones que tiene el fletador. Por lo tanto, debe el fletador transferir el contenido de la cláusula a los conocimientos de embarque, cartas de porte u otro tipo de instrumentos en los que se establezcan contratos de transporte donde se pueda ver involucrado el armador. También acuerda que el fletador deberá indemnizar

²² «CII Clause for Voyage Charter Parties 2023», Baltic and International Maritime Council (BIMCO), acceso el 22 de diciembre de 2023, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/cii-clause-for-voyage-charter-parties-2023>

²³ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, nos referimos a la acepción de nudo que se define como una unidad de velocidad para barcos y aviones, equivalente a una milla náutica por hora.

²⁴ En concordancia con el Glosario de Términos de Standard and Poor’s, *laycan* es el intervalo de tiempo para realizar las operaciones de carga del buque.

al armador ante las consecuencias que, producto del ejercicio de lo previsto en el literal “a”, se deriven de los conocimientos de embarque, cartas de porte, entre otros.

Aunque se pueden identificar manifestaciones análogas en todo tipo de industrias, la *CII Clause for Voyage Charter Parties*, es una clara muestra de cómo en la industria naviera las nuevas condiciones en las que se desarrolla el comercio, producto de la regulación estatal en temas de descarbonización, afectan al comercio y a la contratación mercantil. Asimismo, evidencia el alto impacto que las políticas medioambientales tiene sobre el libre ejercicio del comercio.

CONCLUSIONES

Los nuevos intereses de las personas en relación al grado de impacto que tienen las actividades humanas en la producción de dióxido de carbono y por tanto en el incremento del calentamiento global, y en general en el cuidado de nuestro medioambiente, ha transformado el modo de proceder de las empresas.

En la actualidad, las empresas en búsqueda de mantener su posición de mercado se han visto en la necesidad de adaptarse a las demandas de los consumidores, cambiando su modelo de gestión, transformando sus procesos productivos e incluyendo elementos como la responsabilidad social corporativa, este último como nuevo pilar fundamental de la estructuración de la misión, visión y valores de la organización.

Lo antes expresado, no solo tiene un impacto en las políticas internas de las organizaciones sino que subsecuentemente está transformando por completo el ecosistema en el cual se realizan las transacciones comerciales, determinando la realidad económica de las naciones.

Un nuevo modo de proceder implica que hubo un cambio en la conducta de las personas, tanto naturales como jurídicas. De cara a las nuevas conductas externalizadas por los sujetos, se manifiesta el derecho en su fundición de regulación conductual, como un mecanismo que procura establecer las normas para permitir la convivencia en sociedad. *Grosso modo*, la nueva realidad comercial no se encuentra aislada del desarrollo normativo.

Sin embargo, este proceso tiene una peculiaridad, en la visión tradicional del derecho mercantil los desarrollos normativos se deban a partir de la actividad del comerciante que de forma consuetudinaria eventualmente se formalizaban en normas escritas. Del estudio desarrollado en el presente trabajo, quedó evidenciado que el afán de los Estados por regular el comercio para su descarbonización nos plantea una nueva visión del derecho mercantil.

Esta nueva visión está definida por una fuerte intervención del Estado en el sector comercial y por tanto en el libre desarrollo de los mercados; con mayor frecuencia los entes reguladores, sean propiamente los Estados u organizaciones internacionales, están dejando en segundo plano las necesidades o intereses del comerciante, dedicándose a promulgar normas en las que, aunque pueden en cierta medida afectar negativamente algunos sectores o intereses económicos, prevalece el interés común de la sociedad en relación al derecho a un ecosistema limpio.

En nuestros términos, la nueva realidad del comercio descarbonizado como medio para la efectiva descarbonización de la economía, está redefiniendo el proceso de formación del derecho mercantil, dejando de estar centrada únicamente en el comerciante y el desarrollo de su actividad sino que se ponderan ahora los intereses sociales o colectivos al momento de regular el comercio.

Así, se estima que las nuevas normas, lineamientos, directrices, especialmente los de *hard law*, que se están promulgando para coaccionar dentro de las esferas comerciales la migración hacia un modelo neutral en carbono, plantean un necesario ejercicio de ponderación sobre cómo su aplicación afecta los costos de transacción. En nuestro criterio, las normas que se han estado promulgando aumentan significativamente los costos de transacción, generando no solo una mayor carga económica para los comerciantes sino que eventualmente esta se traslada a los consumidores finales.

Así las cosas, la conducta desplegada por los Estados cuando pretenden aplicar de forma coactiva restricciones o grandes regulaciones al ejercicio del comercio en favor de la protección de algún interés colectivo, se traduce en una intervención innecesaria en la economía privada. Bien como se expuso y demostró en el desarrollo de este trabajo, las empresas tienen una tendencia a autorregularse para adaptarse a las verdaderas necesidades del mercado, por tanto es este último el mejor termómetro de los intereses colectivos de la sociedad; es decir, en cuanto las personas en el ejercicio de su libertad de contratar prefiera consumir bienes o servicios limpios, en esa misma medida, y sin que sea necesaria la coacción estatal, se transformará el comercio.

Es preciso aclarar que lo antes aseverado no implica que deban detenerse los esfuerzos de cooperación internacional para procurar la descarbonización, sin embargo, es una postura que llama a disminuir la coacción y a enfocar los esfuerzos políticos en continuar y especializar la elaboración de instrumentos de *soft law* que sirvan de marco o guía para una transición de las sociedades mercantiles que no les genere perjuicios, no sólo en virtud de proteger a los *shareholders* sino también a sus *stakeholders*.

En el caso de estudio, se evidencia claramente lo planteado en este aparte conclusivo. Ante una nueva regulación acordada en el seno de la Organización Marítima Internacional, que se enmarca en el proceso para descarbonizar a la industria del trans-

porte y el comercio marítimo, se han visto afectados los términos tradicionales en los cuales las partes acordaban los contratos de transporte de mercancías, generando un serio aumento de los costos de los fletamentos o los seguros, producto del riesgo latente de que el buque cambie inesperadamente su ruta para mantenerse dentro de ciertos parámetros de emisiones de dióxido de carbono. Ante ello, BIMCO por medio de sus pólizas tipo pasa a proponer una nueva cláusula contractual para brindar a las partes seguridad jurídica ante las nuevas necesidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Anu, Bradford. *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World [El Efecto Bruselas: Cómo la Unión Europea Gobierna el Mundo]*. Oxford: Universidad de Oxford, 2020.
- Baltic and International Maritime Council (BIMCO). «CII Clause for Voyage Charter Parties 2023». Acceso el 22 de diciembre de 2023, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/cii-clause-for-voyage-charter-parties-2023>
- Cambridge Dictionary. «Black Friday | significado en inglés». Acceso el 02 de diciembre de 2023, <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/black-friday>.
- Congreso Nacional. Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N°2.990 de fecha 26 de julio de 1982.
- Consejo de la Unión Europea. «Pacto Verde Europeo». Última actualización el 20 de diciembre del 2023, <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/green-deal/>
- Feás, Enrique, Federico Steinberg y Lara Lázaro Touza. «El “arancel al carbono (CBAM)”: ¿proteccionismo verde o liderazgo global contra el cambio climático?» *Revista ARI Real Instituto Elcano* 18 (2023).
- Freitas Di tomo, Jorge. «Competitividad De Las Empresas De Venezuela Ante El Cambio Climático». *Revista Guayana Moderna* 12 (2023): 220-233, doi: 0009-0004-6977-3316A.
- Kornhauser, Lewis A. . *El nuevo análisis económico del derecho: Las normas jurídicas como incentivos, en Derecho y Economía: Una revisión a la literatura*. México: Edit. FCE, 2002.
- Mármol Marqués, Hugo. *Fundamentos de Derecho Mercantil: Parte general*. Caracas: Ediciones Liber, 1999.
- Mercado Libre. «Más de 4.3 millones de usuarios compraron productos con impacto positivo en América Latina, el último año». Acceso el 03 de diciembre del 2023, <https://sustentabilidadmercadolibre.com/blog/mas-de-43-millones-de-usuarios-compraron-productos-con-impacto-positivo-en-america-latina-el-ultimo-ano>

Papa Francisco. *Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Francisco: A Los Obispos, a Los Presbíteros Y a Los Diáconos, a Las Personas Consagradas Y a Todos Los Fieles Laicos Sobre El Cuidado De La Casa Común*. Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 2015. https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa*: Madrid, 2014. <https://observatoriosc.org/introduccion-la-responsabilidad-social-corporativa/>

Organización Marítima Internacional. «EEXI y CII: Medidas de intensidad de carbono de los buques y el sistema de clasificación». Acceso el 27 de diciembre de 2023, <https://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/EEXI-CII-FAQ.aspx>.

Pinzón Camargo, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad del Externado, 2010.

Real Academia Española. «Diccionario de la lengua española, 23.^a ed.». Acceso el 10 de diciembre del 2023, <https://dle.rae.es>.

Standard and Poor's «Glosario de Términos». Acceso el 20 de diciembre del 2023, <https://www.spglobal.com/ratings/es/>.

Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?

Mariana Civitillo H.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 227-251

Resumen: El presente trabajo hace referencia a una serie de consideraciones cuyo objetivo principal es esgrimir la afectación de la autonomía de la voluntad por parte de la regulación Estatal en la contratación bancaria venezolana, determinando la naturaleza originaria del mismo y sus limitaciones actuales.

Palabras clave: Contratos Bancarios. Situación actual. Contrataciones.

Banking contracts in Venezuela - Does the autonomy of will exist and is respected?

Abstract: *This paper refers to a series of considerations whose main objective is to argue the affectation of the autonomy of the will by the State regulation in Venezuelan banking contracting, determining its original nature and its current limitations.*

Keywords: *Banking Contracts. Current situation. Contracts.*

Recibido: 8/5/2024
Aprobado: 29/5/2024

* 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). Abogado Junior en LEGA Abogados Área Corporativo- Sociedades. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?

Mariana Civitillo H.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 227-251

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. Contratos Bancarios. 1. Antecedentes Históricos. 2. Algunas Teorías Sobre el Contrato. 3. Noción de Contrato y contrato bancario. 4. ¿Regulación o intervencionismo en la contratación con la banca? ¿Cómo es su regulación?* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La constante necesidad de contratar con la banca y la difusa uniformidad en las reglas de contratación bancaria, la creciente trasgresión y limitación a la autonomía de la voluntad y libertad en el contrato bancario, con la proliferación de aquellos en los que su contenido obligacional ha sido unilateralmente establecido por el banco, quien a su vez ha sido tutelado por los órganos del Estado como supervisores de la actividad bancaria, quedando la voluntad del oferente de los servicios financieros sometida al imperio del Estado.

Produce el confinamiento de la discrecionalidad del cliente bancario o contratante del servicio financiero para plantear sus condiciones, lo que repercute en la resignada aceptación o el rechazo del mismo.

Aunado a la disgregación normativa aplicable a los contratos bancarios actuales, haciendo difuso la elección más idónea para ser aplicado a la contratación bancaria debido al exceso de regulación up supra señalado.

La abundancia regulatoria, contenida tanto en leyes especiales para la materia como en otras que, si bien no están dirigidas del todo a regir la actividad bancaria, se han venido involucrando como instrumento complementario, forman parte de la problemática 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). Abogado Junior en LEÛA Abogados Área Corporativo- Sociedades. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

I. Contratos Bancarios

1. Antecedentes Históricos

*Contractus*¹- proviene del latín *pacto*.

Desde que se formaron las civilizaciones los humanos han creado mecanismos para regular las relaciones comerciales en las que por la naturaleza misma de la vida se han visto involucrados, el contrato es un ejemplo de ello, creado para comprometer y obligar a cumplir los compromisos contraídos a las partes involucradas, es por ello que la evolución en los fundamentos que justifican su obligatoriedad son tan relevantes, pues si estos cambian, también lo hace la institución misma del contrato.

En Grecia, Aristóteles justificó la obligatoriedad del contrato sobre la base de lo que él denominó “*justicia correctiva*”, que tenía lugar en los tratos mutuos entre individuos. Sostuvo que la justicia sustantiva exigía una equivalencia objetiva de los bienes intercambiados, de modo que lo justo implicaba la igualdad aritmética de lo intercambiado². Así, el contrato obligaba porque era justo, lo que significaba la equivalencia, determinada mediante el valor de los bienes intercambiados³. La visión aristotélica se fundamentaba en la noción de justicia sustantiva, justificando en ella la obligatoriedad de los contratos, así luego de cada interacción entre individuos, ambos debían quedar en igual posición que aquella que tenían antes de dicha interacción.

En este sentido, se puede afirmar que la noción del contrato basada en la justicia sustantiva de Aristóteles también es concebible en el Derecho romano, a pesar de que el Derecho romano no haya conocido de una teoría general del contrato, existe, tanto en la época clásica como posclásica, la elaboración de conceptos fundamentales vinculados a la noción de contrato, tales como convenio, *syllanagma*, declaración de voluntad (aunque sin el alcance que tiene hoy) y la misma denominación de contrato, y aunque no se halla conocido ni elaborado una teoría sistemática sobre la institución, las discusiones y definiciones de los juristas y comentaristas son aún vigentes, encontrándose en ellas los antecedentes de la teoría general del contrato⁴.

¹ Diccionario panhispánico del español jurídico, 2023. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

² (Aristóteles, 1988, pp. 245 y ss.) Aristóteles asume que los bienes dados en intercambio tienen un valor intrínseco. El autor afirma que “[s]i, pues, existe en primer lugar la igualdad proporcional, y después se produce la reciprocidad, se tendrá el resultado dicho. Si no, no habrá igualdad y el acuerdo no será posible (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249)

³ La forma del autor para establecer y determinar la igualdad en las cosas intercambiadas se posibilita mediante la introducción de la moneda “que es de algún modo, algo intermedio, porque todo lo mide, de suerte que mide también el exceso y el defecto (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249).

⁴ Esborraz, 2008, pp. 237–283; Guzmán Brito, 2006, pp. 73–134

La doctrina es pacífica en afirmar que ni los clásicos ni los postclásicos intentaron construir un esquema lógico de denominaciones y conceptos como los que conocemos hoy, es por ello que cierta parte ha señalado que sería inútil recurrir al Derecho romano en búsqueda de respuestas para dilucidar este concepto⁵. Sin embargo, disentimos de esta postura, pues es en el Derecho romano donde encontramos antecedentes muy antiguos y directos del contrato como institución, aun cuando no exista una teoría sistemática de esta institución⁶. La aproximación a los comentarios de los juristas de la época de formación del sistema de Derecho romano nos permite un acercamiento a las ideas que sirvieron de sustrato para la elaboración del Derecho de Contratos moderno⁷ pues eran entendidos como un medio para recoger la manifestación de las partes involucradas, lo que generaba una obligación recíproca.

En este sentido, llegó a nosotros por intermediación de Ulpiano (D. 2,1,1,3) la opinión de Sexto Pedio (S. I y II), la que habría sido: “no hay ningún contrato que produzca (por su naturaleza) obligaciones, que no contengan en sí una convención, es decir, un acuerdo”. Posteriormente tanto Gayo⁸ (siglo II d.C.) como Ulpiano⁹ (siglo III d.C.) tomarían como base esta formulación para plantear sus opiniones.

A Gayo se le atribuye la formulación del consentimiento como elemento aglutinador del contrato, es decir, para Gayo el consentimiento o por lo menos la intención de obligarse es un elemento común de todos los contratos. Así, en su obra: *Res cottidianae* corrige su primera clasificación de las obligaciones (“*toda obligación nace o de contrato o de delito Gai. 3, 88*”), al agregar una tercera subcategoría, en la cual ubicó a los actos ilícitos en los que falta la culpabilidad y los lícitos en los que estaba ausente el consentimiento, atribuyendo, por tanto, un carácter esencial al acuerdo de voluntades en el contrato. Por otro lado, Ulpiano desarrolló una noción general de las convenciones, en la que el contrato formaba una subparte de ésta. Lo que hizo Ulpiano fue expandir la afirmación de Sexto Pedio (*la conventio es un acto subjetivamente bilateral obligante*) a dos subgéneros: (i) la del contrato integrada por figuras típicas y por los negocios sinalagmáticos atípicos que otorgan acción y, (ii) la del pacto, integrada por figuras atípicas no sinalagmáticas que solo reconocen una excepción.

En el devenir de los siglos esto fue mutando y es Teófilo (s. VI d.C.) quien participó en la Codificación de Justiniano, quien realizó una interpretación sintetizadora de todo el material conservado de la institución del contrato. Así, en su Paráfrasis a las

⁵ Ossorio y Morales, 1965, p. 1072

⁶ Esborraz, 2008, p. 240; Guzmán Brito, 2006, p. 119; López Santa María, 1985, p. 127

⁷ Grosso, 2006, pp. 1–16

⁸ D. 44,1,7 pr.; D. 44, 7,5 (Esborraz, 2008, p. 246).

⁹ Esborraz, 2008, pp. 246–247

Instituciones de Justiniano, definió contrato como “...el acuerdo y el consentimiento de dos o más sobre la misma cosa (sobre el mismo conjunto de intereses), dirigido a crear una obligación, y a quedar el uno obligado hacia el otro.”¹⁰ Sin embargo, ninguno de los comentaristas asentó a partir del consentimiento su postura sobre el contrato, es decir, el consentimiento en la época de formación del Sistema de derecho romano nunca fue el único elemento caracterizador de la institución. Asimismo, es en la recopilación de Justiniano publicada en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus¹¹, cuando al referirse al *negotium contractum* se le dio el contenido jurídico a la noción de contrato que en esencia se conoce hasta nuestros días, sin embargo, a lo largo de la historia este fue mutando pasando de requerir elementos formalistas y solemnes para su validez, evolucionando gradualmente hacia el consensualismo.

Así, Labeón en el siglo I a.C. elaboró por primera vez una categoría general de contrato, en la cual incluía todos los negocios fundados en la buena fe (típicos o atípicos), que obligaran recíprocamente a las partes (*synallagma*)¹². En esta categorización se establecía una bilateralidad objetiva del efecto obligatorio del contrato, o sea sobre el nexo sinalagmático entre las diversas obligaciones. Así, en esta concepción del contrato se habría producido un doble efecto, Por un lado, descompuso los modos de contraer obligaciones de Quinto Mucio Escévola, contraponiendo el contrato a los otros actos que hacen nacer obligaciones a cargo de una de las partes. Por otro lado, abrió la categoría contractual a los negocios atípicos sinalagmáticos, esto es, a todas las convenciones que no estaban dentro del género de los contratos consensuales del *ius Gentium*, siempre que hicieran nacer obligaciones recíprocas. Esto fue un enorme paso que permitió solucionar los problemas producidos por la creciente actividad negocial, que creó la necesidad de reconocer tutela jurídica a nuevas figuras negociales creadas a partir del acuerdo de las partes, estableciendo que las obligaciones correlativas no tienen su fundamento en el consentimiento, sino en la estructura objetiva de la relación¹³

En el siglo XIII, Tomas de Aquino, retomó la noción de justicia sustantiva para justificar la obligatoriedad del contrato bajo la influencia de la teología y filosofía cristiana¹⁴ conectando conceptualmente las buenas acciones con el origen divino de las fuentes de normatividad. Es decir, tanto las reglas morales como las jurídicas se justifican, en última instancia, por su derivación racional de las normas cuya fuente radica en Dios. En este sentido señaló en referencia a el fraude en las compraventas, que el

¹⁰ Esborraz, 2008, p. 247

¹¹ Esquivel Obregón, T., op. Cit.p.114

¹² Esborraz, 2008, p. 242

¹³ (Astuti, 1962), traducido por (López Santa María, 1985, p. 127).

¹⁴ Pereira Fredes, 2014, pp. 83-84

contrato debía establecerse con base en la igualdad de objeto, siendo la medida de las cosas útiles al hombre indicada por el precio, para lo cual se inventó la moneda. Así, si el precio excedía el valor del objeto, se sobrepasaba la igualdad propia de la justicia¹⁵

Con el devenir de los siglos, una segunda corriente doctrinal, desarrolló la justificación romana de la obligatoriedad del contrato en el principio de la autonomía de la voluntad, desestimando que el valor de las cosas sea intrínseco y objetivamente medible. Así, paralelamente a las corrientes apegadas a la tipicidad¹⁶, se desarrolló una vertiente consensualista resaltando el elemento subjetivo como factor común de la institución contractual. Esta corriente definió el contrato como un convenio, esto es, un “*acuerdo obligante*” y no un “*acto obligante*”, como era planteado por Labeón.

En la edad moderna, en la corriente del Derecho natural, fue Hugo Grocio quien en su obra *De iure bello a.C pacis* fundó todo su sistema en la necesidad de cumplir las propias promesas. Aparece por tanto el contrato como categoría donde el pilar básico es la simple voluntad de obligarse. Estas ideas se mostraron en conjunción con el pensamiento individualista y revolucionario de todos los juristas que influyeron en la redacción del Código de Napoleón (1804), como Domat o Pothier. Hay que recordar que en esta época el contrato era una institución tan valorada, que incluso se situaba en el fundamento constitutivo de la sociedad política (el contrato social) o se hablaba del matrimonio como contrato matrimonial. Fruto de todas estas influencias, el artículo 1134 del Código de Napoleón prevé que: “las convenciones formuladas conforme a las exigencias de la legalidad adquieren fuerza de ley entre las partes”.¹⁷ Este artículo supone una definición de la moderna categoría del contrato, además de ser conveniente para los revolucionarios franceses de la época ya que rompía con los obstáculos para la contratación del antiguo régimen francés, favorecía a la clase que ascendía al poder y *la dinámica del desarrollo industrial*.

En la década pasada, el profesor norteamericano Charles Fried desarrolla la idea de obligación moral de la promesa para explicar la obligatoriedad del contrato; explica que el fundamento obligatorio del contrato radicaría en el dogma de la voluntad, con énfasis en la idea de confianza¹⁸ que se genera en la contraparte, de que se cumplirán las promesas establecidas de manera libre y voluntaria. El dogma de la voluntad asume

¹⁵ Aquino, 1998, p. 233

¹⁶ Esborraz, 2008, p. 245

¹⁷ Enciclopedia Microsoft Encarta 2000, Disco 1.

¹⁸ Pereira Fredes, 2014, p. 91

como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. En este contexto, el contrato se presenta como el mejor medio de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de los contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, siendo un arreglo “entre iguales”¹⁹

Siguiendo a este autor, la obligatoriedad del contrato se fundaría en el contenido moral del deber de su cumplimiento que entiende a la promesa como un instrumento generado por agentes morales libres, y cuya fuerza se sustenta en la confianza mutuamente depositada.²⁰ En este contexto, el dogma de la voluntad asume como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato se presenta como el mejor medio de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de los contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, siendo un arreglo “entre iguales”²¹

2. Algunas Teorías sobre el Contrato

Existen fundamentos a la obligatoriedad del contrato que buscan entender y justificar esta institución como un medio para la satisfacción del bienestar individual o social.²²

2.1. Teoría liberal: Anthony Kronman sostiene que la idea de acuerdos voluntarios, fundamento central de la teoría liberal de la justicia en el intercambio, no puede ser entendida sino bajo un concepto de justicia distributiva.²³ Este autor radica su hipótesis en el requisito de la voluntariedad, siendo uno de los aspectos centrales del derecho de los contratos que dos o más personas hayan celebrado voluntariamente un acuerdo. Luego, asume la premisa de que cualquier intercambio supone que una de las partes tome una ventaja respecto del otro.

Para saber cuándo la *advantagetaking* es permitida, el autor recurre al principio de la justicia distributiva, introduciendo el principio de *paretianismo*, que indica que está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual, sólo si hacerlo beneficia a la parte desaventajada o “explotada” en el largo plazo. Sin embargo, por razones prácticas, el autor agrega que el principio exige solamente que el bienestar de la comunidad que se ve perjudicada en un caso particular se vea incrementado en el futuro.²⁴ Para Kronman, esta formulación del princi-

¹⁹ López Santa María, 2005, p. 49

²⁰ Pereira Fredes, 2014, p. 91

²¹ López Santa María, 2005, p. 49

²² Benson, 2010, p. 50

²³ Kronman, 1980, p. 474

²⁴ Benson, 2010, p. 52

pio *paretiano* respeta tanto la característica individualista como la igualitaria del principio de la libertad, ya que, según esta formulación, todas y cada una de las personas tienen el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar con el único propósito de que aumente el de otro.²⁵

Una de las críticas que se ha formulado contra esta postura, radica en que el principio *paretiano* exige revisar más allá de la interacción inmediata entre las partes de un contrato determinado, pues la validez del contrato no va a depender de la interacción entre las partes propiamente, sino que se debe revisar la situación de las partes desaventajadas en toda una serie de transacciones posteriores. Lo anterior resulta de gran dificultad para la toma de decisiones por un tribunal, ya que es difícil realizar un análisis certero del futuro.²⁶

2.2. Teoría law & economics: es aquella que aplica métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema legal, incluyendo diversas instituciones, entre las que podemos mencionar al contrato, la propiedad, la negligencia, el procedimiento civil, penal y administrativo, etc.²⁷

Una corriente de esta teoría indica que el contrato es una herramienta que permite promover e incentivar la cooperación mutua entre los individuos, lo que es deseable en términos de eficiencia; así la obligatoriedad del contrato estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos.²⁸ Según esta teoría los contratos valen porque son una herramienta de maximización de la utilidad social, estableciendo como fundamento del contrato el “obtener el compromiso óptimo de cumplir”²⁹ y “la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes”³⁰ no siendo necesario el cumplimiento absoluto de todos los contratos, sino que respaldándolo en caso de que aumente la utilidad social.³¹

2.3. Teoría General del Contrato: Se puede observar que la teoría general del contrato es aplicable en todas las áreas del derecho, debido a que la regulación legal del contrato es de aspecto permanente y se ha ido perfeccionando a lo largo de los años, la importancia de dicha teoría es reconocida por la mayoría

²⁵ Kronman, 1980, p. 488

²⁶ Benson, 2010, p. 54

²⁷ Posner, 1975, p. 759

²⁸ Cooter & Ulen, 1999, p. 238

²⁹ Cooter & Ulen, 1999, p. 243

³⁰ Cooter & Ulen, 1999, p. 260

³¹ Pereira Fredes, 2014, p. 98

de los autores pues da un conocimiento general de los principios e instituciones comunes que se van a aplicar a los contratos, así como las reglas propias de cada determinado grupo de contratos.

Es importante destacar que el Código Civil reconoce la máxima importancia del contrato pues señala en su artículo 1859 que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Estas reglas generales y propias de cada contrato suelen especificarse dentro de la teoría general de las obligaciones, ya que se estudia al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; “pero su gran importancia y su desproporcionada extensión parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato (*Messineo*), a la que nuestro legislador denomina “reglas generales de los contratos” (1958), ya que el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (*Saleilles*), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (*Josserand*).³²

En el estudio de las Obligaciones se afirma que el contrato es una fuente de las más frecuentes de Derechos y Obligaciones, ya que es muy importante porque se estructura por los mismos contratantes mediante un acuerdo de voluntades de ambos y a esta unión de voluntades se le llama consentimiento. Así también los efectos que produce el contrato generalmente están previstos y son queridos por las partes.

En resumen, como hemos visto la fundamentación de la obligatoriedad del contrato está basada esencialmente en la autonomía de la voluntad de las partes desde sus orígenes. Sin embargo, la justificación de la obligatoriedad del contrato presenta un amplio desarrollo, cuya revisión en detalle excede el propósito de este análisis, no obstante, partiendo de lo anteriormente expuesto hemos podido dilucidar a grosso modo los antecedentes y fundamentos que fungen como base al concepto de contrato hoy vigente, que ha pasado a todos los códigos modernos y que puede sintetizarse con palabras sencillas: *como un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos*.

³² Sanchez Medal Ramón, cita a Messineo, Sakeilles y Josserand en *De los civiles*, 8va, ed., Edit. Porrúa, México, 1986, p.3.

3. Noción de Contrato y contrato bancario

Artículo 1.133 C.C. “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.³³

En palabras del Dr. Maduro Luyando, el contrato es un negocio jurídico bilateral integrado por manifestaciones unánimes de voluntad destinadas a producir los mismos efectos jurídicos del contrato³⁴

“Existe contrato —*dispone en su sintética pero suficiente visión el artículo 1254 C.C.*— cuando una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Así Savigny define al contrato como “el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas”.³⁵ Podemos entonces afirmar que el contrato es un proceso operativo destinado a producir consecuencias jurídicas patrimoniales, lo que cual se sustenta en el objeto de la obligación que se contrae, ya sea una compraventa, una donación, la prestación de un servicio, entre otros.

En sentido general, los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1133 y 1141 del Código Civil venezolano.

La doctrina ha destacado tres tipos principales de contratos bancarios, pues son estas las operaciones principales de banca:

- **De Operaciones activas:** son documentos que regulan las transacciones donde el banco es acreedor. Nos referimos, por ejemplo, otorgar crédito mediante préstamos, descuentos, apertura de crédito y anticipos;
- **De Operaciones pasivas:** Son contratos mediante los cuales la institución capta recursos. Deben ser firmados, por ejemplo, recibir depósitos del público, emitir obligaciones; efectuar redescuentos; obtener anticipos o descuentos; etc.
- **De Operaciones neutras:** Cuando el banco no obtiene ni brinda financiamiento a su contraparte. Esto sucede, por ejemplo, adquirir y vender títulos; girar y transferir fondos; prestar servicios de cajas, de seguridad y de custodia; actuar como fiduciarios, ejecutar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza; com-

³³ Código Civil de Venezuela Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

³⁴ Maduro Luyando 2004, p. 515

³⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., p.5.

prar y vender divisas e importar oro amonedado o en barras; efectuar operaciones de mesa de dinero, intermediar en la colocación de capitales.³⁶

Por otra parte, tenemos los contratos bancarios. Este término, en general, siempre se entiende referido a los establecidos entre entidad financiera y el cliente como consecuencia de la actividad típica de dicha entidad y no al resto de contratos que suscribe un Banco o a la de ahorros, es por ello que no se considera contrato bancario el firmado por un Banco con un proveedor, por ejemplo.

Este tipo de contratos tradicionalmente habían sido definidos por la doctrina como contratos de adhesión, atípicos e innominados. La expresión contrato de adhesión ha sido atribuida al francés Saleilles³⁷, quien la acuñó a principios del siglo XX, el jurisconsulto francés, fue el primero en sostener que estos actos no podían ser explicados mediante la aplicación de la teoría contractual, porque, en realidad, eran actos producto de una sola voluntad y dio a los mismos la denominación de contratos de adhesión, con la que se los distingue actualmente. En su obra, escribía SALEILLES: *“Indudablemente hay contratos y contratos... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer;... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lex contractus y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”*

En este sentido, la doctrina venezolana ha usado, en algunas oportunidades, la expresión “condiciones generales de contratación” para describir una cierta categoría de contrato de adhesión, asimismo, ha hecho alusión a las cláusulas que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia (las llamadas condiciones generales de contratación); por oposición a las cláusulas integradas en un formulario que individualiza el tipo de contrato de que se habla llamado por ello “contrato tipo”. El autor señala que no parece posible negar que las llamadas “Condiciones Generales de Contratación” y los “contratos-tipo” configuran casos de contratos de adhesión.³⁸

³⁶ Alfredo Morles Hernandez, la Banca en Venezuela, artículo de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEM).

³⁷ Raymond Saleilles (1855-1912), la declaration de volonté, 1901.

³⁸ MELICH ORSINI, José: “Las Particularidades del Contrato con Consumidores”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93- 95.

El artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario³⁹ dispone: “Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”

Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido propuestas por una de las partes y aceptadas por la otra (aunque casi sin discusión ni modificación), pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias. Nuestra doctrina define los contratos de adhesión como “convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido preelaborado por el otro”⁴⁰

El Tribunal Supremo de Justicia venezolano, tuvo la oportunidad de describir los contratos de adhesión, en los siguientes términos: “El acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente precedido de una libre discusión entre las partes contratantes. Sin embargo, a veces la posición respectiva de éstas es totalmente distinta, porque una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra...⁴¹ En nuestro país, las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes de una relación contractual a la otra parte son, sin duda, contratos de adhesión, en la medida, claro está, en que sean aceptadas por ésta. El Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que los “contratos de adhesión” son aquellos cuyas cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones.”⁴²

Así, una que las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes sean aceptadas, expresa o tácitamente, por la otra parte, tales condiciones devienen un contrato de adhesión. En efecto, tal como lo ha indicado la doctrina venezolana, las condiciones generales de contratación pasan a integrar el contenido de la convención, desde el momento en que la voluntad del adherente da vida a la relación jurídica. En ese mismo momento se perfecciona el contrato de adhesión, el cual, cuando regula las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y su clientela, está sujeto a las reglas de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

³⁹ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Gaceta Oficial número 37.930, 4 de mayo de 2004.

⁴⁰ KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

⁴¹ Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

⁴² Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

3. *¿Regulación o intervencionismo en la contratación con la banca?*

Partiendo de lo antes expuesto, cabe entonces preguntarse *¿realmente existe autonomía de la voluntad en la contratación con la banca? ¿Qué tanto limitan las regulaciones estatales a la propia banca en sus negociaciones con particulares? ¿Los contratos bancarios aún son considerados como como contratos de adhesión innominados y atípicos?*

En relación a esta última interrogante podemos afirmar que con el devenir de los años esa idea de que los contratos bancarios eran figuras jurídicas atípicas carentes de regulación, quedo parcialmente deshabilitada frente a la dinámica y constante evolución que ha experimentado en las últimas décadas la actividad bancaria, con la creación de nuevos cuerpos normativos se ha ampliado aquellas escasas regulaciones entre las cuales resaltaba el artículo 2 del Código de Comercio que tipifica como “Acto de Comercio a las “Operaciones de Banca”⁴³. Sin embargo, afirmar a los contratos bancarios como de adhesión innominados o atípicos o no, no es el objetivo de este escrito, sino más bien analizar de forma general y objetiva la libertad que puede o no existir al contratar con la banca, ya sea por el consumidor o la propia banca.

En este sentido, parte de la doctrina sostiene el carácter de adhesión, que ha su juicio es indiscutible en los contratos bancarios, como hemos referido, en ésta existe una desigualdad económica notable entre las partes, siendo su efecto la irremediable aceptación de condiciones que son el resultado de una imposición por una de las partes se ha flexibilizado un poco. Así, se ha debatido si el intervencionismo contante por parte del Estado en esta materia desvirtúa la aseveración de que un contrato bancario es un contrato *únicamente de adhesión pues violenta la naturaleza jurídica* misma de este tipo de contratos.

Según lo examinado, la doctrina ha sido consecuente en afirmar que el Estado se ha hecho presente en limitar la libre autonomía de la voluntad para contratar con la banca, con la presencia de un conjunto de normas en diversas leyes que al conjugarlas van dirigidas a una tarea común, como lo es controlar, vigilar y regir la relación contractual bancaria, limitando en consecuencia la autonomía de la voluntad de las partes.

Este intervencionismo constante en las relaciones con la banca podría afirmarse que lesiona a su vez el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias. Es por ejemplo en las regulaciones emitidas por el Banco Central de Venezuela, la cual supone el débito de bolívares de las instituciones financieras para la adquisición

⁴³ Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Art. 2, N° 14.

de las divisas que de forma imperativa están obligados a adquirir del Banco Central de Venezuela. La expresión “automática” a la que hacen referencia las Resoluciones, supone que el Banco Central de Venezuela procedería a realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista el consentimiento de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes. De modo que no se trata realmente de una operación de compraventa, pues no existe realmente el consentimiento de la institución bancaria para esta operación, además la Ley del Banco Central de Venezuela, no contempla en ninguno de sus artículos la posibilidad de que él como órgano, sin el consentimiento de las instituciones bancarias efectúe débitos “automáticos” de la cuenta única que mantienen en el Banco Central de Venezuela, justificadas en supuestas operaciones de compraventa de moneda extranjera, ya que restringe por no decir elimina la posibilidad de negociar, comerciar y decidir si se lleva a cabo la compra de moneda extranjera, esta debería ser una decisión que le corresponda tomar a las instituciones bancarias, siendo ello un atributo de su libertad económica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁴⁴

Aunque es cierto, que la regulación y supervisión en la actividad bancaria se materializa a través del establecimiento de importantes limitaciones al ejercicio al derecho a la libertad económica de los sujetos que participan en ese sector económico, de acuerdo al artículo de la Carta Magna anteriormente mencionado, así como el reconocimiento de potestades administrativas al ente regulador que le permitan garantizar el funcionamiento de dicha actividad, al tratarse de un ordenamiento jurídico sectorial, la imposición de estas limitaciones debe provenir de la Ley, respetando así el principio de la reserva legal prevista en el artículo en cuestión, mediante limitaciones racionales, proporcionales y legítimas, nunca de forma absoluta o ilimitada, sino que deben ajustarse a los principios básicos de la competencia y el procedimiento en el ejercicio de la función propia de la Administración Pública y con el límite preciso del respeto de las garantías que protegen la libertad económica.

Así, cualquier limitación de la libertad económica debe hacerse atendiendo al principio del *favor libertatis*⁴⁵ que rige en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual la Administración no puede obligar a los particulares a hacer lo que no mande la ley, o prohibirle lo que ella expresamente no prohíba.⁴⁶

⁴⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999, 30 de diciembre). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No 36.860. [Extraordinaria], marzo 24, 2000. Artículo 112.

⁴⁵ El favor Libertatis es un principio que se vincula con los derechos de la persona humana, su libertad, dignidad e igualdad dentro de la esfera constitucional. Heriberto Araúz Sánchez, Ratio Legis, Junio 2021.

⁴⁶ CASSAGNE, JUAN CARLOS, La Intervención Administrativa, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

No cabe duda de que en este ejemplo, que la medida de intervención cambiaría que supone realizar débitos automáticos por concepto de compraventa de divisas sin el consentimiento de las instituciones del sector bancario, incide directamente sobre uno de los atributos de la libertad económica, como es la libertad de disposición del patrimonio del banco y de decidir conforme a sus políticas en qué bienes invertir para contribuir con la solidez y la adopción de sus políticas internas dentro del marco regulatorio legalmente establecido para ello.⁴⁷

En este sentido el artículo 3 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁴⁸ señala en cuanto a las instituciones bancarias de carácter privado que cuentan con la protección del Estado para que puedan llegar a ser promovidas y desarrollarse libremente, mientras que este sólo realiza la función de supervisar su funcionamiento.

El profesor Víctor Hernández-Mendible⁴⁹ expone que la libertad de empresa no es un derecho absoluto, por cuanto constituye un derecho sometido a las limitaciones que impone la Constitución y la ley en el margen de economía social del mercado. De este modo, se pone en evidencia la limitante que existe en sentido constitucional en lo correspondiente a la libertad de empresa, pues estas recaen por razón de utilidad pública o interés social.

En este orden de ideas, el Dr. Brewer Carias⁵⁰ en relación a estas limitaciones da el ejemplo de la reserva legal como medio de control sobre ciertas áreas estratégicas o que por razones de seguridad deben ser exclusivas del Estado. Utiliza como ejemplo la posesión y el uso de armas de guerra, y también a la reserva de someter a las limitaciones legales la fabricación, comercio, posesión y uso de otras armas.

Así, el Tribunal Supremo de Justicia⁵¹ ha relativizado el derecho a la libertad de empresas señalando que:

“En tal sentido, esta sala ha señalado, que dicho principio de libertad económica, no debe ser entendido como un derecho que este consagrado en términos absolutos, sino que el mismo puede ser susceptible de ciertas limitaciones, siendo que estas pueden venir dadas tanto por la Constitución, como por la ley o por manifestaciones provenientes de la administración, las cuales, previa sujeción al principio de legalidad, pueden regular, limitar y controlar las actividades económicas que desempeñen los particulares.”

⁴⁷ Revista de la Facultad de Derecho N° 75. 2020-2021 ISSN: 2790-5152

⁴⁸ Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Artículo 3.

⁴⁹ MENDIBLE V. 2005. Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

⁵⁰ BREWER, Allan. 2004. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo

⁵¹ Sentencia No. 4957 de fecha 15/12/2005

A los elementos expuestos, se le suma el carácter mixto de la economía venezolana, por lo cual el Estado puede intervenir a la hora de regular el sistema económico, para así lograr salvaguardar la infraestructura de algunos sectores de la economía nacional. Para proteger la institución bancaria que corran el riesgo de ser liquidada, para proteger los intereses de los particulares.⁵²

Del mismo modo, se debe tomar en cuenta que, en Venezuela, los bancos se encuentran constituidos como sociedades anónimas que operan en forma de empresa realizando diversas operaciones bancarias, pero todas estas empresas tienen como finalidad la prestación de un servicio público.⁵³

La Ley en cuestión explica que la actividad desempeñada por las instituciones del sector bancario tiene el carácter de un servicio público y es por esta razón que se justifica que dichas actividades queden mayormente limitadas por la regulación del Estado, tomando en consideración la obligación por parte del Estado de proveer los servicios públicos permanentemente y de manera continua en el tiempo.

Así otra parte de la doctrina señala que dada la importancia del sector bancario dentro del ámbito nacional como elemento que integra el Sistema Financiero Nacional, es natural pensar en la necesidad de ser regulado cuidadosamente por los órganos del Estado, pero la insuficiencia en la legislación respectiva así como la ambigüedad y vaguedad que desprende el texto normativo pueden ocasionar una limitación a la libertad de empresa de los miembros de las distintas instituciones financieras, que va más allá de la limitación a la propiedad privada y al ejercicio de la actividad económica de su preferencia.

Por otra parte, algunos autores plantean que al contrastar estas hipótesis con la realidad política, económica y social en Venezuela se podría llegar a argumentar que el régimen socioeconómico de la República puede encontrarse ante una serie de cambios radicales que vayan a afectar el régimen constitucional y jurídico con la finalidad de moldearlo de una manera que se pueda implementar un monopolio público nacional donde la banca privada sea estatizada a través de intervenciones administrativas de carácter especial, lo cual no solo afectaría el derecho a libertad de empresa de los empresarios del sector bancario sino que constituiría un monopolio de carácter público contrario al principio antimonopolio consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵² Artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

⁵³ Artículo 8 de la ley de instituciones del sector bancario (2014)

4. *¿Fintech y los Smart Contracts el futuro de la banca? ¿Cómo es su regulación?*

Por otra parte, es importante tener en consideración que la relación entre el derecho, las empresas financieras y la tecnología ha cambiado para siempre, transformando la forma en la que las personas se relacionan con el dinero en su vida cotidiana. Así, la compra de productos, el pago de facturas y las transferencias se llevan a cabo a través de productos y servicios cada vez más innovadores. Pero ¿Qué es Fintech? Y ¿Cómo afecta la implementación de estas tecnologías y la creación de estas nuevas figuras jurídicas en la regulación contractual existente entre el Estado y la banca? Es de considerar que este es un sector integrado por empresas que utilizan la tecnología para mejorar o automatizar los servicios y procesos financieros. El término fintech hace referencia a un sector en rápido crecimiento que se orienta a los intereses de los consumidores y a las empresas.

Desde la banca móvil a las compañías de seguros, pasando por las aplicaciones de inversión, la tecnología financiera se ha convertido en una industria enorme que seguirá aumentando en los próximos años según diferentes informes, que aseguran que el apoyo y adopción de esta tecnología por parte de los bancos tradicionales será decisivo, ya sea adquiriéndolas o asociándose con el objetivo de lograr, por fin, la mentalidad digital que necesitan para que sus empresas sigan siendo viables.

La Resolución n.º 001.21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario⁵⁴ define legalmente el vocablo *fintech* traducido en español como Tecnología Financiera, es definido en la norma como “soluciones financieras propiciadas por la tecnología, que involucra a todas aquellas empresas de servicios financieros que utilizan procesos y sistemas tecnológicos de avanzada para poder ofrecer productos y servicios financieros innovadores bajo nuevos modelos de negocio.” En este sentido, la comunidad financiera internacional reconoce precisamente en la definición de fintech, el elemento de innovación, y con ello acoge lo apuntado por el *Financial Stability Board*⁵⁵ que indica que tal carácter innovador en el campo financiero daría lugar a nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos con consecuencias materiales en los mercados, instituciones financieras y en la prestación de servicios financieros.

⁵⁴ Gaceta Oficial N° 42.162 del 6 de julio de 2021 se publicó la reimpresión de la Resolución N° 001- 21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). Artículo 3, numeral 8.

⁵⁵ Financial Stability Board, *Financial Stability Implications from Fintech, Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention*, 2017.

Estas tecnologías ofrecen soluciones para empresas, empresarios, usuarios y consumidores, permitiendo el uso de medios financieros alternativos para facilitar operaciones tradicionales como, por ejemplo: la apertura de cuentas, contratación, de productos bancarios y financieros, pagos en línea, apertura de líneas de crédito para el financiamiento, transferencias interbancarias, por una parte, además de permitir el desarrollo de otros productos tecnológicos.

Esta resolución marca un diferencial entre las instituciones bancarias tradicionales y las instituciones de tecnología financiera, siendo así diferente su regulación, en este sentido, las primeras estarían sujetos a un proceso de autorización dispuesto y desarrollado en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, mientras que los segundos, estarán sujetos al régimen especial contemplado y regulado por medio de la Resolución n.º 001.21 antes mencionada, cuyas actividades estarían enmarcadas “en operaciones de tecnología financiera para las instituciones del sector bancario”, recién denominadas ITFB, quienes a su vez serán reguladas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de Venezuela y el *Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional*, sin embargo, también se relaciona su regulación con las normas dictadas por el Banco Central de Venezuela, todo ello sin menoscabo de las normas mercantiles y especiales que pudieran ser aplicables en razón de la materia.

Esta norma tiene por objeto reglamentar la industria de las tecnologías financieras tanto en su organización, actividad y prestación de servicios, así como busca garantizar la protección de los datos y cuentas de los usuarios. Un aspecto significativo de esta norma es la prevención de operaciones para la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Por su parte, los contratos inteligentes o Smart Contracts de blockchain surgen como un concepto revolucionario en diversos sectores. Estos son contratos autoejecutables en los que los términos del acuerdo están incrustados directamente en el código. La aplicación más común utilizada para los contratos inteligentes se encuentra en el ámbito de las criptomonedas, donde automatizan transacciones complejas y potencian aplicaciones descentralizadas. Aunque el concepto de contrato inteligente puede parecer abstracto, su impacto potencial es tangible y significativo. Se proyecta que para 2032, el mercado de los contratos inteligentes alcanzará un valor impresionante de \$1,514 millones.

En las soluciones de Fintech y banca, los contratos inteligentes sirven como una herramienta indispensable en diversos flujos de trabajo y operaciones financieras. El uso de contratos inteligentes ayuda a automatizar procesos complejos de documentación y verificación que tradicionalmente se encuentran en las finanzas, simplificando

así los procedimientos mediante la automatización del seguimiento de desembolsos y pagos. Los contratos inteligentes también facilitan la verificación de identidad y aceleran las transacciones transfronterizas y de persona a persona. Además, estos casos de uso de contratos inteligentes han sido fundamentales en el auge de las finanzas descentralizadas (DeFi⁵⁶). Estos respaldan los protocolos DeFi, permitiendo el préstamo directo de persona a persona y el intercambio de tokens en intercambios descentralizados. También permiten la agricultura de rendimiento, automatizando el proceso de recompensa a los proveedores de liquidez⁵⁷.

El Abogado Álvaro Herra-Morales⁵⁸ señala que: *“La estructura básica de un contrato inteligente es la estructura de control condicional; donde se permite bifurcar la ejecución de un programa en base a una condición. La lógica es tan simple como programar una instrucción autónoma donde; si ocurre (x) haz (z); y si no ocurre haz (w); resultando en un acuerdo virtual blindado, donde verificada la condición, se ejecutará automáticamente el cumplimiento de la obligación, sin posibilidad de fraude.*

Entre las aplicaciones de uso cotidiano en Venezuela, podemos encontrar algunos visos de Contratos Inteligentes en el sistema de PayPal, por ejemplo, donde actualmente utilizan los denominados contrato de depósito, a través de los cuales un intermediario conocido como agente de depósito en garantía audita el cumplimiento de ciertas condiciones pactadas en el contrato para activar, en su caso, los protocolos que permitan efectuar esa transacción.”

Estas tecnologías han logrado un protagonismo importante a nivel global en los últimos años y en Venezuela, a pesar de ser bastante recientes, las Fintech y los Smart Contracts, están creciendo rápidamente; cada vez con mayor intensidad, la industria y sociedad venezolana aprovechan estas tecnologías debido a su gran facilidad de acceso y uso. Ahora bien, debido a la corta data del desarrollo en la utilización de estas tecnologías en nuestro país, aún hay mucha incertidumbre sobre su regulación, causando que sean más propensas a cambios legislativos y regulatorios. Hechos que podrían vulnerar o no la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación digital.

⁵⁶ Las finanzas descentralizadas (DeFi, como suele llamárselas en inglés) son una alternativa. Usan redes públicas de cadenas de bloques para realizar transacciones sin depender de proveedores de servicios centralizados como custodios, cámaras de compensación o depositarios.

⁵⁷ <https://iccsi.com.ar/contratos-inteligentes-en-venezuela/?shared=false>

⁵⁸ <https://www.linkedin.com/pulse/contratos-inteligentes-una-nueva-era-para-la-legal-herrera-morales/>

A pesar de su novedad y alto grado de regulación es indudable que estas tecnologías representan la nueva era de la industria financiera, estas resultan extremadamente ventajosas para las empresas de servicios financieros que deseen aplicarlas, reduciendo costos de personal y operatividad y agregando alternativas para la optimización de servicios, convirtiéndose en casi obligatorias para aquellas empresas que quieran potenciar su crecimiento y expansión en este nuevo auge de las tecnologías financieras⁵⁹.

CONCLUSIÓN

A lo largo de la historia desde los romanos, hasta la actualidad, la naturaleza jurídica del contrato ha estado inherentemente unida a la autonomía de la voluntad de las partes, siendo este uno de sus elementos más relevantes, pues, en esencia, el fundamento obligatorio del contrato radicaría en la voluntad de las partes, con énfasis en la idea de la confianza que se genera en la contraparte, así, creen en que ambos cumplirán sus obligaciones de manera libre y voluntaria.

En Venezuela, aunque existe cierta libertad para establecer cláusulas y condiciones en los contratos bancarios, las normas y regulaciones venezolanas influyen significativamente en su contenido y alcance. Actualmente en la práctica que se tiene sobre las instituciones del sector bancario en Venezuela, se observa que estamos frente a un supuesto en el que se encuentran en conflicto las libertades individuales y las potestades estatales para intervenir en la esfera económica de los particulares, es por ejemplo en el marco de las operaciones de intervención cambiaria donde no se le da prevalencia a la libertad económica, desde que se efectúan las operaciones, sin tomar en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, las leyes venezolanas le otorgan a la actividad bancaria la condición de servicio público, es decir, una actividad que el Estado debe proveer de forma continua en el tiempo con la finalidad de satisfacer un interés colectivo, dada la importancia del sector bancario dentro del ámbito nacional como elemento que integra el Sistema Financiero Nacional, justificando así el intervencionismo del Estado en la relación entre la banca y los particulares. Sin embargo, creemos pertinente recordar que también es una actividad ejecutada por un sector privado con una importancia significativa, y que, del mismo modo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra el derecho a la libertad de empresa en su artículo 112, concatenado con su artículo 299 que establece el régimen socioeconómico de la nación como un Estado social de derecho.

⁵⁹ Las Fintech para empresarios y su regulación en Venezuela. PwC, Abg. Héctor Battistel.

Ahora bien, aunque las partes tienen el poder subjetivo de ejercer la libre autonomía de la voluntad para decidir si se contrata o no, de aceptar o rechazar una oferta o un conjunto de condiciones, en el plano de la posterior aceptación, donde se ha materializado el contrato, es donde toma relevancia la otra vertiente de la autonomía de la voluntad, es decir, una vez que ambas partes se han adherido al contrato, como garantía del cumplimiento posterior de ese acuerdo, se somete a una tercera voluntad, la del Estado, que participa limitando justificadamente ese poder subjetivo.

Sin embargo, también existen casos, donde el banco no puede elegir o elaborar el contenido del contrato, debiendo manifestar a sus clientes que deben sujetarse a lo dispuesto por el Estado, cuando actúa con la intención de moderar o controlar el contenido.

Es por ejemplo aquellos casos en los que existen modelos contractuales elaborados por el banco, como los formularios para afiliación de cuenta corriente o tarjetas de crédito, que deben someterse a revisión y aprobación de la SUDEBAN, o cuando el contrato debe ir redactado por cláusulas predisuestas en modelos contractuales confeccionados por un órgano competente, como el BANAVIH, en el otorgamiento de créditos hipotecarios, que son insustituibles e inmodificables, entre otros.

En estos casos, no caben dudas de que las situaciones antes descritas, representan las restricciones a la libre autonomía de la voluntad de los bancos y sus clientes, siendo sustituida por un resignado sometimiento de la voluntad ajena del Estado que participa en esta relación.

Es claro, que el Estado venezolano limita la autonomía de la voluntad cuando somete a los bancos al control de los órganos rectores de la actividad financiera, revestidos de cuerpos normativos que dirigen el control y vigilancia en las relaciones que derivan entre los bancos y otras instituciones financieras con los particulares, con el propósito de brindar una seguridad jurídica extrema. Es así como se manifiestan las restricciones en el carácter volitivo, quedando condicionado, como consecuencia de preservar la buena fe y el orden público, fundamentado en el Estado Social de Derecho, garantizado mediante normas imperativas de orden público.

En este sentido, el Doctor Maduro Luyando⁶⁰, sostiene que los efectos de la autonomía de la voluntad no tienen ni pueden poseer un alcance y aplicación absoluta, cuando el Estado interviene, normando, moderando y regulando la voluntad de las partes, precisamente en los contratos bancarios, por considerarlos materia de orden público, ya que está involucrado como se ha venido explicando el orden público y las buenas costumbres.

⁶⁰ "Limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad"(1989).

Asimismo, dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el Código Civil consagra en su artículo 6, de modo general, un mandato o control que analíticamente se extiende a la autonomía de la voluntad en la relación contractual de los bancos por estar sometidos a leyes de interés público, cuando describe: *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*.

Es por ello, que el ordenamiento jurídico venezolano cuenta con normas que consolidan lo previsto en el artículo comentado, por cuanto el mismo Estado se ha encargado de participar necesariamente en el desarrollo de los contratos bancarios, mediante el control de contenidos de los mismos, quedando así, como se ha venido explicando, limitada a veces en gran medida la libre autonomía de la voluntad.

Lo que hace necesario darle a cada rama su importancia y significancia en el derecho, mantener sus diferencias sustantivas y adjetivas claras para su correcta aplicación en el mundo concreto, respetando siempre la autonomía de la voluntad y ponderar el grado de regulación estatal. De tal modo que, aunque se puede evidenciar el deber del Estado a proteger y promover las actividades económicas de los particulares, también es importante delimitar de manera clara y concisa los límites de los derechos de los ciudadanos y del Estado en cuanto a su intervención en las actividades netamente económicas.

Más aún en la actualidad, situación en la que las instituciones públicas y privadas del sector bancario se ven en la necesidad imperante de adaptarse a las nuevas formas y modelos de contratación pues es claro que el mundo está experimentando una transformación significativa debido a la creciente demanda de servicios financieros en línea nuevas tecnologías.

Venezuela no escapa de ello, y aunque la banca ha venido siguiendo esta tendencia a la digitalización de sus servicios, donde se observa un crecimiento de ofertas de servicios de pago y compras gestionados por terceros, buscando aprovechar el incremento en moneda extranjera que se encuentra en circulación en efectivo, el alto volumen de remesas y el incremento de penetración de celulares inteligentes, empleando poco a poco los nuevos Smart Contracts.

La regulación Estatal se ha hecho presente, así, la Resolución 001.21, emitida por la SUDEBAN, establece las normas y regulaciones que rigen el uso de las ITFB y los servicios ofrecidos a través de la banca electrónica, estableciendo los requisitos para la creación y operación de las ITFB, así como las obligaciones y responsabilidades que deben cumplir. También se establecen las medidas de protección para los clientes, incluyendo la protección de datos personales y financieros. En general, la tecnología financiera es una tendencia en constante evolución que está cambiando la forma en que las empresas y los consumidores interactúan entre sí y con el mundo que les rodea.

Hecho que ha nuestro criterio no esta mal, el Estado debe fungir como un tercero imparcial en pro de velar por el débil jurídico, pero en ningún caso ejercer su poder desmedidamente, a tal punto que invierta los roles, y quien antes era el que representaba al fuerte de la relación contractual, pase a tal grado de subyugación que invierta totalmente los roles. Es necesario a nuestro pensar mantener un equilibrio, velando sí por el orden público, pero respetando la autonomía del hombre y su capacidad negocial. Creemos que es necesario la unificación normativa a través de una ley orgánica que recoja normas que protejan y velen por todos los actores de las relaciones contractuales con la banca.

BIBLIOGRAFÍA

- MENDIBLE V. 2005. Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- BREWER, Allan. 2004. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- MELICH ORSINI, José: “Las Particularidades del Contrato con Consumidores”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93- 95.
- KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia Nª N°4957 de fecha 15 de diciembre de 2005. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/4957-151205-05-1640%20.HTM>.
- Asamblea Nacional Constituyente. 1999 Constitución República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453.
- Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Art. 2, N° 14.
- Código Civil de Venezuela Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Gaceta Oficial N° 42.162 del 6 de julio de 2021 se publicó la reimpresión de la Resolución N° 001- 21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). Artículo 3, numeral 8.
- Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de 6 de julio de 2021 (reimpresión).

Financial Stability Board, Financial Stability Implications from Fintech, Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention, 2017, disponible en: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf>

Revista de la Facultad de Derecho N° 75. 2020-2021 ISSN: 2790-5152

Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Artículo 3.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, La Intervención Administrativa, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

Sentencia No. 4957 de fecha 15/12/2005

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Gaceta Oficial número 37.930, 4 de mayo de 2004.

Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

Alfredo Morles Hernandez, la Banca en Venezuela, artículo de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Raymond Saleilles (1855-1912), la declaration de volonté, 1901.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op, cit., p.5.

Sanchez Medal Ramón, cita a Messineo, Saleilles y Josserand en De los civiles, 8va, ed., Edit. Porrúa, México, 1986, p.3.

Esborraz, 2008, pp. 237–283; Guzmán Brito, 2006, pp. 73–134.

La ética como brújula: Hacia un gobierno corporativo responsable

Alejandro Ramírez Padrón*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 253-267

Resumen: En la actualidad, donde la ética es cada vez más valorada por los consumidores, inversores y empleados, la implementación de una cultura ética robusta como parte de un programa de Buen Gobierno Corporativo se hace fundamental para el éxito empresarial. Es así como el presente artículo se propone una aproximación a la noción de integridad, para luego profundizar tanto en estrategias de aplicación como en la importancia de su medición y seguimiento a través indicadores adecuados.

Palabras clave: Buen Gobierno Corporativo, Ética, Compromiso Gerencial, Indicador Clave de Desempeño.

Ethics as a Compass: Towards Responsible Corporate Governance

Abstract: Nowadays, where ethics is increasingly valued by consumers, investors and employees, the implementation of a robust ethical culture as part of a good corporate governance program is essential for business success. Thus, this article proposes an approach to the notion of integrity, and then delves into both implementation strategies and the importance of measuring and monitoring them with appropriate indicators.

Keywords: Corporate Governance, Ethics, Management Commitment, Key Performance Indicator.

Recibido: 2/4/2024
Aprobado: 27/5/2024

* Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

La ética como brújula: Hacia un gobierno corporativo responsable

Alejandro Ramírez Padrón*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 253-267

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Aproximación a la noción de integridad y Buen Gobierno Corporativo. 2. Estrategias para la creación de una cultura ética corporativa. 2.1. Definir y comunicar una política clara de integridad que refleje los valores y expectativas reales de la organización. 2.2. Involucrar y comprometer a la alta gerencia con el desarrollo ético de la organización. 2.3. Capacitar constantemente a la organización sobre asuntos éticos relevantes para el desarrollo de sus diversas actividades. 2.4. Desarrollar esquemas de incentivos para los miembros de la organización que generen incidencia en la construcción de una cultura de integridad. 2.5. Fomentar la transparencia y confianza interna. 2.6. Implementar canales de denuncia interna que sean efectivos, confiables y de fácil acceso para colaboradores y proveedores. Importancia de la medición y el seguimiento continuo.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la era de la información, donde la transparencia y la responsabilidad son valores cada vez más exigidos por los consumidores, las empresas se encuentran a diario en una encrucijada con importantes decisiones a tomar.

Mucho más cuando la historia ha demostrado que los constantes escándalos éticos que salpican a las organizaciones, concluyen erosionando la confianza del público en general, impactando directamente las decisiones de compra e inversión. Sin dejar a un lado su influencia negativa en la satisfacción de los colaboradores y en la creación de ambientes de trabajo productivos.

Las nuevas generaciones, en particular, se han convertido en agentes de cambio, demandando un mayor compromiso ético por parte de las organizaciones con las que interactúan. Apuestan por marcas que reflejen sus valores y que se comporten de manera correcta, tanto en el ámbito social como ambiental.

* Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

Es bajo este contexto que la integridad o ética corporativa se erige como una brújula que debe guiar a las empresas hacia la construcción de una identidad y un gobierno corporativo responsable. No bastando con el mero cumplimiento de ley, sino incluso siendo necesario adoptar lineamientos claros de cultura organizacional basados en valores como la transparencia, honestidad, responsabilidad y respeto.

Siguiendo esta premisa, el presente artículo persigue adentrarse en la noción de integridad o ética corporativa, así como su importancia en la construcción de un buen gobierno corporativo, para luego formular algunas estrategias y buenas prácticas que en la generalidad de los casos permiten potenciar el desarrollo organizacional hacia ambientes íntegros.

Finalmente, una vez implementado el proceso, resulta necesario darle seguimiento a los fines de ir optimizando sobre la marcha y haciendo los arreglos requeridos. Es por eso que resulta preciso definir indicadores claves que permitan evaluar el estado actual de la compañía de manera constante y en directo, siendo este asunto a lo que se dedicará el último capítulo.

1. Aproximación a la noción de integridad y Buen Gobierno Corporativo

Resulta común hablar de un *ambiente íntegro* para toda la compañía, sin embargo, la primera pregunta que viene a la mente es ¿Qué entendemos por ambiente íntegro?

Para Charles Marshall —citado por Jesús Villegas— “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”¹.

En sintonía con ello, la definición lexicológica que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española sobre “íntegro” es: “2. adj. Dicho de una persona: Recta, proba, intachable”².

Otros hacen mención a la integridad como aquel rasgo humano referido a la consistencia o coherencia moral, la transparencia y honestidad. Mientras que algunos lo analizan desde la óptica del principio de buena fe.

¹ Jesús A. Villegas Ruiz, *Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa* (Caracas: ACPS, 2022), 128.

² Diccionario de la Real Academia Española sobre “íntegro”: <https://dle.rae.es/%C3%ADntegro?m=form> (Última consulta: 27/01/24).

Al mismo tiempo, de la integridad se erige la idea de cultura de integridad o cultura ética corporativa, siendo este último el cúmulo de saberes, recomendaciones y buenas prácticas que buscan orientar a la organización —dentro del marco de sus propios valores— a la consecución de una conducta recta, proba e intachable mientras que ejecuta su actividad por la cual fue creada.

Bajo esta idea es comprensible la importancia de una conducta recta, proba e intachable para las organizaciones puesto a que permite prevenir numerosos riesgos de distinta índole, por ejemplo, riesgos financieros, políticos, reputacionales y jurídicos.

Un escándalo ético puede cortar la posibilidad de acceder a crédito, disminuir el número de ventas y comprometer el flujo de caja (liquidez de la compañía), producir un rechazo por los consumidores e inversionistas en el acceso a algún mercado, causar pérdida considerable del *market share*, causar pérdida de la estima o valoración de marcas, conducir a la remoción de autorizaciones o licencias, generar sanciones, multas y penalidades, etc.

Este es el punto de encuentro entre la integridad, vista en un entorno corporativo, con el denominado buen gobierno corporativo. En la medida de que una conducta íntegra contribuye a gestionar o mitigar los riesgos a los que se exponen diariamente los accionistas, la junta directiva, los gerentes y toda la organización.

Consiste en un asunto relevante para el buen gobierno corporativo ya que tomarlo en cuenta permite el diseño de procesos, prácticas y controles que orienten las decisiones hacia los objetivos a largo plazo de la organización.

De esta forma la empresa podrá ser responsable con las conductas cometidas por ella y por sus colaboradores. Respetando el impacto que tienen en la comunidad —como un actor más de la sociedad que terminan siendo— y transformándolo en algo positivo. Al igual que detrás de ello, se encuentra un incentivo comercial ya que las personas se encuentran atraídas por las empresas responsables, apreciando que es un valor agregado que les ofrecen en la experiencia de compra.

No basta cumplir con las normas, es necesario hacer las cosas de manera correcta y midiendo las consecuencias de nuestros actos. Cuestión que no es nada fácil en un mundo que se renueva tan rápido y en donde la tecnología y las maneras en que nos relacionamos están en constante evolución.

2. Estrategias para la creación de una cultura ética corporativa

2.1. Definir y comunicar una política clara de integridad que refleje los valores y expectativas reales de la organización

Resulta primordial empezar por definir cuál va a ser la política de integridad que adopte la empresa, la cual no será igual para todas las organizaciones puesto a que siempre debe partir de los valores propios que identifiquen a la misma o sus marcas. Por ello, se recomienda partir de la pregunta ¿Qué valores deseamos identifiquen a la organización? Y desde ahí desarrollar una política de cultura corporativa.

Es necesario entender que la noción de organización se encuentra vinculada al concepto de valores compartidos. Una organización implica un conjunto de personas que atienden a objetivos, normas y valores comunes, que por consecuencia se erige un aparataje de cargos y funciones a los fines de alcanzar los resultados esperados.

De igual manera, la idea de organización entraña un carácter de instrumentalidad. La organización no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para alcanzar el fin. Esto nos permite definir a la organización y los fines-valores que persigue, dándonos la posibilidad de hacer diseño organizacional. Asimismo, podemos decir que es un instrumento creado y constituido por humanos, lo cual hace retener un cúmulo de expectativas a satisfacer y alinear, siendo los valores una expectativa más a cumplir que debe ser común para el buen funcionamiento de la entidad.

Esto se debe a que la cultura corporativa es en esencia un proceso de adopción de buenas prácticas y valores éticos. Los cuales generalmente son recogidos en un código de conducta que viene a regir a la organización y sus relaciones, sin embargo, no es la única forma en que se expresa, pero sí la más común.

El sentido de que se plasme en un instrumento escrito no es más que ofrecer claridad, certeza y previsibilidad a todos, atributos que favorecen enormemente las posibilidades de que sea cumplido ya que estimulan su conocimiento por los distintos miembros que la integran.

Al definir la política de integridad es relevante considerar a todos los actores que hacen vida en/con la organización. Esto va desde los colaboradores hasta los proveedores externos. En cuanto a la técnica de redacción, se puede optar por regular a los proveedores y colaboradores en un instrumento único o hacerlo a través de instrumentos separados. La decisión de qué estrategia se tome puede variar según cada caso en concreto, pero lo realmente significativo es que exista el instrumento y sea conocible.

Una vez definido los valores y las políticas a través de un instrumento escrito, es importante plantearse estrategias de comunicación interna de cuáles son las políticas

y los valores que sostienen e impulsan la empresa. Esto debido a que por medio de la comunicación y otros elementos, podemos garantizar que la política se cumpla en toda la organización, desde sus eslabones más altos hasta los más bajos, y que en caso de incumplirse, se tomen las medidas pertinentes para corregir o expulsar de la organización a la persona que no esté alineada.

Un reto común son las empresas trasnacionales en donde la estrategia de comunicación debe atender a las particularidades de sus filiales y/o sucursales, no obstante, la imposición de la cultura corporativa es una realidad del negocio que debe ser transmitida no como obligación sino como forma de hacer negocios, la que toma la organización³.

Además de ser comunicado en toda la organización y relacionados, es fundamental que el contenido del código sea posible, autosuficiente, relevante y carente de ambigüedades para que pueda ser de utilidad.

Con posible nos referimos a que sea cumplible o realista, no podemos exigirle a alguien algo que no es posible de realizar, si lo hacemos perdemos la posibilidad de éxito del código en su totalidad al perder la seriedad y confianza desde el sujeto llamado a cumplir con la autoregulación.

Con autosuficiente nos referimos a que debe bastar consigo mismo, es decir, el lector que lo tenga en sus manos no debe tener que dirigirse a otros instrumentos, sino que debe encontrar todo lo necesario en uno mismo. Es decir, evitar las remisiones a otros textos. Esto permite celeridad y estimula la concentración del sujeto llamado a cumplir.

Con relevante nos referimos a que debe ser de interés e importancia en el día a día de la organización, adaptado a la misma y enfocado en los problemas reales que la acontecen para que pueda ser valorado como práctico. Asimismo, es recomendable que fije estándares éticos para todas las áreas y que esto se vaya revisando-actualizando constantemente, debido a que la comprensión del cambio es una auténtica necesidad de los negocios hoy en día.

Al mismo tiempo, con carente de ambigüedades nos referimos a que su redacción debe ser clara y precisar para así aportar soluciones, no mayores dudas. Debe poseer normas y estándares de aplicación claros.

³ Jesús A. Villegas Ruiz, *Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa* (Caracas: ACPS, 2022), 446.

2.2. Involucrar y comprometer a la alta gerencia con el desarrollo ético de la organización

Uno de los elementos más importantes es involucrar y comprometer a la alta gerencia con esta misión organizacional. Esto quiere decir que la gerencia comunique y respalde de manera activa los valores de la compañía que se encuentran previamente definidos.

Generalmente la alta gerencia debe ser integrada por los líderes de la organización y de esa forma gozar de visibilidad, muchas veces de admiración. Esto nos permite modelar la conducta de los subordinados desde la pedagogía del ejemplo. Mal puede la gerencia exigir un comportamiento ético a sus supervisados cuando ella desde su posición de líder no lo demuestra.

Ahora bien, el compromiso gerencial para que sea claro, real y contundente, abarca mucho más que educar con el ejemplo, concretamente: i. La creación de un programa de ética escrito⁴, ii. Destinar recursos humanos y económicos suficientes para el desarrollo ético corporativo, iii. Participación activa y constante de la gerencia en su difusión, iv. Impulso y colaboración desde los accionistas, junta directiva y gerencia, y v. Monitoreo constante de los KPIs éticos de la empresa a los fines de generar correctivos.

Esto implica que la gerencia lo asuma como parte de su rutina, no como una actividad ocasional cada cierto tiempo. El compromiso ético es a diario, porque los retos o dilemas también se presentan de manera diaria. En el campo de la ética, la falta de constancia se traduce en el fracaso rotundo de la cultura corporativa.

Por lo anterior es menester prestar atención a la actitud de la alta gerencia, quienes deben ser coherentes con el programa ética y sus valores. Deben mantener una actitud de respeto, seriedad y atención a los problemas, es decir, no se debe tener una actitud vacilante ante el mismo puesto a que transmite un mensaje equivocado al resto de la entidad.

La participación activa puede incluir que estos personajes quienes representen un rol de liderazgo dentro de la organización, formen parte de campañas corporativas (comunicaciones internas) que lleven a inspirar y generar valor respecto a la manera correcta de comportarse. Vemos algunos ejemplos en que el código de ética es impulsado con afiches en donde aparece el *Chief Executive Officer* o Director Ejecutivo de la empresa. Igualmente, en algunos casos se ha visto como este mismo CEO realiza videos conversando sobre los valores de la organización que luego son enviados a todos sus miembros mediante correo electrónico.

⁴ Ver capítulo 2.1.

Sin embargo, es cierto que no siempre la alta gerencia cuenta con las herramientas para saber comunicarlo. Por ello, es importante destinar tiempo para procesos de capacitación a estas personas de forma que sepan cumplir con el rol al que están llamados desde su posición de poder. Una estrategia común que permite generar compromiso, es hacerles conocer las consecuencias de una conducta no ética, tanto en un plano individual como organizacional, considerando las aspiraciones perseguidas en ambas esferas.

En concomitancia a lo anterior, se ubica la aseveración del profesor Ramón Piñango en el capítulo titulado “Sin compromiso no hay aprendizaje organizacional”: “Porque el cambio puede implicar algún desgarramiento emocional es preciso reflexionar sobre las motivaciones que inducen a las personas a aceptar las exigencias del aprendizaje colectivo orientado a mejorar el desempeño de su organización”⁵.

A lo que complementa diciendo: “De alguna manera, las personas deben sentir algún apego por la organización de la cual forman parte; la organización debe dolerles a tal punto que deseen para ella lo mejor; tanto que estén dispuestas a abandonar, por ejemplo, algún enraizado hábito de conducta porque es necesario incorporar al trabajo nuevas prácticas que mejoren el desempeño de su empresa (...)”⁶.

Asimismo, el profesor Peter Verhezen, desde un ámbito de transformación cultural, nos reafirma que los cambios culturales en una organización se deben a los cambios de comportamiento e implican una dimensión filosófica nueva para la organización⁷. Priorizando objetivos y adaptando procesos al cambio⁸. Es de esta manera que la organización debe impactar también en el colaborador.

Finalmente considerando que el compromiso siempre significará la sinergia entre dos partes, por un lado, la empresa u organización cuyo portavoz será la alta gerencia; y por el otro lado, las personas que la integran y le dan vida. De ambas partes se espera coherencia entre su actuar y el código diseñado, así como colaboración en su ejecución.

⁵ Ramón Piñango, «Aprendizaje organizacional: ¿posibilidad o quimera?», Debates IESA (2004) X-I: 13.

⁶ Ramón Piñango, «Aprendizaje organizacional: ¿posibilidad o quimera?», 13.

⁷ Peter Verhezen, «Giving Voice in a Culture of Silence», *Journal of Business Ethics* (2010) 96: 197.

⁸ Peter Verhezen, «Giving Voice in a Culture of Silence», 197.

2.3. Capacitar constantemente a la organización sobre asuntos éticos relevantes para el desarrollo de sus diversas actividades

La cultura corporativa, al ser una invención humana, es susceptible de ser aprendida. De esa forma es importante que la organización brinde capacitaciones a sus miembros de forma que puedan generar habilidades y conocimientos que guíen su actuar de manera cónsona con los valores de la compañía.

Esta capacitación debe ser constante y no un esfuerzo ocasional si se pretende que tenga éxito. Sumado a que las empresas poseen —a veces más, a veces menos— rotación de personal, por ello no necesariamente el personal que capacitaste a inicios del año termine siendo el personal a finales de año y es trascendental que todo el personal se encuentre capacitado en asuntos éticos desde el rol que cumplen.

El entrenamiento contribuye a la prevención de riesgos pero al mismo tiempo es un gesto de compromiso gerencial⁹. También podemos analizarlo desde una oportunidad de empoderamiento para los miembros de la organización.

Es beneficioso generar canales para interrogantes que surjan en el desempeño de funciones a los fines de evaluar si una conducta va en contra de la ética de la organización¹⁰. Este canal puede ser especializado y separado, o recurridamente se suele manejar al superior jerárquico en organizaciones que no disponen de recursos suficientes para constituir una vía especializada, lo cual es válido y bien estructurado puede ser eficiente.

Es una buena práctica que adicional de las capacitaciones verbales, se incluya material por escrito que pueda ser entregado al colaborador o tercero, permitiendo con un simple vistazo encontrar soluciones. Dígase, por ejemplo: folletos. Hay registros de empresas en Estados Unidos que regalan placas para ser colgadas en el cuello o incorporadas a llaveros que por la parte posterior poseen los valores de la empresa de forma tal que ante cualquier duda siempre consulten si la eventual acción es cónsona con ellos.

⁹ Ver Capítulo 2.2.

¹⁰ Algunas veces se utilizan los mismos canales de denuncia interna.

2.4. Desarrollar esquemas de incentivos para los miembros de la organización que generen incidencia en la construcción de una cultura de integridad

La organización debe incentivar a sus miembros en comportarse de la manera correcta y esto —desde la óptica de la psicología— tiene dos alternativas que no son excluyentes entre sí¹¹: premiar y/o castigar.

Respecto al castigo, la organización debe reprender a quienes incumplan el código de conducta, se recomienda manejar una política de tolerancia cero a los fines de eliminar la impunidad y de esa forma ser contundente en el mensaje que se busca transmitir.

Recordemos que la sanción posee dos fines: A. Que el sancionado no vuelva a cometer la conducta que no es ética (efecto particular), y B. Que el resto de personas no piensen o se atrevan a cometer la conducta que no es ética (efecto general).

Al mismo tiempo se puede conectar las sanciones éticas con sanciones legales, diseñando una línea de acción en consideración de las normativas laborales y contractuales fijadas por el ordenamiento jurídico aplicable y por los contratantes.

La alternativa de premiar, consiste en recompensar a aquellos que cumplen las normas de conducta de la organización pero que adicionalmente generan valor a la misma, que inspiran a sus pares y promueven constantemente una conducta responsable.

Estos incentivos también parten de saber escuchar a los colaboradores, aplicando distintas herramientas como buzones de sugerencias, reuniones específicas, grupos focales o *focus groups*, encuestas de clima organizacional que busquen medir el entorno. Lo más destacable con estas vías de recaudar información es que puedan ser transparente los resultados, el plan de acción al cual se compromete la organización y la divulgación una vez se encuentre solucionado el problema. De lo contrario, perderá confianza y pasará al olvido.

Ahora bien, es una buena práctica que la empresa posean una política de registro de información de estos incentivos y sanciones otorgados a cada individuo. Un registro que sea completo y organizado, así como de las investigaciones que se hayan hecho por motivos éticos, sin importar que no haya arrojado consecuencias en ese momento. Los anglosajones le denominan *record keeping*¹² a este registro y es necesario para otorgar transparencia y objetividad al uso del poder en los niveles más altos de la compañía.

¹¹ Incluso es recomendable que se apliquen las dos.

¹² Considerar que la Internacional Organization for Standardization (ISO) posee guías al respecto que pueden ser de utilidad.

2.5. Fomentar la transparencia y confianza interna

Se vuelve imprescindible en el mundo vigente, que la organización tenga transparencia con sus miembros. Esto impacta positivamente eliminando las sensaciones de desconfianza, inquietud y ansiedad. Así como incentiva de manera exponencial la identidad y compromiso con la organización.

De esta forma se logra un ambiente laboral más productivo y amigable, en donde se mire al resultado sin perder de foco a las personas. Esto se logra brindando información —cuantitativa y cualitativa— sobre el estado de la organización. Que los colaboradores conozcan cuáles son sus objetivos en concreto y a partir de ahí sepan cómo van a valorar o medir su desempeño individual.

2.6. Implementar canales de denuncia interna que sean efectivos, confiables y de fácil acceso para colaboradores y proveedores

A los fines de garantizar el cumplimiento, las empresas deben instaurar canales o vías de denuncia interna donde pongan en conocimiento de la organización cualquier irregularidad relevante en asuntos éticos que se esté cometiendo en la compañía.

Estos canales deben ser efectivos, por tanto, deben crear confianza en los usuarios brindándole opciones de confidencialidad o anonimato si es necesario. Siempre existe la posibilidad de que este canal sea usado de mala fe y con la idea de descalificar o crear rumores de una persona, pero negarse por ese riesgo es un error, ya que los beneficios que otorga son superiores. La solución se encuentra en la capacitación y olfato de la persona que procesa dichas denuncias internas para saber diferenciar cuando es seria y fundada de aquellos casos en que no.

En el caso de anonimato, se recomienda crear vínculos o conexión con el delator a los fines de poder solicitar información de manera posterior, que no se pierda la comunicación. Puede ser gestionado por un ente independiente o por la misma organización, dependerá de los recursos y el criterio gerencial adoptado. Es ideal que sea un ente separado para garantizar independencia e imparcialidad.

El canal puede darse por vías telefónicas, correos electrónicos, mensajería instantánea, buzones, contacto con el superior jerárquico, etc. Más que el medio, importa son las garantías que se ofrecen al denunciante¹³ y el tratamiento que se le dé a la información obtenida.

¹³ Asegurar que no se tomarán represalias sobre el delator, muchas veces llegan a estos canales con miedo temiendo por sus trabajos.

3. Importancia de la medición y el seguimiento continuo

Mucho hay de cierto en la frase atribuida al consultor de negocios y abogado Peter Drucker de que “Lo que no se puede medir, no se puede controlar; lo que no se puede controlar no se puede gestionar; lo que no se puede gestionar no se puede mejorar”.

Y esto por supuesto que aplica a la cultura ética de la organización. Como comentamos a inicios, la cultura ética es un proceso, en donde se adoptan valores y buenas prácticas. Es decir que posee etapas y es siempre mejorable.

Para mejorar y seguir avanzando en la cultura de integridad es necesario conocer cuál es el estatus actual y cómo ha sido anteriormente (histórico). Aquí es importante el diseño de indicadores claves de desempeño, también conocidos como *Key Performance Indicator* (KPI). Los KPI son la medida del rendimiento de un proceso determinado o determinable.

La recomendación es que la organización pueda: i. Definir sus objetivos vinculados a sus valores, ii. Diseñe sus KPI en función de los resultados que prueben la materialización de los objetivos planteados, iii. Plasme dichos indicadores en un *dashboard* o cuadro de mando para que sea apreciable rápidamente el estatus y evolución en periodos de tiempo útiles, y iv. Se procese la información a los fines de generar un plan de acción.

Los anteriores pasos conforman un ciclo que debe repetirse cada cierto tiempo (el que defina la organización) en donde se permita revisar sus valores y la manera en que son medidos, así como sus planes de acción y cuánta efectividad demuestran. Teniendo presente que la organización se encuentra en constante movimiento.

A través de los indicadores podemos medir, por ejemplo, cuál es la percepción de la ética de nuestros colaboradores. También podemos medir la efectividad del canal de denuncia, ejemplo, haciendo encuestas respecto a si los colaboradores conocen de su existencia y cómo usarlo.

Concordando con la afirmación del profesor Piñango en cuanto a que “El aprendizaje organizacional es la progresiva eliminación de errores en los supuestos que orientan el desempeño de una organización”, lo cual es claramente aplicable al aprendizaje ético y la estructura de apoyo que se dispone a su favor.

También se pueden hacer evaluaciones cotidianas a los colaboradores en donde se mida el conocimiento de los valores de la organización. Se puede cuantificar el número de horas dedicadas a la capacitación y cuál es la relación respecto al desempeño de los colaboradores en las pruebas de conocimiento ético y el número de incidentes registradas. En qué tiendas o departamentos es más necesario una capacitación y en

cuáles menos. Segmentar el tipo y número de incidentes o violaciones al código de conducta según la localidad y características definidas.

Los KPIs deben ser probados, con el tiempo suficiente para evaluar su efectividad, y revisados constantemente. No hay proceso que sea perfecto y de esa forma debe estar asiduamente sometido a revisión.

Desde un plano gerencial comúnmente se habla de las siguientes etapas: Diseñar, Probar, Optimizar o Perfeccionar, y Evolucionar o Transformar. De la misma forma se debe considerar que el diseño de los KPIs responde al nivel gerencial en donde se encuentre quién lo va a medir ya que va atado a la relevancia.

Asimismo, para formular un KPI correcto, debemos tener un objetivo bien estructurado, es decir, que sea: específico (s), medible (m), alcanzable (a), relevante (r) y temporal (t)¹⁴. Mientras más detallado sea, será más sencillo de lograr y medir.

Un constante riesgo es querer medir todo, o por el contrario, no disponer de indicadores en absoluto. La organización debe medir necesariamente solo los indicadores que sean significativos para determinar si cumplió o no los objetivos propuestos. Apartándose de los peligros del exceso y del defecto, bajo un criterio de razonabilidad.

CONCLUSIÓN

La ética o integridad es un asunto vital, complejo y práctico que está presente en el día a día de cualquier organización. Es un tema determinante para el éxito, y las consecuencias de actuar de manera no íntegra serán graves.

El buen gobierno corporativo debe considerar la integridad como un elemento fundamental, y la cultura corporativa debe ser un reflejo de los valores internos de la organización. La integridad debe actuar como brújula para un comportamiento correcto, y debe ser desarrollada a través de procesos, herramientas y capacitaciones.

Existen diversas estrategias y herramientas que pueden ayudar a construir una cultura de integridad. Algunas de las más importantes son: A. Definir y comunicar una política clara de integridad que refleje los valores y expectativas reales de la organización; B. Involucrar y comprometer a la alta gerencia con el desarrollo ético de la organización; C. Capacitar constantemente a la organización sobre asuntos éticos relevantes para el desarrollo de sus diversas actividades; D. Desarrollar esquemas de

¹⁴ Lo que se conoce como metodología SMART: Specific, Measurable, Achievable, Relevant, and Timely.

incentivos para los miembros de la organización que generen incidencia en la construcción de una cultura de integridad; E. Fomentar la transparencia y confianza interna; F. Implementar canales de denuncia interna que sean efectivos, confiables y de fácil acceso para colaboradores y proveedores.

Finalmente, es relevante recordar que la construcción de una cultura de integridad es un proceso continuo que debe ser medido y evaluado constantemente con los indicadores adecuados (KPIs). De esta manera, la organización podrá reajustar sus estrategias y adaptarse a las necesidades éticas del presente, gestionando de manera eficaz los riesgos asociados a su actividad y en perfecta armonía con su propia identidad como negocio.

BIBLIOGRAFÍA

- Heineman, Ben W. «Only the Right CEO Can Create a Culture of Integrity». *Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (2013).
- Luijk, Henk J.L. van. «Integrity in the Private, the Public, and the Corporate Domain.» (2004).
- Piñango, Ramón. «Aprendizaje organizacional: ¿posibilidad o quimera?». *Debates IESA* (2004) X-I: 10-13.
- Solomon Jill; Aris Solomon. *Corporate Governance and Accountability*. England: John Wiley & Sons, 2004.
- Verhezen, Peter. «Giving Voice in a Culture of Silence». *Journal of Business Ethics* (2010) 96: 187-206.
- Villegas Ruiz, Jesús A. *Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa*. Caracas: ACPS, 2022.
- Waters, James A.; Bird, Frederick & Chant, Peter D. «Everyday moral issues experienced by managers». *Journal of Business Ethics* (1986) 5(5): 373-384.
- Waters, James A.; Bird, Frederick. «The moral dimension of organizational culture». *Journal of Business Ethics* (1987) 6(1): 15-22.
- Werhane, Patricia H. *Moral Imagination and Management Decision Making*. New York: Oxford University Press, 1999.
- Young, S.B. «Fiduciary Duties as a Helpful Guide to Ethical Decision-Making in Business». *Journal of Business Ethics* (2007) 74: 1-15.

Análisis comparativo entre el artículo 299 del Código de Comercio venezolano y el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo. El potencial desconocimiento de la copropiedad de acciones y un régimen de propiedad paralelo

Gabriel A. Morales S.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 269-277

Resumen: Parece poca cosa el contenido del artículo 299 del Código de Comercio venezolano, sin embargo, en un detenido análisis podemos observar varios supuestos que merecen sin ápice de duda un estudio con un poco más de atención, pues como observaremos en estas notas, no sólo genera incertidumbre acerca de la copropiedad de acciones, sino que pareciera que impone un régimen legal distinto al supuesto de copropiedad frente a la sociedad, desconociendo con ello incluso el *animus societatis*.

Palabras clave: Propiedad, acciones, sociedad.

Comparative Analysis between Article 299 of the Venezuelan Commercial Code and Article 1063 of the Paraguayan Civil Code: The Potential Unawareness of Joint Ownership of Shares and a Parallel Property Regime

Abstract: *The content of Article 299 of the Venezuelan Commercial Code seems to be of little importance, however, in a careful analysis we can observe several assumptions that deserve without a doubt a study with a little more attention, because as we will observe in these notes, it not only generates uncertainty about the co-ownership of shares, but it seems to impose a different legal regime to the assumption of co-ownership against the company, ignoring even the animus societatis.*

Keywords: *Property, company shares, partnership.*

Recibido: 6/5/2024
Aprobado: 31/5/2024

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello.

Análisis comparativo entre el artículo 299 del Código de Comercio venezolano y el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo. El potencial desconocimiento de la copropiedad de acciones y un régimen de propiedad paralelo

Gabriel A. Morales S.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 269-277

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El artículo 299 del Código de Comercio venezolano vs el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo. 2. La copropiedad de las acciones como una manifestación del animus societatis. 3. El desconocimiento de la copropiedad de acciones en el Código de Comercio venezolano.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

El Código de Comercio venezolano, en su artículo 299, se refiere especialmente al supuesto de copropiedad de acciones, estableciendo en este sentido una regulación muy particular frente a la sociedad, lo cual también atañe a los copropietarios del título nominativo como miembros legítimos de la composición accionaria.

Esperamos que nuestra propuesta sea el punto de partida para futuros análisis aún más profundos y especializados, pues observamos en la norma sustantiva venezolana que es objeto del presente estudio, un supuesto que podría atender de diversas formas con el propio *animus societatis*.

Proponemos este punto de partida a través de un análisis comparativo entre el artículo 299 del Código de Comercio venezolano y el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo, norma esta última que regula con mayor claridad el supuesto de copropiedad, diferenciando ciertos aspectos que no fueron incorporados por la norma venezolana al momento de su redacción.

Evidentemente, debemos centrar nuestro análisis no sólo en una mera crítica a la técnica legislativa, sino, además, realizar propuestas y aproximaciones en relación a la forma en la que las sociedades podrían abordar este tema, lo que procurara una mayor claridad en relación a la extensión de los efectos normativos y prácticos.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello.

Nuestro norte siempre se instaure sobre la novedad, el análisis de los detalles y la consideración de regímenes legales de otras latitudes para evidenciar un poco más que riesgos se encuentran latentes en las disposiciones legales bajo estudio

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende crear una aproximación plausible acerca de la problemática que podría generarse en la aplicación del artículo 299 del Código de Comercio venezolano, donde pareciera desconocer un posible régimen de copropiedad de acciones frente a la sociedad, destacando por ello una aparente imposición de un régimen patrimonial entre copropietarios distinto a su encuentro de voluntades.

Esto, podría resultar peligroso, pues debe verse con ojo crítico el alcance que podría tener una disposición como esta en la práctica, para así determinar si incluso atendería no sólo con la propiedad que recae sobre cada copartícipe, sino también si ello socaba el *animus societatis* como base imprescindible de las sociedades.

Partimos del principio de no sólo hacer una crítica a la técnica legislativa patria, sino estudiar cómo ha sido abordado el supuesto de copropiedad en el derecho comparado, pues de ese cotejo analítico derivarán los elementos positivos y negativos de las regulaciones bajo estudio, lo que permitirá incluso proponer soluciones a las eventuales problemáticas que surjan.

En primer término, sostenemos que todo aspecto que involucre la propiedad de acciones de sociedades mercantiles, compromete de forma correlativa el *animus o affectio societatis*, pues debe recordarse que esta copropiedad accionaria, es una manifestación más de los integrantes para conformar una organización en acomodo a los intereses que sean comunes para ellos.

En este orden de ideas, no sólo debemos tener muy claro cuáles son los elementos definitorios del tan imprescindible *animus societatis*, sino también repasar conceptos básicos como representación, propiedad y encuentro de voluntades.

¿Atenta el contenido del artículo 299 del Código de Comercio venezolano contra el derecho de propiedad y el denominado *animus societatis*?

1. El artículo 299 del Código de Comercio venezolano vs el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo

Comenzando con nuestro análisis crítico, es oportuno hacer especial referencia al contenido del artículo 299 del Código Comercio venezolano, atinente al régimen legal de la copropiedad de acciones frente a la sociedad y su dinámica tanto interna (entre los accionistas) como externa (entre los accionistas y la sociedad). En este sentido, dispone

el artículo 299 textualmente lo siguiente: “Si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas, la compañía no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola, que los propietarios deben designar como único dueño.”

Debemos destacar intencionalmente dos elementos contenidos en la citada norma sustantiva; el primero de ellos, una prerrogativa -desde nuestro criterio, errónea- a favor de la sociedad para reconocer sólo a un propietario; y el segundo, una suerte de obligación de los copropietarios a designar ante la sociedad a un “único dueño”.

Para ir diseccionando el supuesto contenido en el artículo 299 del Código de Comercio venezolano, nos permitimos traer a colación lo que establece el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo, norma que regula también el supuesto de copropiedad de acciones, a saber: “...En el caso de copropiedad de una acción, los derechos de los copartícipes deben ser ejercidos por un representante común...”

Por un lado, vemos como la norma sustantiva venezolana pareciera que desconoce un eventual régimen de copropiedad de acciones de las sociedades al negar reconocimiento de varios titulares como textualmente reza, aunado a una obligación de designar a un único dueño frente a la sociedad. Mientras que, por otro lado, la norma paraguaya con una claridad indiscutible si reconoce una pluralidad de titulares, permitiéndoles designar un representante, incluso estableciendo expresamente que será a través de este que se ejercerán los derechos de los copartícipes.

Ahora bien, ¿por qué decimos que la norma venezolana desconoce un supuesto de copropiedad accionaria?

El 299 del Código de Comercio venezolano expresamente estipula “...la compañía no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola, que los propietarios deben designar como único dueño...”, es decir, bajo nuestro punto de vista, las sociedades no estarían en la obligación de reconocer una pluralidad de titulares de acciones nominativas, obligando para este supuesto a designar un único dueño ante ella.

Debe entenderse que no puede considerarse la designación de un único dueño equiparable a la designación de un representante, pues las consecuencias, facultades e implicaciones de estas dos figuras son radicalmente opuestas, observando para el caso del único dueño, un desplazamiento indebido de todas las prerrogativas típicas que deben recaer en cabeza de cada uno de los titulares.

Por su parte, la norma paraguaya expresamente reconoce la posibilidad de que, en el marco de una copropiedad de acciones de una sociedad, se designe ante ella un representante común, para que ejerza los derechos que le son comunes a todos los titulares, sin hablar de un reconocimiento de un único titular ni tampoco imponiendo la designación de un único dueño, lo que acusamos como un supuesto de modificación de la titularidad de las acciones al margen del ordenamiento jurídico.

2. La copropiedad de las acciones como una manifestación del *animus societatis*

Uno de los aspectos que aparecen como inherentes al objeto de estas notas, es el denominado *animus societatis*, supuesto por demás imprescindible para el nacimiento de todo tipo de sociedad.

Dentro de las numerosas propuestas acerca de lo que debe entenderse como *animus societatis*, encontramos la siguiente postura que resulta ideal para el punto que hoy estamos tratando, ergo:

“La *affectio societatis* ha sido definida por la doctrina como la colaboración activa, interesada, igualitaria y voluntaria de los asociados. La colaboración activa e interesada quiere significar que el asociado deberá tomar parte en las actividades relacionadas con el desarrollo de los negocios sociales. El concepto de igualdad, por su parte, hace referencia a la ausencia jurídica de una jerarquía entre los asociados, ya que los derechos contenidos en sus respectivas participaciones de capital son, en principio, iguales. Por último, la colaboración deberá ser voluntaria, es decir que el consentimiento de las partes no deberá haber sido otorgado en razón de una obligación legal o del constreñimiento de un tercero”¹.

Observamos como una de las bases fundamentales sobre las que se instaura la figura del *animus* o *affectio societatis*, es la igualdad, pues configura la materialización típica del encuentro de voluntades con el objeto colaborar y asociarse para el desarrollo de un objetivo que es común.

Lo anterior, hace que nos tengamos que hacer la siguiente pregunta: ¿cómo puede entonces sobrevivir esta voluntad de asociarse cuando se impone una obligación de designar a un único dueño?

Evidentemente mantener incólume el *animus societatis* ante una disposición legal que obliga a modificar un supuesto de copropiedad de acciones, que fue construida por la voluntad de los miembros de la asociación, resulta inverosímil.

Precisamente, si existe una pluralidad de titulares respecto a una acción de la sociedad, responde a un acuerdo previo entre esos titulares para sostener su relación común, así como su relación con la sociedad que se ha formado por este encuentro de voluntades, por este *affectio societatis*.

Debe entonces medirse con gran precisión la influencia del artículo 299 del Código de Comercio venezolano, pues en la hora actual podría verse cercenada la propiedad y el *animus societatis* por un desconocimiento claro a la voluntad de los miembros para someter el título de su propiedad a un régimen de coparticipación.

¹ Delga, J. (1998). *Le droit des sociétés*. Paris : Éditions Dalloz.

3. El desconocimiento de la copropiedad de acciones en el Código de Comercio venezolano

Apuntados como han sido algunos aspectos que podemos considerar fundamentales para sostener el desconocimiento de la copropiedad de acciones en el artículo 299 del Código de Comercio venezolano, estimamos necesario repasar algunos conceptos básicos del derecho de propiedad, para así evidenciar como esa disposición legal podría afectar a las sociedades constituidas en Venezuela.

Muchos se han referido al derecho de propiedad como uno de los derechos más absolutos, protegido constitucionalmente en diversas latitudes, que otorga una serie de prerrogativas a su titular, las cuales observamos en el ejercicio de individualizadas facultades que deberán estar en sintonía con el contenido del derecho.

Por ello, se habla de la capacidad de goce, disfrute y disposición del titular sobre la cosa, como capacidades típicas a ejercer, cuya presencia concurrente es la que determina ciertamente la existencia plena del derecho de propiedad.

Nos atrevemos a sostener que, la facultad más relevante de la propiedad, es la capacidad de disposición, pues entraña la mayor afectación legítima del derecho de propiedad.

Así, aquél legítimo titular, o también aquellos legítimos titulares, tienen la plena facultad de ejercer actos de disposición sobre las cosas que son de su propiedad, sin mayor limitación que aquella que disponga el ordenamiento, lo que no implica que dichas limitaciones deban menoscabar o desconocer de forma alguna el contenido de ese derecho de propiedad.

A los efectos de este trabajo, podemos resaltar de la propiedad que “...es un poder amplio sobre una cosa; es el núcleo de un tipo de derecho que se conceptúa como propiedad...”².

Ahora bien, si en efecto es un poder amplio, no puede el artículo 299 del Código de Comercio venezolano desconocer precisamente ese poder que le permite a su titular someter a la cosa que es de su propiedad a un régimen de coparticipación.

Es el caso que, al exigirse la designación de un único dueño ante la sociedad de la cual se trate, claramente se impone un régimen distinto al acordado legítimamente por los copartícipes, pues la norma venezolana no requiere ni permite la designación de un representante común, sino que dictamina que sólo reconocerá a un único propietario.

² Montes Penades, V. “La propiedad privada en el Sistema de Derecho Civil contemporáneo.”

Cumplir con la exigencia del artículo 299 del Código de Comercio venezolano implicaría que los copartícipes desconozcan la titularidad que es común entre ellos y que frente a la sociedad renuncien a su derecho de coparticipación para así cumplir con el requisito del “único dueño”.

En contraste con la norma venezolana, el artículo 1.063 del Código Civil paraguayo si reconoce plenamente un régimen de copropiedad de acciones, estableciendo para ello, como ya anotamos, el mecanismo de designación de un representante común a los intereses de los copartícipes ante la sociedad, reconociendo a tal punto la pluralidad de titulares que la propia norma adjetiva indica que, en caso de que no se cumpla con tal designación, las comunicaciones realizadas en cabeza de cualquiera de los copartícipes tendrá eficacia respecto a los demás.

CONCLUSIONES

Hemos expuesto hasta este punto un somero análisis comparativo entre las normas sustantivas venezolana y paraguaya, en materia de pluralidad de titulares de acciones nominativas de las sociedades.

Queda claro en estos comentarios que, en el ejercicio de los derechos comunes de los copartícipes, puede exigirse que se designe un representante común, no sólo ante la sociedad, incluso ante diversos entes gubernamentales, atendiendo a una optimización de la operatividad general.

No obstante, existe una no tan delgada línea entre, referirse a un único dueño y un representante común, toda vez que el primero obedece a un régimen de propiedad distinto al de coparticipación, supuesto que niega la existencia de una pluralidad de titulares.

Es decir, el artículo 299 del Código de Comercio venezolano impone a nuestro modo de ver, un régimen que no admite una pluralidad de titulares de acciones, pues obliga a que se inscriba ante la sociedad a un único dueño, por lo que pareciera que hay dos posibles escenarios; un primer escenario en el que podrían existir dos regímenes de propiedad, ante la sociedad de conformidad con el 299 del Código de Comercio venezolano, con una renuncia parcial de los derechos que otorga el título ante la sociedad de la cual se trate, coexistencia que traería enormes problemas prácticos; y un segundo escenario en el que definitivamente resulta inviable mantener un régimen de coparticipación atendiendo a los dispuesto en el 296 *eiusdem*.

Ahora bien, dadas las dificultades en comentario, se debe atender a la forma en la que incide el postulado legal en estudio en el *animus o affectio societatis*, pues éste encuentra su punto de partida en la forma en la que las personas deciden asociarse, lo

que no resulta ajeno al establecimiento de un régimen de coparticipación, por ser una manifestación de encuentro de voluntades.

Así, pareciera que, en principio, la existencia de una pluralidad de titulares encuentra serias dificultades prácticas, dado que no se admite la designación de un representante común, encontrando el mayor obstáculo en el artículo 296 del Código de Comercio venezolano, puesto que a tenor del mismo "...La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía...".

Vemos entonces como se despoja de una herramienta vital a los copartícipes, pues al no poder inscribir ante la sociedad a la pluralidad de titulares y el correlativo deber de designar a un único dueño, no se les facilita probar la propiedad de los títulos nominativos de la sociedad, ni mucho menos ejercer los derechos que de ello derivan.

BIBLIOGRAFÍA

Garay J., & Garray M., (2008). Código de Comercio. Ediciones Juan Garay.

Ediciones Librería EL Foro s.a., (2023) Código Civil Paraguayo.

Delga, J. (1998). Le drot des sociétés. París : Éditions Dalloz.

Montes Penades, V. "La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo". Madrid: Civitas, 1980.

De Los Mozos, J.L. "El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica". Madrid: Edersa, 1993.

Fargosi, H. P. (1955). La "Affectio societatis". Buenos Aires: Valerio Abeledo.

(Des) Protección del Consumidor en Venezuela. O de la necesidad de las técnicas de protección del consumidor

Simón Jesús Fernández Bravo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 279-310

Resumen: El consumidor se encuentra desprotegido en Venezuela. a través de este breve artículo, se exponen algunas de las más relevantes técnicas de protección al consumidor en el Derecho Comparado, lo cual tiene como propósito despertar el interés de la comunidad jurídica por estudiar el impulso de la protección al consumidor en Venezuela, proponiendo un enfoque centrado en el Derecho Privado y cada vez más alejado del Derecho Público.

Palabras clave: Protección al consumidor, soberanía del consumidor, Derecho Civil y Mercantil, Derecho Administrativo, libertad económica.

(Un) Consumer Protection in Venezuela or the need for consumer protection techniques

Abstract: *The consumer is unprotected in Venezuela. Through this brief article, some of the most relevant consumer protection techniques in Comparative Law are presented, which aims to awaken the interest of the legal community in studying the promotion of consumer protection in Venezuela, proposing a approach focused on Private Law and increasingly distant from Public Law.*

Keywords: *Consumer protection, consumer sovereignty, Civil and Commercial Law, Administrative Law, economic freedom.*

Recibido: 12/4/2024
Aprobado: 27/5/2024

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursando la Especialización en Derecho Financiero en la misma universidad

(Des) Protección del Consumidor en Venezuela. O de la necesidad de las técnicas de protección del consumidor

Simón Jesús Fernández Bravo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 279-310

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Justificación de un régimen especial de protección del consumidor: el Derecho Privado más allá del Derecho Civil y Mercantil. 1.1. El soberano sin trono: Soberanía del consumidor y libre competencia. 1.2. Asimetría de información entre proveedores y consumidores al momento de contratar. 1.3. Situación de “vulnerabilidad” del consumidor: contra este enfoque. 2. ¿Sobre cuáles bases debe partir la protección del consumidor? 2.1. Heterogeneidad de las técnicas de protección al consumidor. 2.2. Protagonismo del Derecho Privado: ¿Por qué buscar la solución alejándose del Derecho Público? 3. Técnicas de protección al consumidor. 3.1. Tutela contractual: protección del consentimiento del consumidor. 3.2. Tutela contractual: Contratos de adhesión y cláusulas abusivas. 3.3. Tutela precontractual: Efectos de la oferta al público de bienes y servicios. 3.4. Tutela precontractual: Protección frente a la publicidad. 3.5. Tutela extracontractual: Responsabilidad por productos defectuosos. 3.6. Ejercicio de la potestad sancionadora. 3.7. Resolución de controversias: El arbitraje de consumo.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Aproximadamente, desde el año 2.380 antes de Cristo —o incluso antes—, bajo el reinado de la quinta dinastía del antiguo Egipto, en concreto, con el monarca Henku, hay un gran grupo de aparatos estatales preocupados por combatir la inaccesibilidad a bienes y servicios por los altos precios de los mismos, determinando que los comerciantes eran los culpables¹.

Al hablar de Venezuela, se puede ser un poco más modesto. El 9 de septiembre de 1939, en Gaceta Oficial 19975 de la misma fecha, el General Eleazar López Contreras declaró como de primera necesidad a los alimentos, alquileres y materiales de

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursando la Especialización en Derecho Financiero en la misma universidad

¹ Shuttinger, Robert y Butler, Eamonn “4.000 años de controles de precios y salarios”, Primera Edición, Atlántida Editorial, Buenos Aires, 1979, p. 24

construcción, tejidos de algodón, medicinas y creó en la capital de cada uno de los Distritos una Junta ejecutiva *ad-honorem* con la finalidad de: fijar y publicar cada 15 días los precios máximos de esos bienes², una política que, con sus diferencias, se repite en la actualidad en Venezuela.

Ahora bien, el presente no tiene por objetivo dilapidar los efectos perniciosos de los controles de precios, dado que la doctrina jurídica³ y económica, nacional e internacional, se han ocupado de tratar el tema innumerables veces. La pertinencia de los datos provistos con anterioridad no es más que la de ilustrar un punto: el incorrecto enfoque del problema de la accesibilidad de bienes y servicios.

Ahora, lo que sí pretende hacer el presente es denunciar la ausencia de una normativa de protección al consumidor en el Derecho venezolano —por eso el título elegido— y, además, exponer de manera breve cuáles son los tópicos más recurrentes en los Ordenamientos Jurídicos extranjeros e internacionales (responsabilidad por productos, contratos de adhesión y cláusulas abusivas, publicidad engañosa, etc.).

El propósito es claro: marcar las líneas sobre las cuales se debería estructurar el sistema de protección del consumidor en Venezuela con un enfoque mayoritariamente de Derecho Privado; son una serie de propuestas *lege ferenda*, si se quiere. Una serie de propuestas que no enfocan a la protección del consumidor en el Derecho Administrativo, sino que opta por la autonomía del mismo o por un enfoque de Derecho Privado.

1. Justificación de un régimen especial de protección del consumidor: el Derecho Privado más allá del Derecho Civil y Mercantil

1.1. El soberano sin trono: Soberanía del consumidor y libre competencia

Von Mises expresa lo siguiente:

“Los procedimientos parlamentarios son un método adecuado para tratar de la estructuración de las leyes que necesita una comunidad basada en la propiedad privada de los medios de producción, en la libre empresa y en la soberanía de los consumidores. Pero son esencialmente inadecuados para la gestión de los asuntos bajo la omnipotencia gubernativa.”⁴

² Chelminski, Vladimir “*Los controles de precios. Buenas intenciones y trágicos resultados*”, CEDICE, segunda edición, Caracas, p. 143

³ Recientemente, Hernández, José Ignacio “*Control de cambio y control de precio en Venezuela: Auge y colapso institucional: del modelo socialista a la dolarización de facto*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021

⁴ Von Mises, Ludwig “*Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*”, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2005, p. 23

Debe recordarse que, si bien el principio de legalidad es uno de los corolarios de la libertad individual, también puede ser el principal ariete del autoritarismo y la miseria. Basta con ver los efectos de la legalidad en la Alemania del Gobierno del Reich, basta con ver los efectos de una legalidad injusta e irracional⁵.

Dada esa observación, la regulación de la protección del consumidor debe ser cuidadosa; la Ley debe proteger al consumidor para tener libertad de elección, pero su propósito es ése, no atacar al empresario. En medida de que las personas tienen una mayor capacidad para elegir entre mayores alternativas, es decir, en medida de que tienen una mayor libertad⁶, los mismos tienen más medios para seguir ampliando sus libertades y amplificando su calidad de vida. Es esta la relevancia de la soberanía del consumidor.

Con ello, los profesores estadounidenses Averitt y Lande, hablan de que la soberanía del consumidor existe bajo dos condiciones: (i) una gama de opciones que se haga posible a través de la competencia y (ii) los consumidores deben poder elegir efectivamente entre estas opciones⁷.

Ahora bien, la gran importancia de la competencia entre empresarios reside en que la misma es la competencia entre las diversas posibilidades que se le abren a los individuos para colmar sus necesidades de manera libre⁸, todo ello considerando que estos empresarios deben atender a las demandas de los consumidores, so pena de no obtener beneficio económico alguno.

Entonces, tiene que subrayarse esta correlación. El consumidor es soberano cuando tiene alternativas, tiene alternativas cuando hay competencia, hay competencia cuando hay empresarios dispuestos a estar en el mercado y, finalmente, estos estarán dispuestos a estar en el mercado cuando les resulte más beneficioso que costoso.

Sobre lo último, debe observarse que el propio Derecho es costoso, la propia legalidad es costosa para los empresarios y puede suponer la decisión de que los mismos ingresen o no en el mercado.

⁵ Nos basamos en el enfoque de Jellinek, Walter “*Alemania como Estado de Derecho*” en Revista de Administración Pública N° 6, Madrid, Septiembre-Diciembre, 1981, pp.347-352.

⁶ Tomamos el enfoque de Sen, Amartya “*Desarrollo y Libertad*”, Planeta Editorial, Barcelona, 1999

⁷ Averitt, Neil y Lande, Robert “*La soberanía del consumidor: Una teoría unificada de la Ley antimonopólica y de protección al consumidor*” en *Ius et veritas* N° 23, p. 181

⁸ Von Mises, Ludwig “*Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*”, pp. 49-50

El costo de la legalidad, de acuerdo con Ghersi, es la cantidad de tiempo e información que las personas deben dedicar para cumplir con las normas jurídicas⁹. Lo que se quiere decir con esto, es que una compleja y costosa normativa de protección al consumidor no protege al consumidor, sino que aumenta los costos de los empresarios y, por lo tanto, las posibilidades de que compitan; en conclusión, es algo que perjudica al consumidor.

Para el ex-canciller y ex-ministro de asuntos económicos de la República Federal Alemana, Ludwig Erhard¹⁰, a quien se le atribuye, junto a Adenauer, el “milagro económico alemán” dedicó una obra entera a explicar cómo, a través del desmantelamiento de controles de precios y el establecimiento de un sistema de libre formación de precios, se pudo estatuir una política económica favorable para el consumidor y para el desarrollo en general, empleando como medio principal a la libre competencia, la “*economía social de mercado*”, que puede ser familiar en muchas economías occidentales —buscando el aseguramiento de la competencia para el bienestar del consumidor y del público en general—.

1.2. Asimetría de información entre proveedores y consumidores al momento de contratar

Sobre este asunto, la doctrina suele referirse a “*las disparidades intrínsecas de la relación entre consumidores y proveedores, tales como el poder de negociación, los conocimientos y otros recursos*”¹¹. No negamos que esas disparidades existan, pero sí negamos que los integrantes de la cadena de producción sean entidades perversas que buscan aprovecharse de las mismas y hacer el mal.

En este punto, consideramos pertinente transponer conceptos de las ciencias económicas para dar explicación a este fenómeno y evitar visiones polarizadas. Esta situación de disparidad o desequilibrio, dentro de la teoría de los fallos del mercado, se denomina “*asimetría de la información*”. Esta asimetría de la información es consecuencia de dos fenómenos: (i) el alto costo de informarse y (ii) la división del trabajo.

Primero, la obtención de la información tiene un costo, en medida de que, para ser obtenida, requiere que se invierta una determinada cantidad de recursos, tal como lo estudió en su momento el economista George Stigler¹²; este costo, además, no es uno

⁹ Ghersi, Enrique “*El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho*”, Themis N° 19, pp. 5-14

¹⁰ Erhard, Ludwig “*Prosperity through competition*”, Frederick A. Praeger, New York, 1958

¹¹ Por ejemplo, así lo hace el “*Manual sobre protección del consumidor*” de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Naciones Unidas, 2017, p.2

¹² Stigler, George “*The economics of information*” en The Journal of Political Economy, Volumen 69, Tercera Edición, Chicago, 1961, pp.213-225

que sea racional ni posible asumir en todas las circunstancias. Es racional no estar informado sobre todo, por los altos costos que ello implica frente al beneficio que puede reportar —es lo que se denomina *racionalidad de la ignorancia*—¹³.

Segundo, la división del trabajo, principio deseable en toda sociedad para el crecimiento económico y para, justifica y exige que haya asimetría informativa. Adam Smith lo plantea así:

“Este gran incremento en la labor que un mismo número de personas puede realizar como consecuencia de la división del trabajo se debe a tres circunstancias diferentes; primero, al aumento en la destreza de todo trabajador individual; segundo, al ahorro del tiempo que normalmente se pierde al pasar de un tipo de tarea a otro; y tercero, a la invención de un gran número de máquinas que facilitan y abrevian la labor, y permiten que un hombre haga el trabajo de muchos.”¹⁴

Esta cita de Smith se conjuga perfectamente con una subsiguiente en la misma obra:

“Con el desarrollo de la división del trabajo, el empleo de la mayor parte de quienes viven de su trabajo, es decir, de la mayoría del pueblo, llega a estar limitado a un puñado de operaciones muy simples. (...) Ahora bien, la inteligencia de la mayoría de las personas se conforma necesariamente a través de sus actividades habituales. Un hombre que dedica toda su vida a ejecutar unas pocas operaciones sencillas, cuyos efectos son quizás siempre o casi siempre los mismos, no tiene ocasión de ejercitar su inteligencia o movilizar su inventiva para descubrir formas de eludir dificultades que nunca enfrenta.”¹⁵

1.3. Situación de “vulnerabilidad” del consumidor: contra este enfoque

Además de la asimetría informativa¹⁶, debemos reconocer que los desequilibrios en el consumo no son unicausales. Por el contrario, hay una pluralidad de causas que generan esta consecuencia.

¹³ Para aproximarse al concepto, aunque esté aplicado al ámbito de elección individual en el ámbito electoral, pueden observarse: James Buchanan, Gordon Tullock, *“The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy”* (Liberty Fund, 2011), 17-76 ver en: <https://bit.ly/3QfxnO5>, Butler, Eamonn *“Public Choice a Primer”*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2012, pp.52-53

¹⁴ Smith, Adam *“Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”*, Alianza Editorial, 2011, España, p. 44

¹⁵ Ídem

¹⁶ Es este el vocablo que emplea la ciencia económica. En el campo del Derecho, el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, también lo emplea.

En esa línea, el preámbulo de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica de España, reconoce que este desequilibrio no es producto de rencillas de clase entre consumidores e integrantes de la cadena de producción, lo cual hace de la siguiente manera:

“En primer lugar, se asume que la situación de vulnerabilidad no se deriva de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada entorno de mercado concreto.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, hay consenso general en que las condiciones que predisponen a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo exceden el plano de lo estrictamente económico, tradicionalmente aproximado con indicadores del nivel de renta. Los primeros avances teóricos en este sentido datan de los años noventa del siglo pasado y se derivan de estudios centrados en el análisis de la vulnerabilidad de consumo en mercados específicos como el de productos farmacéuticos o el alimentario. En estos casos se evidenciaba con nitidez cómo factores tanto de índole biológico como cultural tenían una importancia crucial para estimar la vulnerabilidad en sus relaciones de consumo de ciertos individuos o colectivos.

Posteriores investigaciones han venido confirmando que la multidimensionalidad de la vulnerabilidad de consumo, es decir, su relación con factores de distintas dimensiones, afecta a todos los ámbitos de consumo, siendo especialmente patentes en algunos sectores de consumo específicos como el financiero, el energético o el de comercio electrónico.

En tercer lugar, los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el ámbito del consumo como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica.”

De hecho, atribuir esta “vulnerabilidad” a una lucha de clases o a cualquier factor semejante no es más que uno de los típicos sesgos de los cuales se puede aprovechar una campaña política populista, de corto plazo y que propugnan la expansión de la actividad estatal, tal como lo estudia el académico Brian Caplan¹⁷ y cuyas consecuencias abordaremos más adelante.

¹⁷ Caplan, Bryan. “The Myth of the Rational Voter: why democracies choose bad policies, (New Jersey: Princeton University, 2008, pp. 28-38

2. *¿Sobre cuáles bases debe partir la protección del consumidor?*

Debe decirse que la piedra angular para un eventual resurgir del Derecho de Consumo, dentro de nuestro Orden Jurídico actual, es el Artículo 117 del texto constitucional. Este dicta:

“Artículo 117: Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”

En ese sentido, hay una reserva legal¹⁸ establecida sobre los siguientes elementos: (i) mecanismos necesarios para garantizar los derechos de los consumidores, (ii) las normas de control y calidad y cantidad de bienes y servicios, (iii) los procedimientos de defensa del público consumidor, (iv) el resarcimiento de los daños ocasionados y (v) las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos. Las técnicas que se exponen más adelante responden, en mayor o menor medida, al desarrollo de estos aspectos objeto de la reserva legal.

Ahora, en Venezuela hubo cierto tratamiento normativo en la materia¹⁹, pero la actual Ley Orgánica de Precios Justos, derogatoria de ese régimen, ha supuesto un regreso, dado que la misma, en nuestra opinión, sólo contiene un desarrollo del punto (v) y, además, se trata de un desarrollo inútil, por cuanto las sanciones tienen el propósito de reprimir la sanción de unos derechos vagamente reconocidos por la Ley, sin un establecimiento de normas de control de calidad —aunque sí de cantidad, con respecto a los tipos penales establecidos en la Ley²⁰—, poseyendo la naturaleza de una Ley Penal y estableciendo, preponderantemente, procedimientos sancionadores, y sin que haya normas de responsabilidad civil para que sean reparados los daños.

¹⁸ Basile Urizar, Miguel Ángel “*La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos. Un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana*” en Revista de la Facultad de Derecho N° 71 (2016-2017), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017, pp.85-86

¹⁹ Para ello, recomendamos observar el trabajo de la profesora Chacón Gómez, Nayibe “*Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos*” en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 9, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.-- Caracas, 9 (2017), pp. 141-165

²⁰ Nótese la ironía de la observación.

Esos son los temas que, ineludiblemente, debería tratar el legislador venezolano en materia de consumo. Además, el Manual sobre protección del consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2017, se refiere a las características típicas de las leyes marco en materia de protección al consumidor, siendo algunos: cláusulas abusivas en contratos, deber de información, publicidad falsa, engañosa o confusa, creación de órganos administrativos, resarcimiento por productos defectuosos, entre otros²¹.

Con ello, el presente desarrollará, brevemente, algunas técnicas comunes en el Derecho Comparado para la protección al consumidor que atienden a las exigencias del Artículo 117 constitucional y a las sugerencias de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), así como a los patrones del Derecho Comparado.

2.1. Heterogeneidad de las técnicas de protección al consumidor

En primer término, se debe considerar que el Derecho de Consumo, cuyo carácter de disciplina autónoma es discutible, se trata de una materia transversal al resto del Ordenamiento Jurídico; esto implica que, en aras de proteger al consumidor, el Derecho se aprovecha de las herramientas que proveen las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

Acertadamente, el profesor Gabriel García Cantero señala lo siguiente:

“La experiencia comparativa ofrece gran variedad de vertientes sobre las que se proyecta el Derecho del Consumo: penal para sancionar las más graves transgresiones; administrativa, pues los Estados dedican importantes medios personales y materiales para proteger eficazmente a los consumidores; y, por supuesto, civil y mercantil por recaer fundamentalmente sobre contratos de una y otra clase (si el Derecho privado aparece escindido)(...)”²²

A las anteriores, podríamos añadir las técnicas procedimentales²³ (reglas procesales favorables, acceso a la justicia más sencillo, etc.), tanto en materia judicial como administrativa, las cuales serían comunes a la materialización de las demás técnicas, o

²¹ Manual sobre protección del consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2017, pp. 23-24, disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditceplp2017d1_es.pdf

²² García Cantero, Gabriel “Integración del Derecho de Consumo en el Derecho de Obligaciones” Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, N° 13, Navarra, 1992, p. 39

²³ Esto lo proponemos en los términos de Perret, Louis “Protección al Consumidor en Canadá y los Estados Unidos: Principales técnicas” en *Derecho de Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp.15-23

bien pudiese verse como un conjunto de mecanismos autónomos, aunque consideramos que ello no tiene mayor incidencia práctica.

Sobre ello, se advierte que todas las técnicas de protección no son excluyentes entre sí²⁴, con lo cual, los Estados que poseen un dilatado desarrollo en esta materia se aprovechan de todas aquellas para diseñar su política jurídica de protección del consumidor.

En segundo término, se debe dejar muy claro que, por lo menos en la experiencia comparada —como se observará posteriormente—, la regulación de las relaciones de consumo tiene un ánimo protector o tuitivo. En estos casos, se hace una excepción al principio constitucional de igualdad formal ante la Ley para “proteger a la que es la parte más débil, que se encuentra inerte frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona”²⁵, aunque no siempre se trate de la parte más débil de la relación en realidad.

Consideramos que tiene sentido enfocar el Derecho de Consumo en las técnicas propias del Derecho Privado por una razón fundamental: la relación de consumo es, ante todo, una relación de Derecho Privado y, si bien el régimen de Derecho Común —como se observará— posee falencias para atender a la realidad del consumo, no deja de ser necesaria la instauración de un régimen especial dentro del propio Derecho Privado para disciplinar las relaciones entre proveedores y consumidores.

En primer lugar, cabe mencionar dos principios básicos en el Derecho Privado, es decir, el principio de autonomía de la voluntad privada y el de igualdad. Ambos principios sufren un quiebre en materia de consumo.

Por un lado, en el Derecho de Consumo, la autonomía de la voluntad se ve sumamente matizada por la noción de orden público, tanto para proteger a la parte usualmente más débil a través del establecimiento de normas mínimas insertadas en los contratos que celebren los consumidores en ejercicio de su libertad de contratar para ser protegidos contra los abusos de sus proveedores²⁶.

Siguiendo con la idea anterior, también debe decirse que la relación de consumo tiene un interés en proteger “una concepción objetiva de la materia regulada, es decir, normas que hacen referencia a un acto económico —el consumo— alrededor del cual se

²⁴ Ídem

²⁵ Tambussi, Carlos Eduardo “*El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*” en LEX Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol.14, Núm 18 (2016), Perú, 2016, pp.66-67

²⁶ Mélich Orsini, José “*Las particularidades del contrato con consumidores*” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp.85-86

entrelazan las relaciones jurídicas instauradas por los individuos en su condición de consumidores o de empresarios”²⁷, lo cual, por su magnitud en la economía, justifica el carácter de materia de orden público, junto con otras observaciones de carácter social.

2.2. Protagonismo del Derecho Privado: ¿Por qué buscar la solución alejándose del Derecho Público?

Ahora bien, inclusive partiendo del hecho de que existan esas situaciones en las cuales el mercado no funciona de manera óptima, ha de considerarse que, el hecho de que el mercado —en apariencia— no funcione de manera adecuada, no implica que el Estado pueda hacerlo.

En ese orden, a pesar de que esto escape de los límites de este trabajo, estimamos conveniente hacer una breve referencia a la teoría de los fallos del Estado, con el propósito de generar una alerta en torno a algunos de los riesgos que se corren al momento de delegar ciertas situaciones a la actividad estatal.

En resumen, esto abarca tres circunstancias principales: (i) primero, el hecho de que se adopte una medida es una cuestión política y no jurídica, (ii) segundo, los votantes no son necesariamente racionales, sino que son manipulables por políticos populistas y (iii) el Estado carece de mecanismos óptimos para medir la eficiencia de su actividad.

Para no ahondar en esto más de lo necesario, no hay duda de que las decisiones adoptadas, en un Estado moderno, en teoría, tienden a estar supeditadas al empleo del mecanismo democrático por parte de una determinada sociedad, con lo cual, los actores políticos procuran obtener la mayoría de simpatizantes posibles tanto en la ciudadanía como en las propias instituciones, tal como lo estudiaron Buchanan (laureado con el Nóbel de Economía en el año 1986) y Tullock²⁸.

A su vez, ocurre que los políticos, a este efecto, aprovechan los prejuicios sistemáticos existentes en una determinada sociedad (como pudiese ser que la posición del consumidor es desmejorada por las empresas de manera intencional) para una mayor captación de votantes, con lo cual, acaban apelando más a factores irracionales que a políticas razonadas y cuyos efectos han sido evaluados como beneficiosos a largo plazo²⁹.

²⁷ Alpa, Guido “*El derecho de los consumidores y el “Código del Consumo” en la experiencia italiana**”, traducido del italiano por Pablo Andrés Moreno Cruz, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Externado, Bogotá, 2006, pp. 5-7

²⁸ Buchanan, James y Tullock, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional Democracy*, University of Michigan, Indianapolis 1962

²⁹ Caplan, Bryan. “The Myth of the Rational Voter: why democracies choose bad policies”, pp. 28-38

Por último, en vista de que el Estado no realiza sus actividades siguiéndose por una lógica de beneficio económico, el mismo no es capaz de monetizar sus resultados a los efectos de medir de manera detallada la influencia de una decisión, por lo menos en el corto o mediano plazo, lo cual supone un problema para cualquier medida que el mismo vaya a adoptar³⁰.

En vista de lo anterior, es plausible acudir a las técnicas del Derecho Privado, las cuales, si bien se pueden ver incididas por una serie de defectos, consideramos, no son más perniciosos en el mediano y largo plazo que las que se derivan de la teoría de los fallos del Estado, lo cual es perfectamente aplicable a la protección del consumidor.

3. Técnicas de protección al consumidor

3.1. Tutela contractual: protección del consentimiento del consumidor

Aclarado el punto previo, puede hablarse de que uno de los momentos cruciales —si no el más crucial— considerado por el Derecho de Contratos es la formación del mismo. En cuanto a esto, si se atiende al ordinal primero del Artículo 1.141 de nuestro Código Civil, el consentimiento “serio, espontáneo y libre” y, por agregado, para la validez del contrato, las manifestaciones de voluntad de las partes deben ser “libremente emitidas y con conocimiento de causa”³¹. Claramente, el *quid* del asunto recae en que para dar un consentimiento de esta clase se debe estar informado y, como se explicó, este es uno de los elementos álgidos de la relación de consumo.

Concentrado en la materia, Urdaneta Fontiveros expresa que la protección del consentimiento, tradicionalmente se ha logrado mediante la “teoría de los vicios del consentimiento” (Artículos 1.146, 1.154 y 1.346 de nuestro Código Civil), concluyendo el autor que los mecanismos tradicionales de protección de la sanidad del consentimiento se ven afectados, en donde destaca el consumidor como sujeto digno de protección especial³².

Ahora bien, el autor refiere que, en la relación de consumo no es provechoso acudir a los remedios tradicionales del Derecho Común para tutelar el consentimiento, tal como lo serían la acción redhibitoria por vicios ocultos o la acción de nulidad por dolo, ya por dificultades probatorias, ya por circunstancias adversas al consumidor que lo ponen en una situación de indefensión³³.

³⁰ Hemos estudiado este particular con detenimiento en Fernández Bravo, Simón. La cuestión de la eficiencia de la Administración Pública en Revista Electrónica de Derecho Administrativo No. 24 (2022), pp. 45-66

³¹ Urdaneta Fontiveros, Enrique “*El derecho de desistimiento del consumidor*” en Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho N°67-70, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021-2015, pp.301-365

³² Ídem

³³ Ídem

En el caso venezolano, la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (en adelante, LEDEPABIS), se consagró el denominado “derecho a retractarse” o “derecho de desistimiento” como un remedio particular, en forma de un derecho de “resciliación unilateral del contrato” en palabras de Urdaneta Fontiveros para tratar esta problemática, aunque el mismo puede comentarse con mayor amplitud en el título de la responsabilidad por productos. Esta figura del desistimiento es empleada de un modo muy similar al que lo fue en nuestro Derecho, en el caso mexicano, contemplado en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su Artículo 56³⁴.

El Código del Consumo italiano, aprobado con el Decreto legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005 y modificado por la Ley 13 del 6 de febrero de 2007 y por la Ley 244 del 24 de diciembre de 2007, en su Artículo 33, literal t, inciso 2º, trata el asunto a través del establecimiento de reglas favorables de carga de la prueba, de modo que, en palabras de Alpa, “al consumidor se le facilita el ejercicio de sus derechos de tutela porque el código establece que el proveedor tiene la carga de la prueba en relación con a. el cumplimiento de las obligaciones de información del consumidor; b. el consentimiento, por parte del consumidor, para la celebración del contrato”.³⁵

Por otra parte, la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, originaria de 1993 y con diversas añadiduras posteriores, dedica capítulos a la “Información del consumidor y protección de su salud” (Capítulo II, Título I) y a las “Condiciones de la oferta y venta” (Capítulo III, Título I), aunque la protección empleada en estos casos consiste en el empleo de técnicas de policía administrativa a través de las cuales se ejerce un control ex-ante de la legalidad, con lo cual, nos ocuparemos de ello próximamente.

3.2. Tutela contractual: Contratos de adhesión y cláusulas abusivas

Aquí se plantea uno de los aspectos fundamentales de la protección al consumidor, y es que el contrato de adhesión es un mecanismo típico de contratación en la relación de consumo.

³⁴ “El contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o mediante entrega del bien en forma personal, por correo registrado, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación, debiendo el proveedor reintegrar al consumidor el precio pagado. En este caso, los costos de flete y seguro correrán a cargo del consumidor. Tratándose de servicios, lo anterior no será aplicable si la fecha de prestación del servicio se encuentra a diez días hábiles o menos de la fecha de la orden de compra.” (resaltados nuestros).

³⁵ Alpa, Guido “El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas”, traducido del italiano por Pablo Andrés Moreno Cruz, en Revista de Derecho Privado N°15, Universidad de Externado, Bogotá, 2008, p.19

La profesora Hübner Guzmán, reseñando la incorporación de los contratos de adhesión a la Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, indica lo siguiente:

Hoy vemos cómo el legislador ha advertido que en la contratación moderna ocurre con frecuencia que el proveedor ofrece sus servicios o productos en forma masiva, con condiciones iguales y preestablecidas, fijadas de antemano por este, dirigidas a todos los potenciales consumidores, con los cuales sería imposible negociar en forma particular cada una de las cláusulas del contrato.³⁶

Típicamente, el contrato de adhesión es una de las materias sobre las cuales recae el control administrativo ex ante, tanto para su formación como para su control³⁷, aunque esta técnica de intervención en los contratos se comentará posteriormente.

El profesor Mélich Orsini en su *Doctrina General del Contrato*, más allá de definir el contrato de adhesión, lo conceptualiza fijando tres características de los mismos: (1) carácter contractual de la relación, (2) predeterminación de las cláusulas y la (3) negación de toda oportunidad de negociación por parte del cocontratante que acepta las cláusulas predispuestas³⁸.

En el caso venezolano, al igual que la mayoría de caracteres que se tratan en el presente trabajo, no existe, actualmente, ningún tratamiento por parte del legislador más allá de las dos menciones —inservibles dada la ausencia de reglamentación— a los contratos de adhesión en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de 2015, en sus Artículos 7 numeral 10 y 47 numeral 8, todo ello sin definir cosas tan básicas como una cláusula abusiva y sin mayores comentarios sobre el propio contrato de adhesión, conformando un régimen que, si bien no contempla la intervención administrativa en la formación del contrato, destaca por su deficiente control ex post, en el cual no se busca la protección del consumidor contratante, siendo que la lesión de los derechos del mismo sólo puede ventilarse por la vía de las sanciones administrativas, que en nada satisfacen al consumidor y, además, quedando frente al sistema ordinario de responsabilidad civil, frente a un sistema judicial de difícil funcionamiento y a un costoso sistema arbitral (esto se comentará en la sección alusiva a la responsabilidad de los integrantes de la cadena de producción).

³⁶ Hübner Guzmán, Ana María “*Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor*” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999

³⁷ Así lo afirman García Cantero, Gabriel “*Integración del Derecho de Consumo en el Derecho de Obligaciones*”, p.39, Morles Hernández, Alfredo “*El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*” en Revista de Derecho Público N°115/2008, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, 229-232, entre otros.

³⁸ Mélich Orsini, José “*Doctrina General del Contrato*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Quinta Edición, Primera Reimpresión, Caracas, 2012, p. 52

Ahora, Madrid Martínez expresa que “la posibilidad que pueda tener una de las partes de disponer el contenido del contrato para obtener la adhesión de la otra, se presta para que el proponente incluya en el contrato cláusulas que pueden ser calificadas como abusivas”³⁹, con lo cual, se justifica un control de este tipo de contratos en el marco de la protección del consumidor.

De hecho, no se podría afirmar que ha sido una materia tratada de manera extensiva en Venezuela, debido a que los antecedentes normativos sobre ello son los derogados Artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y el Artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁴⁰, así como alguna referencia en alguna otra norma segmentada.

La protección debe hacer aparición frente al riesgo latente de que existan cláusulas abusivas dentro del contrato de consumo. En cuanto a las mismas, es imperdible la referencia de la Directiva 93/13/CEE⁴¹ del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993.

En el numeral 1 del Artículo de la Directiva se realiza una definición de lo que implica una cláusula abusiva, así como en el anexo de la misma se hace un listado de cláusulas potencialmente abusivas⁴². Carballo Fidalgo, comentando la norma expresa lo siguiente:

Centrándonos en la noción general, del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se desprende que el eventual carácter abusivo de una cláusula ha de medirse en atención a un doble parámetro: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor.⁴³

A su vez, el Artículo 2.1.10 de los Principios UNIDROIT⁴⁴, referido a las “cláusulas sorprendidas”, señala una excepción al principio de la fuerza obligatoria de los

³⁹ Madrid Martínez, Claudia “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos” en Revista de Derecho Mercantil, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Edición en honor a Alfredo Morles Hernández, Caracas, 2021, p.253

⁴⁰ Ídem. En el segundo caso inclusive entrando a definir al contrato de adhesión como “(...) los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”

⁴¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, consultar en idioma castellano en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

⁴² Ver *supra*

⁴³ Carballo Fidalgo, Marta “La Directiva 93/13/Cee Sobre Cláusulas Abusivas Y Su Desarrollo Por El Tribunal De Justicia De La Unión Europea. Aportaciones A La Construcción De Una Disciplina Protectora Y Cuestiones Abiertas”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 65-87.

⁴⁴ “(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.”

contratos, al indicar que “(...)no obstante la aceptación de tales cláusulas en su conjunto, la parte adherente no queda obligada por aquellas cláusulas que por su (1) contenido, (2) terminología o (3) presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha parte.”⁴⁵.

Es decir, que, a la luz de los Principios UNIDROIT, estas cláusulas deben ser inválidas, aunque también expresa que una parte no podrá valerse de lo “sorpresivo” cuando haya dado aceptación expresa.⁴⁶

En cuanto a la tutela de los contratos por parte de la Administración, nos acogemos a estas palabras del profesor Morles, por cuanto también recomendamos que la eventual regulación del Derecho de Consumo evite la tutela administrativa de los contratos, dejándole la misma a órganos jurisdiccionales:

Las situaciones patrimoniales de los ciudadanos y su propia libertad están bajo la natural protección de los órganos judiciales, de las normas constitucionales y del derecho común. La interpretación de los contratos, el régimen de las nulidades de los actos de los particulares, la impugnación de la validez de los actos jurídicos patrimoniales, son materias de derecho común y de carácter jurisdiccional que no pueden ser decididas por un órgano administrativo.⁴⁷

Además, recalamos la postura de Grisanti Belandria de que, en vista de que la Administración siempre actúa como parte interesada, no puede suplir las funciones del órgano jurisdiccional y, además, no debería hacerlo a costas de procurar procedimientos más abreviados y otras facilidades del procedimiento administrativo frente al judicial⁴⁸.

3.3. Tutela precontractual: Efectos de la oferta al público de bienes y servicios

Ya hemos apuntado que la relación de consumo, principalmente, se materializa a través de contratos. Sobre el momento en el cual se forma el contrato, el encabezado del Artículo 1.137 del Código Civil dispone que “se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte”. Aquí se presenta otra de

⁴⁵ Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, 2016: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

⁴⁶ De modo muy similar al de los Principios UNIDROIT y de la Directiva 93/13/CEE, la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, en su Artículo 90, contiene un lista de cláusulas abusivas, cuyo establecimiento en un contrato se tendrá por inexistente de pleno derecho y acarreará una negativa de registro

⁴⁷ Morles Hernández, Alfredo “*La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión*” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 132, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 152

⁴⁸ Grisanti Belandria, Rosibel “*Inexistencia de los actos cuasi jurisdiccionales*”, Editorial Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1994

las particularidades del consumo en materia contractual, debido a que el proponente de la oferta se encuentra ofreciendo bienes y servicios al público en general.

En un terreno próximo, Messineo⁴⁹ —seguido por Mélich⁵⁰ en nuestra doctrina—, hace una distinción entre la “oferta al público” y la “promesa unilateral al público”, siendo que la primera no es obligatoria para el proponente en el sentido de que es revocable y, por su parte, la segunda constituye fuente de obligaciones por sí misma, independientemente de la aceptación, apenas es hecha pública.

Dada la ausencia de regulación de este aspecto —en materia de consumo— por el legislador venezolano, lo conducente es observar el Derecho Comparado y ver si le dan el tratamiento de la oferta al público o el de la promesa unilateral al público.

Como primera referencia, en Chile, el Artículo 13 de la Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores indica lo siguiente:

Artículo 13.- Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

La regulación es especialmente interesante, dado que nos da una respuesta con una lectura integrada del resto de la Ley. Si se conjuga con el literal e del Artículo 3 de la precitada Ley, el cual señala que el consumidor posee “el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna (...) en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea” (Subrayados nuestros).

Reseñando estas disposiciones y respondiendo a la pregunta de ¿Qué ocurre con la libertad contractual del que ofrece sus servicios o productos al público en general de acuerdo a nuestra actual ley del consumidor?, Hübner Guzmán considera que la Ley se refiere al “deber” que tiene el consumidor y no al “derecho” de accionar por tratarse de una norma que fundamenta un precepto sancionador⁵¹ (el del Artículo 24 de la Ley)⁵². En definitiva, puede interpretarse que, en el caso de Chile, el régimen aplicable es más parecido al de la promesa al público, por cuanto obliga al proveedor a prestar los bienes y servicios ofertados.

⁴⁹ Messineo, Francesco “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tomo V, Editorial Jurídica Europa América., pp. 459-460

⁵⁰ Mélich Orsini, José “Doctrina General del Contrato”, pp. 126-128

⁵¹ Hübner Guzmán, Ana María “Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, p. 128

⁵² Artículo 24: Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales, si no tuvieran señalada una sanción diferente.

Esto es un síntoma que, como se observará más adelante al comentar la tutela administrativa del consumidor, es común en la normativa de protección al consumidor: el de castigar las infracciones de los integrantes de la cadena de producción sin generar alguna satisfacción directa de las pretensiones del consumidor, viéndose favorecidas las arcas públicas y no el grupo afectado; a pesar de que, claramente, lo que está involucrado son intereses privados, se favorece al Estado y no al consumidor.

En México, los Artículos 42 y 43 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, disponen:

Artículo 42: El proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados, salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor.

Artículo 43: Salvo cuando medie mandato judicial o disposición jurídica que exija el cumplimiento de algún requisito, ni el proveedor ni sus dependientes podrán negar al consumidor la venta, adquisición, renta o suministro de bienes o servicios que se tengan en existencia. Tampoco podrá condicionarse la venta, adquisición o renta a la adquisición o renta de otro producto o prestación de un servicio. Se presume la existencia de productos o servicios cuando éstos se anuncien como disponibles. (...)

En México, de acuerdo con estos preceptos, es claro que la puesta de bienes en el mercado también apareja una fuente de obligaciones para el proveedor. Nuevamente, estas normas son complementadas con el Artículo 127 de la propia Ley, el cual establece una sanción pecuniaria para la infracción de estas disposiciones, adoleciendo del mismo síntoma que la Ley chilena. Consideramos que la lesión, insistimos, recae sobre un interés privado y lo conducente es la reparación del mismo bajo un régimen de responsabilidad pro-consumidor, no por la inquisición de empresarios por parte del Estado para satisfacer los intereses del Estado.

3.4. Tutela precontractual: Protección frente a la publicidad

En Venezuela, la publicidad engañosa, al igual que en el Perú⁵³, es objeto de regulación de la legislación de la competencia. El Artículo 17, numeral 1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio se refiere a la publicidad engañosa como una de las “*prácticas desleales*” y su represión se encuentra en los Artículos 49 y siguientes de la Ley del Capítulo II Título V, “De las sanciones en particular”.

⁵³ El Artículo 12 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, situado en el subcapítulo II (*Protección del consumidor frente a la publicidad*) del Capítulo I sobre *Información a los Consumidores* dicta: “*La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo núm. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código.*”

1. Publicidad engañosa: Todo acto que tenga por objeto, real o potencial, inducir a error al consumidor o usuario de un bien o servicio, sobre las características fundamentales de los mismos, su origen, composición y los efectos de su uso o consumo. Igualmente, la publicidad que tenga como fin la difusión de aseveraciones sobre bienes o servicios que no fueren veraces y exactas, que coloque a los agentes económicos que los producen o comercializan en desventaja ante sus competidores.

Sobre ello, cabe comentar el segundo párrafo del Artículo 16 de la referida Ley:

La determinación de la existencia de una práctica desleal, no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. No será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro competidor, de los consumidores o del orden público económico; basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, para que se apliquen las sanciones legales previstas en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

Estos preceptos —que establecen la responsabilidad objetiva, y ni siquiera de culpa presunta—, en materia sancionatoria entran cierta controversia con el Artículo 49 del texto constitucional, en concreto, con los principios de tipicidad, debido proceso (aplicable a todas las actuaciones administrativas), el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia⁵⁴.

Irónicamente⁵⁵, el criterio del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁶ favorece nuestra opinión, según la cual es inconstitucional prescindir de la presunción de inocencia, así como presumir la culpabilidad en materia de sanciones, y todavía más si no existen normas claras sobre el objeto a sancionar, las cuales permitan a los destinatarios del precepto sancionador, llevar conductas diligentes del todo.

Además, cabe destacar que la anterior se vincula con el binomio normativo de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015, a saber, los Artículos 7 numeral 5 y 47 numeral 6. Al igual que en los contratos de adhesión, el desarrollo normativo de la publicidad engañosa es penosamente deficiente y, por añadido, sólo tiene una vertiente represiva con unas bases jurídicas ingentemente difusas. Esa es la regulación de la publicidad engañosa en Venezuela: una escueta definición legal y un par de preceptos sancionatorios.

⁵⁴ Badell Madrid, Rafael “Potestad Sancionatoria de la Administración en Venezuela” en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana N°21, Centro de Investigación para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2022, pp. 58-79. El autor también realiza comentarios sobre los excesos de Ley Orgánica de Precios Justos frente a los principios que informan la potestad sancionatoria de la Administración.

⁵⁵ En el caso de Colombia, alguna jurisprudencia ha admitido *excepcionalmente* la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia de sanciones administrativas (ver a Restrepo Pineda, Carlos “La responsabilidad objetiva en el Derecho Sancionatorio Tributario vista por la Corte Constitucional” en Revista Visión Contable N°6, Universidad Autónoma Latinoamericana, pp. 63-91). Lo irónico, es que Colombia, en materia de publicidad engañosa, no posee una presunción de culpa.

⁵⁶ Sentencias de 05-04-2016 y de 02-06-2015 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En el Derecho Comunitario, la Directiva 84/450/CEE, modificada por la Directiva 97/55/CE sobre la publicidad engañosa y la publicidad comparativa, establecen los parámetros de la materia, en conjunto con la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con consumidores y la la Directiva 2006/114/CE.

La Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa establece criterios mínimos para aquellas, señalando en su Artículo 1, que su objeto es “proteger a los consumidores (...) contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa”. Al incluir la publicidad comparativa, se le añaden más texturas al concepto.

De estos cuerpos normativos, se permiten deducir los elementos constitutivos de cada ilícito tipificado en las Directivas, así como los factores que ayudan a determinar cuándo se trata de un engaño, entre otros aspectos relevantes⁵⁷. Es destacable mencionar que estas normas tienen el propósito de ser parámetros básicos, y cuentan con una extensión mucho mayor que nuestra normativa.

3.5. Tutela extracontractual: Responsabilidad por productos defectuosos⁵⁸

Otro de los tópicos más relevantes en la regulación de protección al consumidor, sin duda, es el régimen especial de responsabilidad civil. Lo primero, es dejar clara la necesidad de un régimen especial para esta clase de responsabilidad civil, ello, con base a las carencias de los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual del Derecho Común. Hay elementos esenciales aquí: legitimación activa y pasiva, tipo de responsabilidad (objetiva o subjetiva, contractual o extracontractual, y los supuestos de defecto en el producto).

En cuanto a la responsabilidad contractual, Zelaya Etchegaray identifica las siguientes razones: (a) está concebida para reparar los daños, vicios o defectos del objeto del contrato, pero no los causados por el objeto del contrato, y menos sobre otros bienes o sobre terceros no contratantes; (b) una legitimación activa y pasiva limitada a

⁵⁷ Martínez-Salcedo, Juan “Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español” en Revista Opinión Jurídica Vol 15, N°29, Universidad de Medellín, Medellín, 2016, pp.101-122,

⁵⁸ Este punto es estudiado a detalle en Fernández Bravo, Simón. “Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela” en Revista de Derecho Mercantil No. 11 en Homaje al Dr. Muci-Abraham, 2023, PP. 641-665

las partes integrantes del contrato (el autor pone el ejemplo de daños ocasionados a la hija del contratante, quien deberá acudir a la vía extracontractual); (c) el deudor sólo responde por culpa leve⁵⁹.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, las razones que expone son: (a) una desproporcionadamente exigente carga probatoria en cabeza de la víctima para demostrar la culpa del agente del daño, al igual que la causa precisa y determinante del daño; (b) la víctima desconoce los detalles del proceso productivo y la empresa la maneja en su totalidad⁶⁰, haciendo más explícito el problema de asimetría informativa.

Consideramos que estas son observaciones pertinentes para la construcción de un sistema de responsabilidad por productos desde cero, junto con la pregunta de si ese sistema debe atender a un régimen especial de responsabilidad contractual o extracontractual, si debe ser una responsabilidad objetiva o con culpa, los legitimados en la relación, etc.

Primero, observemos la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. El modelo contemplado en esta Directiva, resumidamente, es un sistema que, según alguna doctrina, es de responsabilidad objetiva y solidaria⁶¹, en el cual el perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño (Artículos 4 y 5 de la Directiva). Sin embargo, no pensamos que la Directiva contempla un sistema de responsabilidad objetiva del todo, sino uno de culpa presunta, debido a que el Artículo 6 contiene una serie de supuestos en los cuales el deudor puede quedar librado de responsabilidad, teniendo éste la carga de la prueba sobre los mismos⁶².

Se trata de un sistema de culpa presunta igual que el contemplado en la Ley chilena para los que denomina “productos peligrosos”(en Chile, hay una tricotomía entre productos inidóneos, inseguros y peligrosos, siendo un sistema más amplio y preciso

⁵⁹ Zelaya Etchegaray, Pedro “El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva Ley de Protección al Consumidor” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp.216-221

⁶⁰ Ídem

⁶¹ Castañeda Muñoz, José Eugenio “Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE” en Cuadernos de Estudios Empresariales, n. 0 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 195-205

⁶² La responsabilidad objetiva prescinde completamente de analizar la conducta del agente del daño, Alpa lo expone de esta forma: “La ilicitud concierne, en todo caso, al resultado, es decir, al efecto dañoso de la actividad, y no a la actividad en sí misma; en otras palabras, el ordenamiento no expresa un juicio de valor negativo sobre el comportamiento humano que ha provocado el daño”, si el sistema de la Directiva fuera objetivo, sería incompatible con el Artículo 7 que prevé causales de exculpación atinentes a la conducta del autor, ver en Alpa, Guido “Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil”, El Jurista Editores, Lima, 2006, p. 316

que el de la Directiva)⁶³, el cual abre la posibilidad de que el deudor se libre de responsabilidad probando que “provea los bienes o preste los servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza de aquéllos”⁶⁴.

A su vez, el régimen que propone la Directiva establece otros aspectos relevantes que debería considerar el legislador venezolano, como una legitimación activa amplia, que no requiere de la presencia del consumidor, sino de la víctima efectiva del daño. El legislador argentino no es tan generoso, debido a que limita la exigibilidad de esta clase de responsabilidad a la existencia de una relación de consumo entre las partes, definida en el Artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor⁶⁵.

Ahora, en cuanto al problema de la legitimación pasiva, pensamos que una solidaridad pasiva amplia entre todos los integrantes de la cadena de producción puede generar diversas injusticias, así como reconocemos la amplia dificultad de probar la culpa en concreto de alguno. El legislador argentino opta por esta solución en su Artículo 40⁶⁶, permitiendo al consumidor atacar a todos los integrantes de la cadena de producción y teniendo los mismos acciones de regreso entre sí⁶⁷. Son múltiples las combinaciones que puede hacer el legislador en estos temas de legitimación, el cual consideramos básico para fundar un régimen especial de responsabilidad por productos en Venezuela.

En Venezuela, el antecedente más próximo es el Artículo 77 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y rezaba:

Artículo 77: Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, serán solidaria y concurrentemente responsables, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aún cuando no tengan con los mismos una relación laboral

⁶³ Corral Talciani, Hector “*Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, pp. 163-211. En vista de que el presente se orienta a una propuesta de base, no indagaremos sobre esta clase de detalles.

⁶⁴ Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, Artículo 47

⁶⁵ Sáenz, Luis Ricardo y Silva, Rodrigo “*La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado*” en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 |, Palermo, 2019, pp. 201-254

⁶⁶ *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (Argentina), ARTICULO 40. — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”*

⁶⁷ Sáenz, Luis Ricardo y Silva, Rodrigo “*La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado*”

Sobre este particular, Madrid Martínez se pronunció, señalando que se trataba de un sistema altamente enigmático, dado que incluye como sujetos pasivos solidariamente responsables a una multiplicidad de sujetos, lo cual no permite distinguir si debe procederse con el sistema de culpa probada o de culpa de los Artículos 1.185 y 1.191 del Código Civil, respectivamente, así como tampoco era posible distinguir si se trataba de un sistema de responsabilidad contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva, y demás⁶⁸.

En suma, aunque no se trata de un trabajo dedicado a las particularidades detalladas de la responsabilidad civil en materia de consumo, concluimos que es una materia cuya regulación es fundamental, debido a que, de acuerdo con los problemas expuestos al inicio de este título, el sistema de responsabilidad concebido por el Derecho Común, tanto en materia contractual como extracontractual, deja en una situación muy perjudicial a los consumidores, sobre todo en lo que a temas probatorios respecta; sin embargo, debe pensarse en que no es correcto concebir un régimen con férreas protecciones, dado que el propósito tampoco es perjudicar innecesariamente a los empresarios y, como se observará posteriormente, se necesita una regulación prudente y proporcional para favorecer al propio consumidor.

3.6. Ejercicio de la potestad sancionadora

Este elemento, respecto de los demás, goza de una particularidad muy interesante, y es que el legislador venezolano ha desarrollado su equivalente a la “protección al consumidor”, con base al poder sancionador del Estado —en este punto, nos referiremos principalmente sanciones administrativas—. Lo que ello parece dar a entender, es que se considera a las sanciones como la mismísima protección, y no como un medio para garantizar un conjunto de derechos subjetivos reconocidos a los consumidores.

Para dejar un poco más explícito el párrafo anterior, nos basta con hacer una lectura de lo que podemos llamar un binomio que conforma toda la protección al consumidor en Venezuela: los Artículos 7, de los derechos individuales, y 47, en el capítulo de infracciones, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015. Lo que sucede en ambas disposiciones, es que la primera se encarga de señalar los derechos de las personas en relación con los bienes y servicios y la segunda de castigar a quienes violen, menoscaben, desconozcan o impidan a las personas el ejercicio de los derechos del Artículo 7, reproduciendo listas casi idénticas en ambo.

⁶⁸ Madrid Martínez, Claudia “*La responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*” en Homenaje a Aníbal Domínicí, coordinado por Irene de Valera y José G. Salaverría, Ediciones Liber, Caracas, 2008, p. 61

En ese sentido, es claro cómo concibe a las sanciones como el modo de proteger los derechos de las personas en relación con los bienes y servicios. Lo que postulamos en el presente es un replanteamiento de la función que pueden tener las sanciones en esta materia: las sanciones deben ser un modo de cumplimiento de las normas de protección al consumidor, más no la protección en sí misma.

Habiendo aclarado esto, se debe recordar que no se ha escrito poco sobre el sistema de sanciones de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015. Por ejemplo, el profesor Sira Santana⁶⁹, expone el inconstitucional y claramente adverso para el empresario procedimiento sancionatorio que establece la Ley. De aquí, tal como lo afirma el autor, parece dar más luces de una Ley de criminalización del empresario, que de una Ley de protección del consumidor.

Sobre eso, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n.º 307 del 06 de marzo de 2001, ha concebido al poder sancionador como “mecanismos coercitivos para cumplir sus fines (...) frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por ley”.

Igualmente, en España, Mayor Menéndez, comentando el título de Inspección y Régimen Sancionador de la Ley 11/1998 de 24 de abril, cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para expresar que “la potestad sancionadora tiene un carácter instrumental respecto del ejercicio de competencias sustantivas”⁷⁰.

Con base en ello, recalcamos el carácter instrumental y complementario de las sanciones administrativas, en este caso, para el Derecho material reconocido en la Ley y no como la sustancia del Derecho material, con lo cual, si la protección al consumidor se basa, fundamentalmente, en sanciones, la protección del consumidor carece de sustancia por completo.

En otro orden, la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, en su considerando número 10, apunta a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

⁶⁹ Sira Santana, Gabriel “*El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor*” en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana N°15, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila., Caracas, 2018, pp. 111-154

⁷⁰ Mayor Menéndez, Pablo comentando el Artículo 76 de la Ley 11/1998 de 24 de abril en “*Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*”, coordinado por Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo, Civitas, Madrid, 1999, p. 660

3.7. Resolución de controversias: El arbitraje de consumo

Una tendencia cuya inclusión al Derecho venezolano pudiere ser explorada, como lo ha hecho recientemente Diego Castagnino⁷¹, tal como es la del arbitraje de consumo, a los fines de que los consumidores tengan mecanismos alternativos de resolución de controversias a la mano.

En Latinoamérica, Perú tiene institucionalizada esta figura con unas características que se desprenden del Código de Protección y Defensa del Consumidor meritorias de comentar: gratuidad en el acceso, voluntariedad, unidireccionalidad y, en especial, que es gestionado por el Estado, entre otras⁷². Comentemos el último carácter.

El hecho de que este sistema arbitral se encuentre gestionado por el Estado, en los términos que lo es, implica que existe un órgano denominado “juntas arbitrales” (creadas por el Artículo 138 del mencionado Código), las cuales se encargan de nominar a los sujetos que fungirán como árbitros, quienes gestionarán el arbitraje, en definitiva. Igualmente, debe mencionarse que la unidireccionalidad es el mecanismo que logra la efectividad del acceso, en medida de que la voluntad del consumidor obliga al integrante de la cadena de producción.

Esto es fundamental a los fines de evitar que se trate de un procedimiento triangular donde decida la Administración, dado que para resolver la controversia es necesario que, tal como dice Gordillo, es necesario que “haya un juzgador imparcial e independiente, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir la administración”⁷³.

Ahora, el arbitraje, conceptualmente, requiere de la voluntad de las partes —en nuestro caso, en los términos del Artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial—, al igual que debe ser una materia arbitrable frente al Artículo 3 de la misma. Aquí se recogen dos elementos relevantes para una eventual incorporación del arbitraje de consumo en una Ley especial. Escobar Alvarado expresa lo siguiente:

“(…) un tribunal arbitral puede conocer todo tipo de controversias de Derecho privado siempre que los hechos que la generan se encuentren dentro del campo de aplicación de dicho acuerdo. El método para determinar si un acuerdo de arbitraje abarca controversias extracontractuales originadas dentro del marco de una relación jurídica contractual consistirá en un análisis tanto de la amplitud del

⁷¹ Castagnino, Diego. “*El arbitraje de consumo en Venezuela: una visión desde el Derecho Mercantil*” en XII Jornadas Aníbal Dominici en Homenaje al Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Aciempol, 2022, pp. 144-174

⁷² Cabrera-Araujo, Diego “*La viabilidad del arbitraje de consumo dentro del sistema de protección al consumidor en el Perú*” (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Programa Académico de Derecho. Lima, Perú, pp. 83-87

⁷³ Gordillo, Agustín “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo 2, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 2006, p.IX-5

lenguaje utilizado por el acuerdo de arbitraje —es decir, si las partes no han limitado el arbitraje a controversias contractuales— como de los hechos propios de la controversia.⁷⁴

Para ello, sería necesaria la existencia de acuerdos previos entre consumidores y empresarios, con lo cual, reproducir la unidireccionalidad⁷⁵ del arbitraje de consumo peruano, solventa el aspecto de la necesidad de un acuerdo voluntario, por cuanto se incluyen disposiciones legales que den esta opción al consumidor y obliguen al empresario a aceptar sin reparos.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo desarrollado, es imperante la inserción de una auténtica protección del consumidor en Venezuela; bien sea como disciplina autónoma para lo cual requeriría que se tratase de un conjunto de reglas que atañen a una relación jurídica en particular —la relación de consumo, en nuestro caso—, sistematizado en un instrumento normativo y con un núcleo dogmático propio —consistente en principios e instituciones únicos—⁷⁶.

En nuestro caso, el llamado Derecho de Consumo puede analizarse desde una pluralidad de ópticas, desde la contractual y de obligaciones (Derecho Civil y Mercantil), desde la del Derecho Administrativo, desde el Derecho Procesal y desde el Derecho Penal; sin embargo, consideramos que esta transversalidad es precisamente un argumento a favor para trabajar en una autonomía del Derecho de Consumo en Venezuela, todo ello en torno al principio —constitucional— de soberanía del consumidor.

En ese sentido, esa autonomía no puede provenir de un cambio radical e instantáneo, necesita la adopción progresiva de instituciones y principios dentro de la práctica y dogmática jurídica; en esa órbita, lo que propone el presente es estudiar las distintas tendencias de la protección del consumidor y, viendo que la relación de consumo es, ante todo, entre particulares y, por lo tanto, parte del Derecho Privado, dar lugar a esta adopción progresiva de instituciones desde la óptica del Derecho Privado.

⁷⁴ Escobar Alvarado, Ramón “*El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual*” en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13, Caracas, 2020, p.546

⁷⁵ En España, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, también reconoce esta unidireccionalidad

⁷⁶ Vergara Blanco, Alejandro “*Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los núcleos dogmáticos*” en Revista Chilena de Derecho Vol. 41, N° 3, pp. 957-991

En fin, lo que se busca este modesto trabajo es, a largo plazo, que se realice el esfuerzo para la construcción del Derecho de Consumo en Venezuela, intentando llamar la atención de la comunidad jurídica y, en un corto plazo, que se deje de asociar la protección al consumidor con el Derecho Administrativo, dado que los principios de esta disciplina de nada sirven para el estudio material de los contratos de adhesión, de la responsabilidad civil por productos defectuosos, de los medios de resolución de controversias y demás, para que se asocie con el Derecho Privado y se construya a partir del mismo

BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, Guido *“El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas”*, traducido del italiano por Pablo Andrés Moreno Cruz, en Revista de Derecho Privado N°15, Universidad de Externado, Bogotá, 2008
- Alpa, Guido *“El derecho de los consumidores y el “Código del Consumo” en la experiencia italiana*, traducido del italiano por Pablo Andrés Moreno Cruz, en Revista de Derecho Privado, Universidad de Externado, Bogotá, 2006
- Alpa, Guido *“Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil”*, El Jurista Editores, Lima, 2006,
- Averitt, Neil y Lande, Robert *“La soberanía del consumidor. Una teoría unificada de la Ley antimonopólica y de protección al consumidor”* en Ius et veritas N° 23
- Badell Madrid, Rafael *“Potestad Sancionatoria de la Administración en Venezuela”* en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana N°21, (2022)
- Basile Urizar, Miguel Ángel *“La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos. Un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana”* en Revista de la Facultad de Derecho N° 71 (2016-2017), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017
- Buchanan, James y Tullock, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional Democracy*, University of Michigan, Indianapolis 1962
- Butler, Eamonn *“Public Choice a Primer”*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2012
- Cabrera-Araujo, Diego *“La viabilidad del arbitraje de consumo dentro del sistema de protección al consumidor en el Perú”* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Programa Académico de Derecho. Lima, Perú
- Caplan, Bryan. *“The Myth of the Rational Voter: why democracies choose bad policies*, (New Jersey: Princeton University, 2008

- Carballo Fidalgo, Marta “*La Directiva 93/13/Cee Sobre Cláusulas Abusivas Y Su Desarrollo Por El Tribunal De Justicia De La Unión Europea. Aportaciones A La Construcción De Una Disciplina Protectora Y Cuestiones Abiertas*”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2022), Vol. 14, N° 1
- Castagnino, Diego. “*El arbitraje de consumo en Venezuela: una visión desde el Derecho Mercantil*” en XII Jornadas Aníbal Dominici en Homenaje al Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Acienpol, 2022, pp. 144-174
- Castañeda Muñoz, José Eugenio “*Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE*” en Cuadernos de Estudios Empresariales, n. 0 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992
- Chacón Gómez, Nayibe “*Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos*” en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 9, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.-- Caracas, 9 (2017)
- Chelminski, Vladimir “*Los controles de precios. Buenas intenciones y trágicos resultados*”, CEDICE, segunda edición, Caracas
- Corral Talciani, Hector “*Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, consultar en idioma castellano en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>
- Erhard, Ludwig “*Prosperity through competition*”, Frederick A. Praeger, New York, 1958
- Escovar Alvarado, Ramón “*El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual*” en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13, Caracas, 2020
- Fernández Bravo, Simón. “*Algunos problemas ocasionados por la inexistencia de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Venezuela*” en Revista de Derecho Mercantil No. 11 en Homenaje al Dr. Muci-Abraham, 2023, PP. 641-665
- Fernández Bravo, Simón. “*La cuestión de la eficiencia de la Administración Pública*” en Revista Electrónica de Derecho Administrativo No. 24 (2022)
- García Cantero, Gabriel “*Integración del Derecho de Consumo en el Derecho de Obligaciones*” Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, N° 13, Navarra, 1992
- Gherzi, Enrique “*El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho*”, Themis N° 19
- Gordillo, Agustín “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo 2, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 2006

- Grisanti Belandria, Rosibel “*Inexistencia de los actos cuasi jurisdiccionales*”, Editorial Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1994
- Hübner Guzmán, Ana María “*Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor*” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999
- Madrid Martínez, Claudia “*La responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*” en Homenaje a Aníbal Dominici, coordinado por Irene de Valera y José G. Salaverría, Ediciones Líber, Caracas, 2008
- Madrid Martínez, Claudia “*Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos*” en Revista de Derecho Mercantil, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Edición en honor a Alfredo Morles Hernández, Caracas, 2021
- Manual sobre protección del consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2017, pp. 23-24, disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplp2017d1_es.pdf
- Martínez-Salcedo, Juan “*Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español*” en Revista Opinión Jurídica Vol 15, N°29, Universidad de Medellín, Medellín, 2016
- Mayor Menéndez, Pablo comentando el Artículo 76 de la Ley 11/1998 de 24 de abril en “*Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*”, coordinado por Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo, Civitas, Madrid, 1999
- Mélich Orsini, José “*Doctrina General del Contrato*”
- Mélich Orsini, José “*Doctrina General del Contrato*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Quinta Edición, Primera Reimpresión, Caracas, 2012
- Mélich Orsini, José “*Las particularidades del contrato con consumidores*” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999
- Messineo, Francesco “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, Tomo V, Editorial Jurídica Europa América
- Morles Hernández, Alfredo “*El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*” en Revista de Derecho Público N°115/2008, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008
- Morles Hernández, Alfredo “*La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión*” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 132, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008
- Nos basamos en el enfoque de Jellinek, Walter “*Alemania como Estado de Derecho*” en Revista de Administración Pública N° 6, Madrid, Septiembre-Diciembre, pp.347-352.

- Para aproximarse al concepto, aunque esté aplicado al ámbito de elección individual en el ámbito electoral, pueden observarse: James Buchanan, Gordon Tullock, “*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*” (Liberty Fund, 2011), 17-76 ver en: <https://bit.ly/3QfxnO5>
- Perret, Louis “*Protección al Consumidor en Canadá y los Estados Unidos: Principales técnicas*” en *Derecho de Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999
- Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, 2016: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>
- Recientemente, Hernández, José Ignacio “*Control de cambio y control de precio en Venezuela: Auge y colapso institucional: del modelo socialista a la dolarización de facto*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021
- Sáenz, Luis Ricardo y Silva, Rodrigo “*La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado*” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* | ISSN 0328-5642 |, Palermo, 2019
- Shuttinger, Robert y Butler, Eamonn “*4.000 años de controles de precios y salarios*”, Primera Edición, Atlántida Editorial, Buenos Aires, 1979
- Sira Santana, Gabriel “*El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor*” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana* N°15, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila,, Caracas, 2018
- Smith, Adam “*Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*”, Alianza Editorial, 2011, España
- Stigler, George “*The economics of information*” en *The Journal of Political Economy*, Volumen 69, Tercera Edición, Chicago, 1961
- Tambussi, Carlos Eduardo “*El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*” en *LEX Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Vol.14, Núm 18 (2016), Perú, 2016
- Tomamos el enfoque de Sen, Amartya “*Desarrollo y Libertad*”, Planeta Editorial, Barcelona, 1999
- Urdaneta Fontiveros, Enrique “*El derecho de desistimiento del consumidor*” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho N°67-70*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021-2015
- ver a Restrepo Pineda, Carlos “*La responsabilidad objetiva en el Derecho Sancionatorio Tributario vista por la Corte Constitucional*” en *Revista Visión Contable* N°6, Universidad Autónoma Latinoamericana

- Vergara Blanco, Alejandro “*Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y*
Von Mises, Ludwig “*Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*”, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2005
- Zelaya Etchegaray, Pedro “*El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva Ley de Protección al Consumidor*” en Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, 1999

Notas sobre los microseguros en la nueva Ley de la Actividad Aseguradora

Jeison García Palacios*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 311-327

Resumen: La nueva Ley de la Actividad Aseguradora, publicada en Gaceta Oficial a finales del año 2023, incorporó los microseguros como una novedosa forma de ampliar el mercado asegurador a través de la oferta de productos de seguros para personas que habitualmente no tienen oportunidades de contratar seguros tradicionales, siendo direccionados a sectores vulnerables de la sociedad.

Palabras clave: microseguro, actividad aseguradora, mercador asegurador

Notes on microinsurance in the new Insurance Activity Law

Abstract: *The new Insurance Activity Law, published in the Official Gazette at the end of 2023, incorporates microinsurance as a new way to expand the insurance market through the offer of insurance products to people who usually do not have opportunities to contract traditional insurance; therefore, they are directed at vulnerable sectors of society.*

Keywords: *microinsurance, insurance activity, insurance marketer.*

Recibido: 12/4/2024

Aprobado: 27/5/2024

* Universidad Central de Venezuela, Abogado. Cursante de la Especialización en Derechos Humanos.

Notas sobre los microseguros en la nueva Ley de la Actividad Aseguradora

Jeison García Palacios*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 311-327

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Consideraciones generales 2. Sobre las diferentes acepciones de la palabra microseguro 3. Finalidad y características de los microseguros en la nueva Ley de la Actividad Aseguradora 4. Las coberturas permitidas para los microseguros 5. Los canales alternativos y la comercialización de microseguros. 6. El microseguro y el derecho comparado 6.1. El caso argentino 6.2. El caso peruano.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN:

Recientemente fue reformado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, promulgado en la Gaceta Oficial n.º 6770 Extraordinario. Es de destacar que la Disposición Final Quinta del referido Decreto-Ley cambió su propia denominación oficial y sustituye los términos “Rango, Valor y Fuerza” por “Ley”, toda vez que el acto emanó de la Asamblea Nacional. En ese sentido, la nueva Ley de la Actividad Aseguradora tiene importantes cambios para el mercado respectivo, entre lo que destaca la incorporación de los microseguros, con el fin de promover la oferta de productos de seguros a sectores socioeconómicos vulnerables, que históricamente han estado excluidos de la contratación de seguros tradicionales.

La nueva ley además incorpora las coberturas que estarán permitidas para los microseguros, y la oportunidad de utilizar canales alternativos para la oferta, comercialización y colocación de estos en el mercado asegurador, sin menoscabo de la regulación especial en normas prudenciales que podrá dictar la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para regular de forma particular cada aspecto de los microseguros. Aunque muchos países, entre ellos Argentina y Perú, prevén los microseguros en sus ordenamientos jurídicos, Venezuela lo contempla inicialmente en la reciente Ley de la Actividad Aseguradora, sin menoscabo de otras figuras jurídicas relacionadas como son los seguros solidarios que ya estaba anteriormente establecido en el Decreto-Ley derogado, y de otras figuras afines como los seguros masivos e inclusivos, también novedosos en la Ley.

* Universidad Central de Venezuela, Abogado. Cursante de la Especialización en Derechos Humanos.

1. Consideraciones generales

El Estado venezolano ofrece protección social a través de servicios públicos tales como la salud pública de acceso universal y el sistema de pensiones para la vejez, siendo métodos de amparo y resguardo de la administración pública para los individuos. La actividad de seguros, aunque estrictamente no puede considerarse una forma de manifestación de servicio público, en el sentido de que es ejercido por los particulares, Peña Solís (2012) ha sido conforme en señalarla como una actividad de servicio público del tipo virtual o impropia, ya que tiene una estrecha vinculación con el interés público y por lo tanto queda sometido al régimen de control, fiscalización, vigilancia e intervención de la Administración Pública¹. El autor dice:

Esta calificación al parecer tiene su origen en la doctrina del Consejo de Estado Francés, siendo acogida en la doctrina italiana, e inclusive en la española. En realidad se utiliza la expresión, porque alude a actividades que no son calificadas legalmente como servicio público, o sea, que en principio pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, pero ocurre que como ellas están estrechamente vinculadas a un interés público, quedan sometidas a un régimen legal excepcional de la intervención de la Administración, semejante en cuanto tal intervención, no en cuanto a modalidades, al de los servicios públicos, razón por la cual han sido denominados “servicios públicos virtuales o impropios” y “actividades de interés público”. Se citan como ejemplos, dependiendo de cada país, el servicio de taxis, la actividad bancaria o de seguros, las actividades de enseñanza, las actividades sanitarias, etc. (pág. 348)

Bajo las consideraciones anteriores, Trommershauser, Lindenthal y Krecha (2009); agregan lo siguiente:

Si el estado por su cuenta no puede proporcionar un grado adecuado de protección social, por lo menos debe crear un ambiente en el cual el mercado puede ofrecer planes de protección a los segmentos desentendidos. Como se explicó en el capítulo anterior, los ajustes a las leyes y reglamentos de seguros pueden contribuir mucho a ayudar a los asegurados comerciales a servir al mercado de bajos ingresos.

Los seguros no es una manifestación de protección social, sean tradicionales o no. Es una actividad que ofrecen particulares a individuos que autónomamente contratan un tipo de servicio que es eminentemente mercantil para el prestador². Sin embargo, la opción de un seguro más social y con oportunidades de contratación para sectores

¹ Véase: Artículo 6, sobre las atribuciones de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora en Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial N° 6.770 Extraordinario de fecha 29 de noviembre de 2023.

² Véase: Artículo 3, Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora en Gaceta Oficial N° 40.973 del 24 de agosto de 2016.

excluidos habitualmente de este tipo de servicio, puede ayudar a incrementar la seguridad individual en personas y familias con ingresos medios o bajos, ya que los servicios públicos de protección social, tienen problemas de ejecución y de cumplimiento con los administrados.

El Estado a través de su competencia normativa, y en específico las competencias de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora como servicio desconcentrado y órgano que regula el sector a través de reglamentos, providencias y normas prudenciales, puede propiciar un ambiente más cómodo para que las empresas de seguros tengan oportunidades de ampliar sus actividades y la oferta de sus servicios, con incentivos estatales, para crear los mecanismos necesarios en la creación de productos de seguro para sectores desprotegidos y sin oportunidades de contratar seguros habituales con primas costosas para algunos miembros de la comunidad.

2. Sobre las diferentes acepciones de la palabra microseguro

Tradicionalmente el significado de microseguro está orientado en una forma de darles a personas y familias de bajo ingreso o vulnerables, protección. En ese sentido Churchill, (2009) definiendo los microseguros, afirma:

El microseguro es la protección de las personas de bajos ingresos contra riesgos específicos a cambio de pagos regulares de prima proporcionales a la posibilidad y costo del riesgo envuelto. Esta definición es básicamente la misma que podía utilizarse para el seguro regular, excepto por el mercado claramente establecido que quiere atender: personas de bajos ingresos.

Sin embargo, el microseguro según su propósito puede tener dos acepciones posibles. Por un lado, puede enfocarse desde el sentido social, al ser un mecanismo de resguardo de personas o familias económicamente vulnerables, y por el otro, desde el sentido mercantil al significar una forma de crecimiento comercial para las empresas aseguradoras ya que el microseguro puede llegar a mercados donde un seguro tradicional no puede ofertarse debido a las diferencias socio-económicas de los potenciales clientes. En tal sentido Pérez-Fructuoso (2014), comenta:

Su objetivo fundamental es el mismo que el perseguido por el seguro tradicional: permitir a los consumidores, particulares o empresas y organismos públicos y privados, transferir sus riesgos y adquirir la seguridad necesaria para la vida o el desarrollo de sus negocios. Sin embargo, dicho objetivo puede tener diversas acepciones según el agente económico considerado. Por ejemplo, para las aseguradoras y otros participantes del sector asegurador, el microseguro es una forma de llegar a grandes mercados potenciales que no están lo suficientemente cubiertos con los seguros tradicionales y fomentar el crecimiento económico y el desarrollo de los seguros en estos mercados emergentes.

Indiferentemente del sentido social o mercantil que posee la palabra microseguro, lo importante es que cada parte dentro del proceso de contratación del producto, obtenga un beneficio que le genere una utilidad, ya sea protección para siniestros con cobertura previa, con primas asequibles; o las ganancias y crecimiento exponencial de la cartera de clientes para las empresas de seguros, con la colocación de nuevos productos en el mercado. Pero, aunque es posible concebir varias acepciones de la palabra microseguro, no se debe perder de vista el fin último del microseguro, al estar diseñado para darle auxilio a sectores con características concretas de vulnerabilidad social y económica.

3. Finalidad y características de los microseguros en la nueva Ley de Actividad Aseguradora

La característica más relevante de los microseguros, en la nueva Ley de Ley de la actividad Aseguradora (en adelante Ley vigente), es que está reservada para sectores socioeconómicos vulnerables de acuerdo a la propia definición que ofrece la Ley vigente:

Artículo 4. A los efectos de la presente ley, se entenderá por:

Omissis

21. Microseguro: Producto de seguro o de medicina prepagada que ampara riesgos específicos, **direccionado a sectores socioeconómicos vulnerables**, con sumas aseguradas y primas o cuotas al alcance de estos. (Resaltado nuestro).

Aunque la vulnerabilidad socioeconómica tiene varios factores o formas de determinarse, la Ley vigente, no contempla situaciones específicas dejando una posible determinación al reglamento y a las normas prudenciales que dicte el Órgano de Control. Sin embargo, la Ley vigente si ofrece determinación en otras formas de seguros no tradicionales, tales como los seguros inclusivos y los seguros masivos. Es así como el artículo 55 de la Ley vigente, dice:

Artículo 55. Los microseguros, seguros inclusivos y seguros masivos ofertados por las empresas de seguros y de medicina prepagada deben estar destinados a amparar:

1. Microseguros: sectores socioeconómicos vulnerables, de conformidad con las normas dictadas a tal efecto por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.
2. Seguros inclusivos: sectores sociales excluidos o desatendidos por las coberturas disponibles en el mercado asegurador, entre los que se encuentran: jubilados, pensionados, adultos mayores, personas con discapacidad física o mental, microempresarios, emprendedores, artesanos, población rural, etnias, productores agrícolas y pecuarios, pescadores y acuicultores, así como aquellos establecidos por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para tales efectos.
3. Seguros masivos: cualquier sector social con características comunes, con sumas aseguradas y primas accesibles.

Por lo tanto, la determinación final de los sectores de destino de los microseguros, deberá estar especificado en normas de carácter sublegal, toda vez que la propia Ley que lo regula, determina desde la generalidad a quien va dirigido. Si comparamos la concepción del microseguro, con su homólogo más cercano en el derogado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora de 2015 (en adelante Decreto-ley), denominado *seguro solidario*, podemos contrastar como en el Decreto-ley se especifica subjetivamente quiénes podían beneficiarse del seguro obligatorio y solidario, contemplando a personas cuyos ingresos mensuales no superen el equivalente a veinticinco unidades tributarias (25 U.T.), y otras características subjetivas, tales como: jubilados, pensionados, adultos mayores, personas con discapacidad, y personas con enfermedades físicas y/o mentales, según el artículo 134 *eiusdem*.

Sin embargo, a pesar de las reglas tan específicas para los seguros solidarios en el derogado Decreto-Ley, la incorporación de los microseguros se justifica desde la propia Ley vigente, ya que afirma en la exposición de motivos, que los seguros solidarios no cumplieron con los objetivos para los que estaban destinados, no generando el impacto positivo que se esperaba. En ese sentido, la Ley vigente dice textualmente en su exposición de motivos:

Asimismo, se generan condiciones para facilitar la incorporación de la población económicamente vulnerable o desprotegida a los contratos de seguros masivos, microseguros y los seguros inclusivos, en lugar de los seguros solidarios, los cuales no han logrado el impacto social que fundamentó su incorporación en la anterior ley.

Debemos destacar, que la propia Ley vigente, atribuye al Superintendente de la Actividad Aseguradora la competencia de crear un marco regulatorio para la comercialización y desarrollo de los microseguros, según el artículo 8, numeral 17. Por lo que la ampliación de la regulación, no solo es un imperativo necesario para entender realmente el enfoque que debe dársele a los microseguros, sino también es un mandato legal de regular la comercialización y desarrollo de asegurar mediante microseguros. El microseguro, pretende tener mayor alcance social, que cualquier seguro tradicional, con las posibilidades de ser ofertado a una comunidad más amplia y con necesidades socioeconómicas múltiples. Pudiendo comprender a las familias de bajos ingresos sin acceso a productos de seguros convencionales o servicios de atención médica, a los pensionados, y las personas con ingresos medios.

4. Las coberturas permitidas para los microseguros

La nueva Ley vigente, especifica las coberturas que podrán ser comercializadas mediante microseguros, previa autorización de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. De tal forma, el artículo 56 en su numeral 1, de la nueva Ley vigente, dice lo siguiente:

Artículo 56. Las empresas de seguros y de medicina prepagada, siempre que estén autorizadas para operar en el ramo correspondiente, podrán comercializar las siguientes coberturas:

1. **Microseguros: salud, funerarios, accidentes personales, vida individual, vida colectivo, incendio y líneas aliadas, sustracción ilegítima, automóvil y otras coberturas de daños para residencias o comercios, en lo que se refiere a riesgos específicos y eminentes para el sector objetivo, menores a los establecidos en una póliza tradicional.**

2. Omissis

3. Omissis

La Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante las normas que se dicten a tal efecto, establecerá el alcance y características que deberán cumplir estos productos. Igualmente, atendiendo al interés social, podrá limitar, agregar o condicionar las coberturas permitidas, así como los riesgos y montos amparados (resaltado nuestro).

Respecto a las especificaciones de algunas de las coberturas que señala el artículo anterior, pueden encontrarse en las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, con relación a la regulación de forma general, y en otras leyes y normas prudenciales con carácter especial que haya dictado la Asamblea Nacional, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, respectivamente.

De tal forma, lo concerniente al seguro de salud, se ubica en el artículo 115 y siguientes de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, mediante el cual por seguro de salud debe entenderse «aquél mediante el cual la empresa de seguros se obliga a asumir, dentro de los límites de la ley y de la póliza, los riesgos de incurrir en gastos derivados de las alteraciones a la salud del asegurado». Sin embargo este ramo del sector asegurador, tiene una Providencia Administrativa, signada bajo el n.º FSAA-003856, de fecha 16 de diciembre de 2013, que contiene la Póliza de seguro de salud individual con carácter general y uniforme para las *condiciones particulares* y la Providencia Administrativa n.º FSAA-2-0160 del 30 de noviembre de 2021, que contiene todo lo referido a las *condiciones generales* de los contratos de seguro de salud.

Los seguros funerarios tienen una referencia especial en la Ley para la Regulación y control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios, denominándose «contrato de previsión funeraria»³, y se encuentra en el artículo 45 y siguientes⁴. Es de destacar que define la previsión funeraria como:

³ Véase: Pellegrino, Cosimina (2020). Notas sobre la Ley para la Regulación y Control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios en Venezuela, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia: Caracas.

⁴ Ley para la Regulación y control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios publicada en Gaceta Oficial N° 40.358, 18 de febrero de 2014.

Artículo 45. Es el contrato de venta por medio del cual una empresa del ramo funerario o cementerio, ofrece sus servicios por adelantado; asumiendo al momento del fallecimiento del contratante o sus asociados, la responsabilidad de prestarle el servicio funerario o de cementerios adquirido. Este tipo de contrato garantiza al contratante, el servicio funerario o de cementerios, al momento de una contingencia funeraria personal o familiar.

El contrato de previsión se realizará de manera espontánea, respetando la libertad de las partes en elegir los servicios que le convenga, los cuales serán especificados en ese contrato. Las empresas funerarias y de cementerios informarán a los contratantes de los precios y servicios que prestan, antes de su contratación.

Los seguros de accidentes personales está regulado en el artículo 109 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, como aquellos seguros que en los cuáles:

La empresa de seguros o asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora se obliga a pagar una cantidad de dinero cuando el asegurado sufra lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del tomador o del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente, incapacidad o muerte.

Por otro lado el Seguro de Vida Individual, tiene una regulación somera en las Normas indicada *eiusdem*, con la siguiente definición:

Por seguro de vida se entiende aquel mediante el cual la empresa de seguros se obliga, dentro de los límites establecidos por la ley y en el contrato, a pagar una prestación en dinero por la suma establecida en la póliza, con motivo de la eventual muerte o supervivencia del asegurado.

Relacionado con el Seguro de Vida Individual, pero con características propias, tenemos el Seguro de Vida Colectivo, con una regulación especial en la Providencia FSS-2-0041 de carácter general y uniforme⁵ que define al contrato bajo los siguientes criterios:

El seguro colectivo de vida es a los efectos de la presente regulación, el contrato de seguro celebrado por un período máximo de un año entre una o varias empresas de seguros y una entidad, de naturaleza pública o privada, con el fin de asegurar a un grupo de personas, siempre que éstas tengan un vínculo común con dicha entidad.

Es así como entre el seguro de vida individual y colectivo, tiene como similitud el mismo riesgo, resumido en el hecho de muerte de un individuo asegurado en el contrato, pero con la diferencia de que en el seguro colectivo de vida, el tomador figura en

⁵ Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Providencia FSS-2-0041, publicada en Gaceta Oficial N° 5.441 del 21 de febrero del 2000

una entidad ya sea pública o privada con la capacidad de potenciales clientes que tienen vínculos entre sí, es decir, la diferencia de afiliados o usuarios es numérica.

El contrato del seguro de incendios, tiene la posibilidad de darle cobertura a distintos riesgos asociados a eventos que generen daños a bienes materiales por sucesos naturales, tales como impactos de rayos, inundaciones, terremotos, etc.; así como cubrir los gastos que generan los incendios ya sea antes, durante y posterior al siniestro. El seguro de incendios, también tiene su definición, en las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, en el artículo 73, que dice:

Artículo 73. El seguro de incendio es aquel mediante el cual la empresa de seguros se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales producidos a los bienes asegurados por la ocurrencia de fuego o rayo o por sus efectos inmediatos como el calor y el humo, siempre que los bienes no estuviesen destinados a quemarse.

Igualmente, responde por los daños, gastos, pérdidas o menoscabos que sean consecuencia de las medidas adoptadas para extinguir el incendio, evitar su propagación y salvar los bienes asegurados.

El seguro de incendio podrá cubrir otros riesgos como explosión, motín, conmoción civil, daños maliciosos, inundación, daños por agua, terremotos y cualesquiera otros que se establezcan en el contrato.

No quedarán comprendidos en la cobertura del seguro de incendio los títulos valores públicos o privados, efectos de comercio, billetes de banco, piedras y metales preciosos, objetos artísticos o cualesquiera otros objetos de valor, salvo pacto en contrario.

En el caso de las coberturas por sustracción ilegítima, la aseguradora debe «indemnizar los daños causados por un tercero por el robo de la cosa asegurada» según lo contemplado en el artículo 78 *eiusdem*. Por lo tanto, es indispensable, que se materialice el delito de robo que debe estar incluido en el contrato respectivo.

Por último, la novísima ley agrega la cobertura para automóviles, de las permitidas para microseguros. Sin embargo, en las normas sublegales especiales anteriores a la promulgación de la vigente Ley, se contemplan denominaciones distintas. Por un lado las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, habla de «seguro de transporte terrestre» en el artículo 82 y siguientes. Por otro lado, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante Providencia FSAA-9-00094, aprobó con carácter general y uniforme las condiciones generales y las condiciones particulares de la Póliza de Seguro de Casco de Vehículos Terrestres.

Es evidente que por aplicación de similitudes, los tres casos contemplan coberturas previstas para compensar los daños ocasionados a bienes de transporte terrestre (que engloba a los vehículos o automóviles), toda vez que las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, definen el seguro de transporte

terrestre como aquel que debe «indemnizar los daños materiales que puedan sufrir los bienes asegurados desde el momento en que salen del lugar de origen hasta que lleguen a su destino final» y las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Casco de Vehículos Terrestres, habla en su Cláusula 1 de «indemnizar al Asegurado o al Beneficiario la pérdida o daño que pueda sufrir el vehículo asegurado».

5. Los canales alternativos y la comercialización de los microseguros

Entre las innovaciones de la nueva Ley de Reforma, tenemos la inclusión de los canales alternativos como medio para comercializar productos de seguros con un gran número de potenciales clientes, a través de las ventajas que ofrecen las personas jurídicas de derecho privado o público, con o sin carácter mercantil. De tal forma, las empresas aseguradoras tienen la oportunidad de ofertar con mayor alcance social sus productos, aprovechando la infraestructura, la tecnología y las relaciones de un grupo amplio de individuos con nexos contractuales. En ese sentido, la definición de canales alternativos en la nueva ley, se encuentra en el artículo 4, numeral 6 y dice:

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.

Los canales alternativos, involucra 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.

La innovación de la inclusión de los canales alternativos, no solo redundará en la posibilidad de comercializar productos de seguro, con empresas de diferentes categorías, en provecho de las ventajas que ofrece en cuanto al gran número de clientes y el uso de la infraestructura o de los activos tecnológicos que poseen. También la innovación se enfoca en que las instituciones del sector bancario, que anteriormente tenían prohibición de realizar operaciones junto con las empresas aseguradoras, tengan la posibilidad de ofrecer sus recursos con la finalidad de cohesionarse con los seguros y que potencialmente el sector bancario se convierta en un canal alternativo para la comercialización de los productos ofertados por las aseguradoras.

Dentro de las posibilidades, no solo se encuentra la oferta de seguros tradicionales, también existe la posibilidad de incluir a los microseguros, en la comercialización mediante el uso de canales alternativos. Según lo indica en el artículo 58 de la Ley de Reforma, que dice:

Artículo 58. Las empresas de seguros y de medicina prepagada sólo colocarán a través de los canales alternativos los ramos de accidentes personales, funerarios, vida individual, vida colectivo y responsabilidad civil de vehículos, siempre que estén autorizados para operar en estos ramos. Previa autorización del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN), la Superintendencia de la Actividad Aseguradora podrá, mediante las normas que se dicten a tal efecto, ampliar las coberturas de los ramos de personas que pueden ofertar por estos canales.

Los canales alternativos con los cuales las empresas de seguros y de medicina prepagada celebren contratos para la colocación de los microseguros, seguros inclusivos y seguros masivos, deben estar inscritos en el registro que a los efectos lleva la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y cumplir con las normas que dicte la misma (resaltado nuestro).

Los contratos que acuerdan la comercialización u oferta de los microseguros mediante canales alternativos, tendrán que estar inscritos en el registro correspondiente de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y cumplir con las normas prudenciales que el órgano regulador dicte para tal fin.

A pesar de que la norma ofrece la posibilidad a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG) y al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN) de ampliar las coberturas de microseguros en los canales alternativos, en principio, podrán ser ofrecidas, las coberturas sobre los ramos de accidentes personales, funerarios, vida individual, vida colectivo y responsabilidad civil de vehículos, siempre que las aseguradoras estén autorizadas previamente para operar en esos ramos, según el propio artículo 58 previamente indicado.

En consecuencia, las operaciones de comercio de los microseguros mediante los canales alternativos, posee múltiples beneficios con ocasión de posibilitar la captación de potenciales clientes y ayudar en el ahorro del tiempo y del dinero en las contrataciones y en la colocación del microseguro en el mercado asegurador.

Con la característica principal de que los microseguros en la Ley vigente, tiene que ofrecerse a sectores vulnerables socioeconómicamente, con la repercusión de distribuirse con primas inferiores a las de los seguros tradicionales, la ayuda que tienen los canales alternativos en la colocación del microseguro en el mercado, conlleva a un efecto positivo en la masificación de la comercialización y en ese sentido la Revista Trabajo n.º 58 (2006) de la Organización Internacional del Trabajo, afirma:

Un microseguro rentable requiere la contratación de un gran volumen de pólizas de muy pequeña cuantía. Los costes de transacción asociados a la gestión de estas pólizas menores pueden resultar extremadamente elevados, sobre todo cuando se les considera en proporción a la suma asegurada. Para que el microseguro tenga algún valor para el tomador de la póliza, es necesario aplicar innovaciones significativas con el fin de reducir al mínimo los costes de transacción, tanto para la aseguradora como para el tomador.

La justificación del uso de canales alternativos en el comercio de microseguros supone un avance importante en el posicionamiento, con las ventajas que implica el ahorro de los costos; ya que los microseguros se caracterizan por tener márgenes pequeños de ganancias, dado el bajo valor y la carga de gastos relativamente alta. Esto significa, que los modelos de negocio de microseguros exitosos tienen que ser innovadores, especialmente en su elección del canal de distribución como forma de reducir costes y precisamente los canales alternativos ofrecen esa posibilidad.

6. El microseguro en el Derecho Comparado

6.1 El caso Argentino

Argentina tiene dos leyes especiales sobre el sector asegurador; por un lado la Ley n.º 17.418 del 30 de agosto de 1967 identificada como *Ley de Seguros* y la Ley n.º 20.091 del 11 de enero de 1973, denominada *Ley de Entidades de Seguros*. Ninguna de las leyes anteriores regula directamente los microseguros, por lo que es necesario revisar el Reglamento General de la Actividad Aseguradora de la Ley n.º 20.091, dictado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, que en su artículo 23 contempla un punto referido sobre la aprobación de los microseguros, las autorizaciones para operar y los planes junto con los elementos técnicos y contractuales indispensables para su funcionamiento.

En específico, el punto 23.8 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (en adelante el Reglamento), indica que las coberturas de los microseguros están excluidos de las autorizaciones sobre las adhesiones a las aprobaciones de carácter particular que posteriormente tengan los seguros tradicionales ya aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Además, para la aprobación de los microseguros por la Superintendencia de Seguros de la Nación, se contemplan elementos distintos a los exigidos para la aprobación de cualquier seguro tradicional, tales como:

- a. El objetivo público-social, donde se incluya el grupo asegurable al cual se encuentra dirigido, identificando las necesidades a cubrir, formas de comercialización y canales de distribución que se emplearán.
- b. Formulario de Solicitud-Certificado y/o Póliza Simplificada.
- c. Guía explicativa al Asegurado, confeccionada en lenguaje claro y sencillo.
- d. Discriminación de las sumas aseguradas por cobertura y su justificación.

Por lo tanto, en Argentina, deja a la libre determinación de las Empresas, las coberturas posibles que se comercializarán mediante el microseguro, previo encuadramiento con los elementos que exige el Reglamento, y bajo las consideraciones que realiza el Anexo del punto 23.8 sobre las Pautas Mínimas para el Diseño de Microseguros, donde se define qué se entiende por microseguro, siendo conceptualizado de la siguiente manera:

Se entiende por Microseguro a una cobertura que brinda protección a la población de bajos ingresos contra riesgos de personas o patrimoniales, que involucren el pago de primas proporcionales al perfil de riesgo asegurado y a su poder adquisitivo.

Además, el Anexo del punto 23.8 sobre las Pautas Mínimas para el Diseño de Microseguros del Reglamento, indica que la simple exhibición de la Solicitud-Certificado, en los seguros colectivos y de la póliza simplificada en los casos de seguros individuales, resulta prueba suficiente la existencia del contrato de microseguro. No se podrán comercializar sin opción de cláusulas de participación de utilidades, reajuste de primas o cláusulas similares que impliquen devolución de primas pagadas.

6.2 El caso Peruano

La ley peruana n.º 29946, es la más reciente que regula el sector asegurador en el país, y entró en vigencia en mayo de 2013, denominándose *Ley del Contrato de Seguro*. Dentro de su articulado, solamente se encuentra previsto el microseguro, en las Disposiciones Complementarias Finales y Modificatorias, en la siguiente forma:

DECIMOSEGUNDA. Los microseguros, por sus características especiales, se sujetan a la regulación sobre la materia emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en lo que sea aplicable, sin perjuicio de los principios que recoge la presente Ley.

Los microseguros quedan excluidos de la regulación expresa de la Ley peruana, remitiendo a las reglamentaciones especiales que dicten la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones del Perú. Sin embargo, el primer reglamento que se dictó para regular los microseguros, es anterior a la Ley de 2013, siendo del año de 2007 y con el objetivo de incluir a los microseguros en el mercado, promoviendo la iniciativa de inclusión de los individuos de bajos recursos. Tiene una definición muy específica sobre microseguro. El artículo 2º, dice lo siguiente:

El microseguro es un seguro masivo, de bajo costo y de cobertura reducida, por el cual se busca brindar protección efectiva a las personas naturales y microempresarios, frente a la ocurrencia de riesgos humanos o patrimoniales, que les afecten, con los límites establecidos en el artículo 3º del presente Reglamento.

La cobertura es otorgada por una empresa de seguros autorizada por la Superintendencia y contratada bajo la modalidad de seguro individual o colectivo.

La definición tiene elementos comunes de otras legislaciones, pero, indica, que los microseguros también pueden ser ofertados para microempresarios, lo que constituye una protección para pequeños negocios. Entre otras cosas, el Reglamento de 2007, regula una cobertura con un monto máximo específico, además con una vigencia indefinida que no requiere renovación anual. Por otro lado, la prima se encuentra especificada en montos exactos, siendo pagada según indique la póliza, con un plazo de gracia de 30 días.

Tiene formas de comercialización distintas: a) venta directa, b) mediante intermediación de corredores y c) por suscripción de contratos de comercialización; siendo regulada cada forma, en el propio articulado del Reglamento. Bajo el contexto, la contratación de microseguros podrá probarse, en los métodos señalados, siendo estos: la exhibición de la solicitud-certificado, en el caso de seguros colectivos y la póliza simplificada, en el caso de seguros individuales.

Durante el 2009, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de Perú, dictó otro reglamento con importantes cambios de fondo. Signado bajo la nomenclatura n.º 14283-2009 y de fecha de 29 de octubre de 2009, ofrece una nueva definición de microseguros. Se mantiene el enfoque de estar destinado a personas con bajos ingresos. La nueva definición de microseguros en el Reglamento de 2009, dice:

El microseguro es un seguro que brinda protección a la población de bajos ingresos, frente a la ocurrencia de pérdidas derivadas de los riesgos humanos o patrimoniales, que les afecten.

La cobertura es otorgada por una empresa de seguros autorizada por la Superintendencia y contratada bajo la modalidad de seguro individual o seguro de grupo, para lo cual se emite la póliza simplificada o la solicitud-certificado, respectivamente.

Se elimina de los posibles contratantes, a los microempresarios, previamente establecido en el Reglamento de 2007.

CONCLUSIONES

Existen grandes diferencias entre los seguros tradicionales y los microseguros. Los primeros atienden a personas con capacidades para pagar tarifas fijas según la oferta del mercado y la renovación de pólizas de manera sostenida en el tiempo. En cambio, los microseguros suponen una opción para sectores vulnerables, con enfoques comunitarios y de captación de clientes que probablemente nunca han contratado de forma voluntaria un producto de seguro. Cualquiera que sea el caso, el fin último de contratar un seguro es el mismo: la capacidad de darle respuesta inmediata a situaciones concretas

y la sensación de bienestar y de sentirse protegido. En ese sentido, es necesario lograr el acceso de personas no aseguradas, bajo el diseño de pólizas asequibles y renovables en el tiempo; siendo una oportunidad valiosa para incorporar a personas no aseguradas, al mercado asegurador.

El diseño de microseguros, es un paso indispensable para extender protección a una comunidad más amplia. Por lo tanto, la creación de microseguros también responde a la posibilidad de ampliar el mercado con nuevos productos bajo el beneficio de contemplar a otros segmentos de la población. Por lo tanto, la cartera de clientes de las empresas de seguro, pueden crecer, con la suscripción de pólizas adecuadas a cada individuo independientemente de su condición, y con la opción de utilizar distintos canales alternativos para llegar de forma masiva a esos potenciales clientes. La inclusión de los microseguros en la Ley de la Actividad Aseguradora, precisamente es el inicio para generar un cambio, que probablemente será importante para muchas personas.

REFERENCIAS

- Churchill, Craig, «¿Qué es el seguro para los pobres?», en Protegiendo a los pobres: Un compendio sobre microseguros, Ed. Craig, Churchill (España: Plaza y Valdés, Organización Internacional del Trabajo, 2019). Acceso 07 de abril de 2024, https://www.munichrefoundation.org/content/dam/munichre/foundation/publications/2006_9_es_Protegiendo%20a%20los%20pobres_Un%20compendio%20sobre%20microseguros.pdf/_jcr_content/renditions/original./2006_9_es_Protegiendo%20a%20los%20pobres_Un%20compendio%20sobre%20microseguros.pdf
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial N° 6.211 Extraordinario, reimpresso por error material en Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016.
- Keenam, Andrea. The state of microinsurance the insider guide to understanding the sector (Luxembourg: Microinsurance Network, 2015).
- Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial N° 6.770 Extraordinario de fecha 29 de noviembre de 2023.
- Ley para la regulación y control de la prestación del servicio funerario y cementerios, Gaceta Oficial N° 40.358 de febrero de 2014.
- Organización Internacional del Trabajo. Revista de trabajo N° 58: Trabajar juntos para salir de la pobreza (Ginebra: OIT).
- Peña Solís, José. Manual de Derecho Administrativo. La actividad de la administración pública: de policía administrativa, de servicio público de fomento y de gestión económica. (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003).

-
- Pérez-Fructuoso, María José, «Microseguro: Acceso a la cobertura del riesgo para los sectores de población con rentas más bajas en los países en desarrollo» (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014). Acceso 07 de abril de 2024, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/12171/13738>
- Providencia FSAA-2-0160, Condiciones Generales de los Contratos de Seguro de Salud, Gaceta Oficial publicado en N° 41.136 del 24 de abril de 2017.
- Providencia FSAA-9-00094, Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Casco de Vehículos Terrestre, Gaceta Oficial publicado en N° 41.136 del 24 de abril de 2017.
- Providencia FSAA-9-00661, Normas que regulan la relación contractual en la Actividad Aseguradora, Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial publicado en N° 430.146 del 24 de agosto de 2016.
- Providencia FSS-2-0041, Seguro Colectivo de Vida, Superintendencia de la Actividad Aseguradora publicado en Gaceta Oficial N° 5.441 del 21 de febrero de 2000.
- Trommershauser, Sabine, Lindenthal, Roland y Krech, Rudiger «El papel promotor del Estado», en *Protegiendo a los pobres: Un compendio sobre microseguros*, Ed. Craig, Churchill (España: Plaza y Valdés, Organización Internacional del Trabajo, 2019). Acceso 07 de abril de 2024, https://www.munichrefoundation.org/content/dam/munichre/foundation/publications/2006_9_es_Protegiendo%20a%20los%20pobres_Un%20compendio%20sobre%20microseguros.pdf/_jcr_content/renditions/original./2006_9_es_Protegiendo%20a%20los%20pobres_Un%20compendio%20sobre%20microseguros.pdf

El healthy banking y su viabilidad normativa en Venezuela

Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 329-360

Resumen: El denominado *healthy banking* se constituye en una de las formas más innovadoras de prestación de servicios bancarios en tiempos de la economía digital, particularmente en lo que se refiere al segmento de productos relacionados con el ahorro automatizado. Los avances alcanzados a partir del desarrollo exponencial de la tecnología financiera permiten la materialización de un producto bancario que tiene por objeto fomentar el ahorro al mismo tiempo que se promueve el bienestar físico y mental en los clientes, ofreciéndole a los mismos la posibilidad de lograr recompensas y retribuciones en forma de fondos y montos en dinero sujetos al cumplimiento de metas relacionadas con ejercicios físicos como caminar, correr o nadar, integrando un servicio bancario con alto valor disruptivo en el mercado y con un potencial inmenso en cuanto a captación y fidelización de clientes. La prestación de este tipo de servicios en Venezuela presenta una adecuada cobertura jurídica en la normativa fintech que rige el sector bancario.

Palabras clave: *healthy banking; ahorro automatizado; sector bancario.*

Healthy banking and its regulatory viability in Venezuela

Abstract: *The so-called healthy banking is one of the most innovative forms of providing banking services in times of the digital economy, particularly with regard to the segment of products related to automated savings. The advances achieved from the exponential development of financial technology allow the materialization of a banking product that aims to encourage savings while promoting physical and mental well-being in clients, offering them the possibility of achieving rewards. and remuneration in the form of funds and monetary amounts subject to the fulfillment of goals related to physical exercises such as walking, running or swimming, integrating a banking service with high disruptive value in the market and with immense potential in terms of customer acquisition and loyalty. The provision of this type of services in Venezuela has adequate legal coverage in the fintech regulations that govern the banking sector.*

Keywords: *healthy banking; automated savings; banking sector.*

Recibido: 11/4/2024
Aprobado: 27/5/2024

* Abogado UCAB (1999); Diplomado en Derecho Bancario UCAB (2014)

El healthy banking y su viabilidad normativa en Venezuela

Héctor Orlando Rodríguez Rodríguez*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 329-360

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Healthy banking. Aspectos generales.* 1.1 *Definición.* 1.2 *Origen del healthy banking: El ecosistema fintech.* 1.3 *Ahorro automatizado: Definición y beneficios.* 1.4 *Características generales del healthy banking.* 1.5. *Healthy banking: Producto bancario sostenible.* 1.5.a *Healthy banking y salud personal.* 1.5.b *Healthy banking y salud ambiental.* 1.5.c *Healthy banking y salud financiera.* 1.6. *Healthy banking y plataformas “move to earn”. Similitudes y diferencias.* 1.7. *Beneficios del healthy banking.* 1.7.a *Clientes.* 1.7.b *Entidades bancarias.* 1.7.c *Terceros no bancarios.* 1.7.d *Sociedad.* 1.8. *Aplicación práctica del healthy banking: modelo neobanco B100.* 2. *Viabilidad normativa del healthy banking en Venezuela.* 2.1. *Norma rectora.* 2.2. *Estipulación normativa del healthy banking.* 2.3. *Entidades prestadoras del healthy banking: Instituciones Bancarias e Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario.* 2.3.a *Instituciones Bancarias.* 2.3.b *Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario.* 2.4. *Retos y oportunidades del modelo en Venezuela.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo exponencial de la denominada “tecnología financiera” ha modificado de manera irreversible la forma de entender la actividad bancaria a nivel global, impactando especialmente en la innovación y el diseño de nuevos productos y servicios bancarios.

Entre los referidos productos, destacan las llamadas modalidades de banca saludable o *healthy banking*, que son básicamente soluciones bancarias que integran dentro de las mismas a varias verticales relacionadas con salud personal, cuidado del medio ambiente y, por supuesto, salud financiera.

A través del *healthy banking* las entidades bancarias pueden canalizar, segmentar y fidelizar a un importante rubro de clientes cautivos de actividades deportivas tan populares en la actualidad como son el correr, nadar o montar bicicletas, además de las

* Abogado UCAB (1999); Diplomado en Derecho Bancario UCAB (2014)

simples caminatas, a partir de soluciones de ahorro automatizado que premian la realización de este tipo de actividades, en una modalidad conocida como “*move to save*” (moverse para ahorrar)

Por otra parte, con la promoción de actividades físicas se fomenta a su vez el cuidado del medio ambiente, lo cual toca verticales relacionadas con la responsabilidad social de las entidades bancarias en tiempos de gobernanza ESG, integrando prácticas y productos bancarios ambientalmente sostenibles dentro de las operaciones del sector, al mismo tiempo que se promueve la salud financiera de la sociedad.

Este tipo de productos innovadores son prestados generalmente a través de aplicaciones y plataformas digitales, que integran a su vez soluciones de medición y cumplimiento de metas deportivas, como las aplicaciones *fitness* que miden número de pasos, metros y kilómetros recorridos, con plataformas de ahorro automatizados en donde se reflejan o abonan los “premios monetarios”, previo cumplimiento de parámetros previamente acordados.

En este sentido, la operación bancaria más viable para integrar al *healthy banking* en la estructura de productos de una entidad bancaria es la de los depósitos de ahorro, y más específicamente la del ahorro automatizado, modalidad de gran popularidad en el ecosistema fintech.

En Venezuela, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución N° 001.21 emitida por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN)¹, contentiva de las normas que regulan los servicios de tecnología financiera, se cuenta con una adecuada cobertura jurídica que permite viabilizar normativamente servicios de ahorro automatizado, incluyendo el *healthy banking*.

En el presente artículo se revisan aspectos relativos a la viabilidad normativa de la llamada banca saludable en Venezuela, a través de dos secciones. Una primera sección revisará aspectos generales relacionados con el *healthy banking*, mientras que en una segunda sección se tocará los aspectos contenidos en la regulación venezolana que permiten la viabilidad normativa del modelo y, por ende, su eventual implementación en el mercado venezolano.

¹ Resolución de fecha 4 de enero de 2021, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de fecha 6 de julio del referido año.

1. Healthy Banking. Aspectos Generales

1.1. Definición.

El término *healthy banking* o banca saludable² hace referencia a una modalidad de producto bancario mediante el cual se proporciona la posibilidad al cliente de transferir cantidades o fondos de dinero entre cuentas bancarias remuneradas de su titularidad como contraprestación por el cumplimiento de metas específicas relacionadas con actividades o ejercicios físicos.

La finalidad de este producto es fomentar el ahorro responsable en la comunidad, al mismo tiempo que se promueve el bienestar físico y mental de los usuarios, ofreciéndole a los mismos la posibilidad de lograr recompensas y retribuciones monetarias bajo parámetros previamente establecidos entre la entidad que ofrece el servicio y los clientes destinatarios.

Las recompensas y retribuciones se materializan en ingresos monetarios transferidos a cuentas bancarias remuneradas desde otras cuentas, usualmente del mismo cliente una vez que se han cumplido y verificado las condiciones acordadas.

1.2. Origen del *healthy banking*: El ecosistema *fintech*

El origen de la banca saludable tiene un antecedente común y remoto con la mayoría de los servicios y productos bancarios surgidos y diseñados como consecuencia del desarrollo de la tecnología financiera (*fintech*)³ y, sobre todo, a partir del crecimiento y consolidación del llamado ecosistema *fintech*.

Por ecosistema *fintech* puede definirse al conjunto de actores (componente subjetivo) y de servicios y productos (componente objetivo) que intervienen e interactúan de manera constante en una dinámica originada y desarrollada a partir de la convergencia entre la denominada tecnología financiera y la industria bancaria en una jurisdicción determinada.

En este sentido, el ecosistema *fintech* hace referencia a un espacio heterogéneo, donde conviven al mismo tiempo innovadores, emprendedores, autoridades gubernamentales, inversores, entidades bancarias tradicionales y empresas *fintech*⁴, junto con

² A efectos del presente artículo se utilizarán indistintamente tanto la terminología en idioma castellano (banca saludable) como en idioma inglés (*healthy banking*).

³ Por tecnología financiera o *fintech*, en su acepción más general, se entiende al proceso de implementación de los avances tecnológicos en el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros.

⁴ «Fintech en el mundo: la revolución digital de las finanzas ha llegado a México», Bancomext; pág. 7; acceso en fecha 3 de abril de 2024; <https://www.bancomext.com/wp-content/uploads/2018/11/Libro-Fintech.pdf>.

una diversidad de productos y servicios bancarios desarrollados a partir de la innovación y los avances tecnológicos en diversas áreas del saber humano.

El origen del referido ecosistema puede ubicarse a partir del año 2008⁵, con la irrupción de las empresas fintech en un mercado que era dominado exclusivamente por las entidades bancarias tradicionales, las cuales, a raíz de la crisis financiera⁶ acaecida en el referido año, fueron víctimas de una gran pérdida de confianza de parte de los clientes bancarios en particular, y del público en general.

Esa pérdida de la confianza pública no pasó desapercibida para un conjunto de actores que observaron una inigualable oportunidad de negocios en el sector financiero. Estos nuevos actores eran las llamadas empresas *startups*⁷ *fintech*, impregnadas con un claro ADN digital, las cuales hicieron foco en nichos específicos del mercado bancario, como los servicios de pago, financiamiento y ahorro, generando nuevas alternativas para el consumidor bancario.

Estos nuevos actores vinieron a significar una gran disrupción en el mercado bancario y en la forma de ofrecer y prestar servicios y productos. Haciendo uso exclusivo de la tecnología digital, y poseedores de una gran flexibilidad organizacional, fueron capaces de diseñar soluciones realmente personalizadas hacia el segmento de usuarios que constituían el foco de sus servicios, brindando al mismo tiempo una experiencia del cliente realmente agradable, expedita y sin trabas burocráticas, en formatos 24 x7 desde cualquier lugar del mundo.

⁵ A raíz de la crisis financiera del año 2008, y la pérdida de confianza del público en las entidades bancarias tradicionales, surgió un conjunto de actores no bancarios (*startups*) que observaron grandes oportunidades de mercado en los servicios bancarios. Esas empresas constituyeron el germen de las llamadas empresas fintech.

⁶ La referida crisis financiera tuvo su origen a raíz del desarrollo de las llamadas hipotecas *subprime* en el mercado financiero de los Estados Unidos de América, que eran unos productos financieros diseñados en un sistema regulatorio realmente laxo que permitía en ese momento prácticas poco éticas y poco racionales de parte de las instituciones financieras desde el punto de vista del riesgo crediticio, como el otorgamiento excesivo de créditos hipotecarios a personas que no cumplían con las condiciones mínimas para constituirse en prestatarios, créditos por tanto sumamente riesgosos que posteriormente eran “bursatilizados” en el mercado de valores y “empaquetados” con otros derivados, dando origen al producto financiero de la hipoteca *subprime*. La crisis inicia al producirse la caída de los precios de los inmuebles como consecuencia del incumplimiento de pago de los deudores hipotecarios, lo que produjo un efecto cascada que dio como resultado una crisis sistémica en el sector financiero estadounidense que muy pronto se extendió a los mercados globales, especialmente a los mercados europeos.

⁷ Una *startup* alude básicamente a organizaciones empresariales que han hecho de la tecnología y la innovación su ADN fundamental, y en base a esa identidad tecnológica y digital apuntan a comercializar productos o servicios innovadores para mercados específicos partiendo desde un alto grado de flexibilidad organizacional y liderazgo transformacional, lo que les permite moverse con mucha agilidad y ventaja competitiva en mercados dominados por actores tradicionales carentes de estas competencias digitales.

La irrupción de estos nuevos actores terminó de dibujar el componente subjetivo del ecosistema fintech, conformado por un conjunto de entidades no bancarias de diversa naturaleza y con motivaciones distintas, pero todas con un factor común que las caracterizó desde entonces: el ADN digital a lo largo de toda su estructura corporativa.

El surgimiento de las empresas fintech obligó a su vez a las entidades bancarias tradicionales a acometer profundos procesos de transformación digital, con el objetivo final de adquirir competencias digitales que les permitieran sobrevivir en un mercado donde la presencia de empresas y productos disruptivos había llegado para quedarse.

Por otro lado, las autoridades regulatorias comenzaron una ardua labor tendente a darle viabilidad normativa a ese conjunto de nuevos actores y emprendedores, que, apuntalados en la innovación y en el desarrollo tecnológico, diseñaban nuevas modalidades de prestación de servicios y productos que resultaban inconcebibles para el momento en que fueron dictadas las normativas aplicables al sector financiero en general, y bancario en particular.

Un ecosistema fintech está conformado por dos componentes, que lo constituyen y lo integran: (i) componente subjetivo, conformado por el conjunto de actores y entidades que interactúan en el mismo, y (ii) componente objetivo, conformado por el conjunto de productos y servicios desarrollados dentro del ecosistema.

Bajo el componente objetivo del ecosistema, se produce todo un proceso de diseño y desarrollo de productos y servicios que buscan optimizar la experiencia del cliente partiendo de la innovación, el uso aplicado de la tecnología financiera y la flexibilidad organizacional, característico de los actores fintech, proceso que va a dar como resultado un conjunto de soluciones que van a cambiar de manera definitiva la forma de concebir el negocio bancario.

Este uso aplicado de la tecnología financiera y las posibilidades que la misma brinda de cara al desarrollo de nuevas soluciones al cliente es lo que origina a su vez el gran catálogo de nuevos servicios y productos innovadores existentes en la actualidad, que van desde plataformas de préstamos P2P⁸ y de *crowdfunding*⁹, hasta tarjetas de crédito virtuales y plataformas de ahorro automatizados.

⁸ Una plataforma de préstamo P2P (persona a persona) es un espacio en línea donde convergen, por una parte, personas naturales que requieren recursos monetarios y por la otra, personas naturales o jurídicas que proceden a prestar fondos mediante retribuciones previamente acordadas y establecidas.

⁹ *Crowdfunding* alude a plataformas de financiamiento colectivo a través de la cual convergen distintos actores, unos inversores y otros solicitantes de fondos, con las más diversas finalidades y objetivos, que van desde la adquisición de acciones o participaciones en una empresa o proyecto tecnológico hasta un mero interés filantrópico. El objetivo es reunir el mayor grupo de aportantes posibles para cubrir los montos requeridos de acuerdo a las necesidades específicas de los solicitantes.

Es a partir de esa dinámica originada por el referido ecosistema fintech, donde puede ubicarse el origen del *healthy banking*, partiendo de las diversas modalidades y productos fintech dirigidos a la vertical de los depósitos de ahorro, los cuales fueron evolucionando hasta mutar en varias modalidades tecnológicas que no solo vinieron a optimizar la prestación de este servicio, sino a modificarlo en sus aspectos operativos.

En este sentido, el *healthy banking* constituye una modalidad del llamado ahorro automatizado, cuyas principales características tocaremos a continuación.

1.3. Ahorro automatizado. Definición y beneficios

Ahorro automatizado hace referencia básicamente a una solución tecnológica mediante el cual un cliente acuerda con un prestador de servicios, la transferencia automática y periódica de cantidades dinerarias entre cuentas de su propiedad, siendo la cuenta destino de los fondos una cuenta remunerada¹⁰.

Todo lo referido a la transferencia dineraria (montos, periodicidad, cuenta origen, cuenta destino) se establece de manera previa entre las partes, y se hace exclusivamente por canales digitales, usualmente a través de plataformas tecnológicas facilitadas por el prestador del servicio.

Los beneficios de dicha modalidad para el cliente ahorrista implican, entre otros, la materialización de un plan de ahorro constante y sistemático, sujeto enteramente a la cantidad de ingresos percibidos por el usuario, quien escoge generalmente el monto a ahorrar, sin necesidad de tener que realizar ninguna acción adicional una vez que se dado de alta en el servicio. Las transferencias se harán de manera automática en las fechas programadas.

Dicha modalidad también permite flexibilidad tanto en los montos a ahorrar como en el propósito del mismo, pudiendo establecerse modalidades de ahorro automatizado para fines específicos, como un viaje o una compra, o incluso modalidades donde el cumplimiento de ciertas metas en cuanto a montos ahorrados acarree algún tipo de premiación o retribución, que puede ser monetaria o no. Las posibilidades en este campo son muy diversas, teniendo solo como límite la capacidad innovadora de sus ejecutores.

¹⁰ Si bien en principio el ahorro automatizado suele entenderse como transferencia entre cuentas del mismo titular, nada impide que eventualmente el producto pueda incluir transferencia entre cuentas de terceros. Piénsese por ejemplo un ahorro automatizado que tenga como cuenta destino a la cuenta de ahorro de un niño o adolescente que a su vez es alimentada desde la cuenta de sus padres.

Del lado del prestador de servicios, más allá de la captación y fidelización del usuario a través de una buena experiencia del cliente, estas plataformas de ahorro automatizado suponen a su vez una modalidad a partir de la cual pueden generarse oportunidades de negocios adicionales, como puede ser por ejemplo el análisis de datos de los clientes ahorristas de los cuales puede derivarse información estructurada sobre sus ingresos, capacidad de ahorro, gustos personales, tendencias de gastos y con ello poder ofrecerle posteriormente productos y servicios más personalizados.

Igualmente, esos datos, con el previo consentimiento de los clientes, pueden a su vez ser compartidos con terceros actores no bancarios, generando a su vez nuevas modalidades de negocios y de ingresos para las entidades prestadoras de estos servicios.

1.4. Características generales del Healthy Banking

Precisados los aspectos más generales del ahorro automatizado, del cual forma parte la modalidad del *healthy banking*, pasemos a revisar ahora las características generales de la llamada banca saludable.

Una revisión sobre el *paper work* elaborado en el año 2020 por la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA)¹¹ nos permite ubicar las características generales inherentes al *healthy banking*, así como el funcionamiento del mismo.

El referido *paper* (Guía ASBA) al establecer un catálogo de productos y servicios fintech segmentado en varias categorías, ubica al *healthy banking* dentro del segmento “depósitos y préstamos”, más específicamente en la categoría “productos fintech de pagos y almacenamiento de dinero”, denominando al producto como un servicio de “ahorros automatizados de las cuentas de los usuarios a una nueva cuenta”.

Al describir las características generales del producto, la Guía ASBA señala que se trata de un servicio que proporciona la posibilidad de ordenar transacciones en las cuentas bancarias del usuario, por lo cual el usuario deberá autorizar al proveedor del servicio no solo el acceso a sus cuentas, sino también a realizar transferencias desde las mismas a otras cuentas remuneradas propiedad del mismo cliente¹².

¹¹ «Consideraciones de regulación y prácticas de supervisión para las innovaciones tecnológicas financieras» ASBA; junio de 2020; acceso en fecha 3 de abril de 2024; <https://asbasupervision.com/es/bibl/i-publicaciones-asba/i-1-grupos-de-trabajo/2380-consideraciones-de-regulacion-2>. Documento publicado en el mes de junio de 2020, en colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); teniendo como objetivo promover la introducción de las tecnologías innovadoras de manera responsable, sostenible, transparente y competitiva, pretendiendo ser un instrumento útil para las autoridades financieras. El documento presenta un catálogo de 51 productos y servicios fintech en su anexo final, subdivididos en 5 categorías.

¹² «Consideraciones de regulación y prácticas de supervisión para las innovaciones tecnológicas financieras» ASBA; op. cit. p. 125.

Todo el proceso se hace a través de dispositivos digitales (teléfono celular, computadores personales) y las transferencias se hacen siguiendo las normas definidas por el proveedor del servicio y seleccionadas previamente por el cliente. En este sentido indica expresamente la Guía ASBA:

Además de transferir cantidades periódicas, como en las instituciones financieras, estas reglas pueden estar asociadas al nivel de gastos del usuario, al tipo de gastos incurridos, al nivel de recursos inactivos en las cuentas no remuneradas, a su perfil de ingresos y gastos e *incluso al cumplimiento de metas de esfuerzo físico detectadas mediante los micro dispositivos portátiles de fitness*¹³.

Como puede verse, la Guía ASBA encuadra las modalidades del *healthy banking* dentro del producto referido al “ahorro automatizado de la cuenta del cliente a una nueva cuenta”, atando la modalidad característica del referido producto, esto es, la transferencia de cantidades periódicas entre cuentas del cliente, al cumplimiento de metas de esfuerzo físico previamente establecidas, y que son detectadas y validadas a través de micro dispositivos diseñados para el llamado *fitness*¹⁴.

Parte fundamental de la modalidad del *healthy banking* lo constituyen los llamados dispositivos portátiles de *fitness* (también llamados “rastreadores”) que son herramientas utilizadas para medir con precisión parámetros de rendimientos previamente establecidos, como por ejemplo el recuento de pasos, la frecuencia cardiaca, la distancia recorrida, entre otros. Los productos de la banca saludable necesariamente involucran en su operativa el uso de estas tecnologías como instrumento de precisión en cuanto al cumplimiento de las metas de rendimiento establecidas¹⁵.

La Guía ASBA ratifica el origen del *healthy banking* como un producto nacido a la luz del ecosistema fintech, e igualmente confirma su pertenencia al rubro de los ahorros automatizados.

La referencia contenida en la Guía ASBA en cuanto al *healthy banking* es de particular importancia para la normativa venezolana, considerando que el listado de los servicios fintech establecidos en la Resolución SUDEBAN N° 001.21 contentiva de las normas que regulan los referidos servicios para el sector bancario venezolano, fue tomado de una transcripción parcial del catálogo contenido en la mencionada Guía ASBA, como tendremos oportunidad de revisar al tratar el tema de la normativa nacional.

¹³ «Consideraciones de regulación y prácticas de supervisión para las innovaciones tecnológicas financieras» ASBA; op. cit. p. 125.

¹⁴ Por *fitness* puede entenderse el estado de salud física y bienestar que se consigue al llevar una vida sana apoyada en el ejercicio continuado en el tiempo y en una dieta saludable. CuidatePlus. «Fitness»; acceso el 8 de abril de 2024; <https://cuidateplus.marca.com/ejercicio-fisico/diccionario/fitness.html>

¹⁵ Actualmente existen diversidad de aplicaciones de rastreo *fitness* disponibles en teléfonos móviles, así como en otros dispositivos como los brazaletes *fitness* y los relojes inteligentes (*smart watch*) que pueden ser conectados a su vez con aplicaciones móviles y sitios *web*, para archivar todas las métricas obtenidas de una actividad física.

1.5. *Healthy banking: Producto bancario sostenible*

El *healthy banking* como producto bancario innovador, integra bajo su modalidad tres (3) verticales que se interconectan con el mismo: (i) salud personal, (ii) salud ambiental y (iii) salud financiera¹⁶.

La referida integración convierte al *healthy banking* en un producto bancario enmarcado dentro de las llamadas finanzas sostenibles¹⁷ y los modelos de gobernanza ESG para el sector bancario¹⁸, debido a que se trata de un producto capaz de cumplir satisfactoriamente las necesidades del cliente sin producirle daño al medioambiente, pudiendo a su vez equilibrar adecuadamente rentabilidad y sostenibilidad.

La importancia de las finanzas sostenibles para las entidades bancarias en los tiempos actuales es resumida de la siguiente forma por la entidad bancaria *Santander*¹⁹:

Alinear las inversiones de capital con los objetivos cruciales del desarrollo sostenible es fundamental para el bienestar económico, social y medioambiental. El sector financiero se encuentra inmerso en un proceso de transformación para adaptarse a las necesidades y preocupaciones de la sociedad. Este cambio ha experimentado un gran impulso en los últimos tiempos, gracias a iniciativas como la Net Zero Banking Alliance (NZBA), donde entidades como Santander, que además es miembro fundador, se comprometen a alcanzar una economía con cero emisiones netas, adaptando su cartera de productos hacia las finanzas sostenibles.

En similares términos, la entidad bancaria *Bancaribe*, único banco venezolano que hasta la fecha se ha adherido los Principios de Banca Responsable de la UNEP FI, citando palabras de su Presidente sobre la referida adhesión y el compromiso de sustentabilidad que la misma significa, indica lo siguiente²⁰:

¹⁶ Levy Sad, Elizabeth. «Healthy Banking: un enfoque novedoso»; en *Mobile Money Latam*; 4 de marzo de 2024; acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://noticias.mobilemoneylatam.com/2024/03/04/healthy-banking-un-enfoque-novedoso/>

¹⁷ Las finanzas sostenibles son aquellas en las que las tomas de decisiones de las inversiones se llevan a cabo considerando los factores ambientales (A), sociales (S) y de buen gobierno (G), es decir los criterios ASG o ESG, por sus siglas en inglés. Natvalue; «Que son los productos financieros sostenibles»; 10 de agosto de 2021. Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://natvalue.com/productos-financieros-sostenibles/#:~:text=A%20partir%20de%20las%20finanzas,la%20sostenibilidad%2C%20equilibrando%20ambos%20factores.>

¹⁸ En el sector bancario en materia de sustentabilidad, destacan los llamados “Principios de Banca Responsable”, estándares voluntarios (*softlaw*) impulsados por la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP FI por sus siglas en inglés) que sirven de apoyo a las entidades bancarias en su objetivo de alinear sus estrategias de negocios con los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de la ONU y el Acuerdo Climático de París.

¹⁹ «¿Qué son las finanzas sostenibles o ASG?» Santander; última actualización en fecha 11 de julio de 2023. Acceso en fecha 8 de abril de 2024. <https://www.santander.com/es/stories/que-son-las-finanzas-sostenibles-o-asg#:~:text=Desde%20una%20perspectiva%20eminentemente%20%C3%A9tica,actividad%20econ%C3%B3mica%20o%20un%20proyecto.>

²⁰ «Bancaribe firma los Principios de la ONU para la Banca Responsable»; Bancaribe. Acceso en fecha 8 de abril de 2024. <https://www.bancaribe.com.ve/institucional/banca-responsable>

En Bancaribe estamos convencidos de que el progreso no solo depende de los resultados financieros, sino del valor que generemos para la sociedad y del uso responsable que hagamos de los recursos para propiciar condiciones de vida justas en el hoy y mañana. Creemos que la adopción de estos Principios y la alineación de nuestra estrategia de negocios con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el Acuerdo Climático de París (...) consolida nuestro enfoque de vanguardia en esta materia y aspiramos que pueda convertirnos también en inspiradores de una cultura de sostenibilidad para quienes conforman nuestros grupos de interés y para otros actores del mercado.

Revisemos brevemente las tres (3) verticales interconectadas a través del *healthy banking*, que le atribuyen el carácter de producto bancario sostenible, a la luz de lo anteriormente expuesto.

1.5.a- Healthy banking y salud personal

Una de las verticales que integra el *healthy banking* es la referida a la salud personal de los clientes y usuarios bancarios, relacionada a su vez con el bienestar físico y mental de los mismos.

Tal como observamos con anterioridad, bajo la modalidad de la banca saludable, la transferencia de fondos a una cuenta remunerada del cliente se produce como consecuencia exclusiva de un solo hecho puntual y desencadenante de la referida transferencia monetaria: el cumplimiento de metas relacionadas con el ejercicio físico.

De esta forma, la entidad bancaria o empresa prestadora del servicio promueve en la sociedad, a través de un producto bancario en específico, la práctica regular de actividades físicas que, a su vez, inciden directamente y de manera positiva en la salud física de los usuarios, con todos los beneficios que dicha práctica tiene para el entorno social.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) señala los diversos beneficios que la actividad física tiene para la salud personal, señalando entre otros (i) importantes beneficios para la salud del corazón, cuerpo y mente; (ii) contribuye a prevenir y gestionar enfermedades no transmisibles como las cardiovasculares, el cáncer y la diabetes; (iii) reduce los síntomas de depresión y ansiedad; (iv) mejora las habilidades de pensamiento, aprendizaje y juicio y (v) asegura un crecimiento y desarrollo saludables en los jóvenes²¹.

²¹ Organización Panamericana de la Salud. «Actividad Física». Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://www.paho.org/es/temas/actividad-fisica#:~:text=La%20actividad%20f%C3%ADsica%20tiene%20importantes,el%20cuerpo%20y%20la%20mente.&text=La%20actividad%20f%C3%ADsica%20reduce%20los%20s%C3%ADntomas%20de%20depresi%C3%B3n%20y%20ansiedad.&text=Las%20personas%20que%20son%20insuficientemente,personas%20que%20son%20suficientemente%20activas.>

Por otra parte, señala la OPS que, a nivel mundial, 1 de cada 4 adultos no alcanza los niveles de actividad física recomendados a nivel mundial, y que se podrían evitar hasta 5 millones de muertes al año si la población mundial fuera más activa, indicando que las personas insuficientemente activas tienen un 20% a 30% más riesgo de muerte en comparación con personas que son suficientemente activas²².

La banca saludable surge entonces como una respuesta adecuada de parte de la industria bancaria en su objetivo de constituirse en actora relevante en el bienestar de la comunidad a la que presta servicios, promoviendo a través de un producto bancario la práctica habitual de la actividad física y de esta forma alineándose con las políticas sanitarias de prevención establecidas por las autoridades gubernamentales, mejorando en el proceso las condiciones sociales del entorno²³.

1.5.b- Healthy banking y salud ambiental

Adicional al factor relacionado con la salud personal, la banca saludable integra igualmente prácticas ambientales dentro de sus modalidades de servicios, alentando a los clientes a adoptar hábitos sostenibles enmarcados dentro del cuidado del medio ambiente²⁴.

En este punto es importante recordar que no toda actividad física se relaciona directamente con el cuidado del medio ambiente, existiendo de hecho la posibilidad de que el mismo sea afectado de manera negativa por eventos y prácticas deportivas que pueden causar impacto negativo en el mismo, como lo exponen varios trabajos relacionados con esta temática²⁵.

En lo referido al *healthy banking*, las actividades físicas en las que se hace foco atienden a aquellas que buscan generar un impacto positivo en el medio ambiente, entre las que se incluyen el caminar, correr o el uso de la bicicleta, por ejemplo.

Promoviendo el caminar o andar en bicicleta como actividades físicas recurrentes, es posible generar acciones tendentes a reducir el uso de vehículos automotores en la movilización y transporte de las personas, contribuyendo por lo tanto a disminuir el tráfico automotor en las ciudades y la emisión de gases contaminantes a la atmósfera. Por otra parte, se promueve indirectamente la habilitación de más espacios físicos para la práctica de estas actividades, como las ciclo vías y los caminos en parques naturales.

²² *Idem*, nota anterior.

²³ Desde esta perspectiva, el *healthy banking* toca la vertical *social* del modelo de gobernanza ESG.

²⁴ Levy Sad, Elizabeth. «Healthy Banking: un enfoque novedoso.»...op. cit.

²⁵ Rodríguez Durand, Heriberto y otros. «El impacto de las actividades físicas en el medio ambiente.»; Universidad de Ciencias Pedagógicas Enrique José Varona, Revista Científico Metodológica N° 71, 1 de febrero de 2021, La Habana. Acceso en fecha 8 de abril de 2024; http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1992-82382020000200043

De la misma forma, con la promoción de actividades físicas con un verdadero impacto positivo en el medio ambiente, se va creando a su vez una mayor conciencia en las personas sobre la importancia de contar con un ecosistema ambiental sano que sirva de escenario a sus prácticas deportivas recurrentes, considerando los efectos que puede tener sobre el organismo la práctica de actividades físicas en ambientes con alto grado de contaminación ambiental²⁶.

La creación de esa conciencia ambiental va de la mano con la conciencia de bienestar general que usualmente suele surgir en las personas con la práctica habitual de actividades físicas, que incluyen, al lado del ejercicio físico, una adecuada alimentación y descanso, así como el aprovechamiento racional del tiempo libre en actividades del llamado “sano esparcimiento”.

En este sentido, el *healthy banking* supone una herramienta importante en la consolidación de esa conciencia ambiental entre los clientes bancarios, a través de la difusión y promoción de actividades que precisamente tienden a reducir muchas de las incidencias contaminantes del medio ambiente, contribuyendo con ello a la protección del mismo²⁷.

1.5.c- Healthy banking y salud financiera

La salud financiera es algo inherente al producto bancario del ahorro automatizado, también presente en el *healthy banking*, lo que implica un empoderamiento del cliente a efectos de permitirle tomar decisiones financieras informadas, administrando sus finanzas de manera efectiva y alcanzando sus objetivos financieros²⁸.

Los beneficios del ahorro para la salud financiera de las personas son evidentes y no necesitan mayor explicación, bastando recordar que se trata de un producto que busca conservar y aumentar el patrimonio del ahorrista, a través de remuneraciones adecuadas al capital depositado y de la custodia de los fondos por parte de las entidades bancarias.

²⁶ Un estudio realizado en el año 2016 por investigadores de *ISGlobal*, publicado en la revista *Enviroment International*, analizó los efectos que tiene para la salud la práctica de ejercicio físico en la ciudad, bajo la exposición a la contaminación atmosférica provocada por el tráfico de vehículos. La investigación concluye que la exposición a altos niveles antes y durante la actividad podría reducir los beneficios de esta actividad física para la salud. «La contaminación del tráfico reduce los beneficios del ejercicio físico.». Agencia Sinc; 3 de noviembre de 2016. Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://www.agenciasinc.es/Noticias/La-contaminacion-del-trafico-reduce-los-beneficios-del-ejercicio-fisico>

²⁷ Desde esta perspectiva, el *healthy banking* toca la vertical *ambiental (enviroment)* del modelo de gobernanza ESG.

²⁸ Levy Sad, Elizabeth. «Healthy Banking: un enfoque novedoso.»...op. cit.

En este sentido, el objetivo del *healthy banking* no resulta ajeno a las otras modalidades de ahorro existentes en el mercado, brindándole a los pequeños ahorristas la posibilidad de depositar sus fondos en condiciones que promuevan el ahorro consciente e inteligente, a través de productos innovadores adaptados a sus necesidades y objetivos particulares.

Por otra parte, la banca saludable contribuye a fomentar una cultura de ahorro en la sociedad, lo cual siempre va a redundar en el beneficio de la población y de la economía en general, considerando que las cuentas de ahorros han sido históricamente de los productos bancarios más cercanos al compromiso de responsabilidad social de las entidades bancarias con el entorno en el cual se desenvuelven.

1.6. *Healthy banking* y plataformas “*move to earn*”. Similitudes y diferencias

La idea subyacente al modelo de banca saludable no es algo completamente nuevo en el mundo digital. Desde hace ya varios años existen soluciones tecnológicas que teóricamente “premiar” a los usuarios por el cumplimiento de ciertas actividades, que pueden ir desde el mero ejercicio físico, hasta la realización de encuestas en líneas, e incluso, jugando videojuegos.

Estas soluciones tecnológicas funcionan bajo el esquema denominado “*move to earn*” (moverse para ganar), y se trata generalmente de plataformas que combinan actividades físicas, videojuegos y criptomonedas. El modelo *move to earn* toma tecnologías existentes y las fusiona de maneras originales para materializar un producto completamente nuevo e innovador.

Como dijimos, este tipo de modalidades son frecuentes en el llamado ecosistema cripto, y la idea subyacente es simple: los usuarios obtienen recompensas en el mundo cripto por moverse y hacer ejercicio en el mundo físico. Estas plataformas combinan tecnologías como GPS, NFT`s²⁹, *blockchain* y *GameFi*³⁰ para rastrear los movimientos de los usuarios y de esta forma otorgarles los beneficios preestablecidos, usualmente en criptoactivos.

²⁹ Las siglas NFT significan “*Non-Fungible Token*”, es decir, un token no fungible. A su vez, un *token* (ficha en castellano) es una unidad de valor basada en criptografía y emitida por una entidad privada en una *blockchain*. BBVA; «Que es un token y para qué sirve». Acceso en fecha 9 de abril de 2024 <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-un-token-y-para-que-sirve/>

³⁰ *GameFi* atiende a la combinación de términos entre las palabras en inglés *game* (juego) y *finance* (finanzas), y se refiere a juegos basados en *blockchain* que ofrecen incentivos económicos a los jugadores. Esta modalidad ha ganado espacio en la industria de los videojuegos, permitiendo que los jugadores no solo disfruten de la experiencia lúdica, sino que también reciban recompensas financieras del mundo real, como criptomonedas y tokens no fungibles (NFT`s). Bit Lab 3; «Que es *GameFi* y cómo funciona». Acceso en fecha 9 de abril de 2024; <https://bitlab.world/que-es-gamefi-y-como-funciona/#:~:text=GameFi%2C%20un%20%C3%A9rmino%20que%20combina,%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B>.

A su vez, las plataformas cripto utilizan mecánicas de *move to earn* de diversas formas. Así, algunas optan por integrarla en los llamados juegos de rol (RPGs)³¹ de manera que el ejercicio físico ayuda al usuario a progresar en el mundo virtual. O bien, en otros juegos, se producen ascensos en los niveles del avatar del usuario dependiendo del cumplimiento de las metas de actividad física alcanzada.

Y por supuesto, algunas plataformas *move to earn* se centran exclusivamente en el ejercicio, con una premisa sencilla: el correr, caminar y moverte en general en el mundo real le permite al usuario obtener “premios” en forma de criptomonedas dentro de un videojuego, y posteriormente, esas criptomonedas las pueden usar dentro del mismo ecosistema cripto, o bien convertirla en dinero fiduciario³².

Revisado de manera general el funcionamiento de las plataformas *move to earn*, se puede concluir que la banca saludable presenta algunas similitudes con las mismas; sin embargo, existen grandes diferencias entre ambos modelos.

En cuanto a similitudes, el *healthy banking* comparte con la modalidad del *move to earn* la idea de generar ingresos o recompensas a partir del cumplimiento de metas relacionadas con el ejercicio físico. De igual forma, presentan similitudes en cuanto al uso de los desarrollos tecnológicos que en materia de *fitness* han sido diseñados para la medición exacta de diversas métricas del mismo; especialmente el uso de microdispositivos como el GPS para el “rastreo” exacto de los movimientos de los clientes.

No obstante, allí termina toda semejanza entre ambas figuras. De hecho, una primera diferencia inmediata radica incluso en la terminología, dado que mientras las plataformas cripto hablan de un “*move to earn*”, el *healthy banking* se enfoca a una modalidad de “*move to save*” (moverte para ahorrar).

En efecto, el *healthy banking* supone, por su origen y naturaleza, un producto bancario formal de ahorro, esto es, ofrecido por las entidades bancarias en su función de organizaciones debidamente autorizadas para realizar intermediación bancaria. Por otro lado, no hace uso en principios de criptomonedas ni otros criptoactivos, sino de dinero bancario y de las cuentas bancarias que el cliente tiene en el sector.

³¹ RPG es un acrónimo que proviene de las palabras en inglés “*Role-Playing Game*” (juego de rol). En los videojuegos, un RPG es un género que se caracteriza por ofrecer al jugador la posibilidad de asumir el papel de uno o varios personajes en un mundo ficticio. PC Componentes; «¿Qué es un RPG?». Acceso en fecha 9 de abril de 2024. <https://www.pccomponentes.com/que-es-un-rpg>

³² Por ejemplo, la aplicación *StepN*, la cual es descrita en el *Google Play* como una aplicación para ejecutar *Web3* (internet basada en blockchain) con juegos divertidos y elementos sociales, en donde los usuarios se equipan con NFT en forma de zapatos. Al caminar, trotar o correr al aire libre, los usuarios cobrarán NFT y GST (esta última es la criptomoneda propia de la aplicación). Google Play; acceso en fecha 9 de abril de 2024. https://play.google.com/store/apps/details?id=com.bcy.fsapp&hl=es_VE&gl=TR

Por otra parte, en el *healthy banking* las modalidades y parámetros de remuneración previstos y establecidos para las cuentas bancarias de los clientes a partir de su actividad física quedan perfectamente claras en los respectivos contratos de servicios que viabilizan contractualmente al producto, los cuales suelen pasar previamente por el filtro del ente regulador bancario³³.

Igualmente, en el *healthy banking* la actividad física no se sujeta a otros ecosistemas de mundos virtuales o videojuegos, constituyendo el ejercicio una forma directa que origina la transferencia monetaria a una cuenta de ahorro remunerada dentro del sector bancario, plenamente disponible de manera inmediata para el cliente.

Por otra parte, el dinero en las cuentas del *healthy banking*, como todos los depósitos de ahorro, están sujetos a la garantía de protección de fondos propia de los depósitos bancarios, situación que evidentemente no sucede con las modalidades del *move to earn*, basadas en su gran mayoría, en la utilización de criptoactivos como medio de recompensa, o bien de criptomonedas que eventualmente pueden ser convertidas posteriormente en dinero fiat.

Finalmente, el *healthy banking*, por su misma condición de producto bancario, está en principio mejor posicionado en cuanto a su capacidad de alcanzar mayores segmentos de la sociedad en comparación de las plataformas del *move to earn*, las cuales se basan en una tecnología no del todo comprendida por el público en general.

1.7. Beneficios del *healthy banking*

La banca saludable es un producto con beneficios inherentes no solo a las partes directamente involucradas, sino que, debido a su enfoque integral, sus manifestaciones positivas son susceptibles de trascender hacia terceros distintos a la entidad prestadora del servicio y al cliente ahorrista.

1.7.a- Clientes

El *healthy banking* le ofrece al cliente un producto totalmente personalizado que le permite ahorrar de una manera innovadora y sujeto exclusivamente a su esfuerzo físico y a sus hábitos de salud. Una persona que se mantenga habitualmente activa en este sentido encontrará los productos de la banca saludable sumamente atractivos para sus finanzas personales.

³³ En Venezuela, las condiciones contractuales de todo nuevo servicio bancario deben ser sometidas a la revisión y aprobación de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), de conformidad a la Circular N° SIB-GGIR-GA-GNP-08674 de fecha 28 de diciembre de 2023 titulada “Introducción al Mercado de Productos y Servicios Financieros, su Publicidad y Propaganda”.

Por otro lado, para aquellas personas que no se mantengan activas físicamente, los productos del *healthy banking* pueden significar un incentivo importante para iniciar y mantener una rutina de ejercicios, dándole ese impulso inicial o adicional que algunos clientes necesitan para integrarse a un modo de vida más sano y menos sedentario.

Los beneficios inherentes a la salud, tanto física, mental y financiera para los clientes ya fueron revisados en puntos anteriores, por lo que en este aspecto nos limitaremos a reproducir lo ya expresamente indicado en lo referente a este aspecto.

1.7.b- Entidades bancarias

Para las entidades bancarias los beneficios del *healthy banking* son realmente atractivos, comenzando por el hecho que se trata de un servicio bancario que tiene como subyacente una operación pasiva (depósitos de ahorro), lo que siempre significa ingreso de dinero que viabilizan la realización de las actividades de intermediación bancaria.

Adicional a lo anterior, con el *healthy banking* se produce una posibilidad real de captar y fidelizar a grandes segmentos específicos de clientela en función de las actividades físicas que puedan ofrecerse como parte del producto.

Clubes de corredores, ciclistas, nadadores, y personas vinculadas al *fitness* en general constituyen un nicho de mercado realmente atractivo para las modalidades del *healthy banking*³⁴, sobre todo en su etapa inicial de implementación, a partir de lo cual puede producirse un crecimiento exponencial de clientes atraídos por lo innovador del producto, incluso de personas que no tienen el hábito de realizar ejercicios físicos pero que pueden verse incentivados por el factor financiero.

Por otra parte, a través de los productos del *healthy banking*, las entidades bancarias pueden hacerse acreedores de una data de suma importancia relacionada con los clientes ahorristas, a partir del establecimiento de parámetros preestablecidos, montos específicos de ahorro y finalidades y objetivos del mismo. Con el manejo estructurado de esta data, y aplicando tecnologías como el *machine learning* y la inteligencia artificial, las entidades bancarias pueden posteriormente ofrecerles a los mismos clientes ahorristas otros productos y servicios bancarios totalmente personalizados a sus necesidades, especialmente en las áreas de financiamiento³⁵ y asesoría.

³⁴ La llamada industria del *fitness* registró en Europa, para el año 2023, ingresos por 28.000 millones de euros, con 63,1 millones de socios que acudían a más de 63.830 clubes, según un informe de European Health & Fitness Market Report, citado por el sitio web de *PerfectGym*. Acceso en fecha 9 de abril de 2024. <https://www.perfectgym.com/es/blog/business/estadisticas-industria-fitness-tendencias>

³⁵ Especialmente en el campo del llamado financiamiento predictivo o anticipatorio, que consiste en un servicio bancario que hace uso de la analítica de datos de aquellos clientes que expresamente así lo hayan autorizado, especialmente en

En la misma tónica del manejo de los datos, las entidades bancarias pueden de manera adicional y previo cumplimiento de las formalidades establecidas para la protección de datos personales, suministrar esos datos a terceros no bancarios en ejecución de modalidades de economía colaborativa y finanzas abiertas (*Open Finance*) y con ello obtener ingresos adicionales para el negocio.

Finalmente, el desarrollo de este tipo de productos sostenibles, posiciona fuertemente a las entidades bancarias que lo desarrollan como organizaciones comprometidas socialmente bajo los estándares de gobernanza ESG, lo cual sin dudas consolida su posición en el mercado, tanto de cara a los clientes como al resto de los grupos de interés.

1.7.c- Terceros no bancarios

A partir de la data estructurada por las entidades bancarias en cuanto a sus clientes ahorristas, y con la aplicación de modalidades de economía colaborativa y de finanzas abiertas³⁶, terceros no bancarios pueden generar beneficios a partir de la referida data, dándoles la oportunidad de brindarles a los clientes de la entidad bancaria productos y servicios completamente personalizados a sus necesidades y objetivos.

En el caso del *healthy banking*, piénsese por ejemplo en un segmento de clientes ahorristas enfocados en el correr (*running*) como fuente generadora de fondos de ahorro. Dicho segmento puede resultar atractivo a su vez para comercios y tiendas deportivas especializadas en zapatos, ropa y accesorios propios de esa actividad física, a los cuales puede ofrecerles directamente sus productos en la misma plataforma de *healthy banking*, previa alianza estratégica con las entidades bancarias que proveen el servicio.

En este sentido la banca saludable puede generar el desarrollo de un nicho de clientes realmente importantes para comercios y minoristas, así como una optimización en las formas de interrelacionarse con los referidos clientes, teniendo acceso directamente a ellos gracias a las bondades del desarrollo tecnológico y los productos innovadores diseñados a partir del mismo.

lo relativo a su comportamiento financiero, y, a partir de los mismos, utilizando protocolos de inteligencia artificial predictiva, los bancos pueden predecir el comportamiento financiero del cliente en cuestión y de esta forma anticipar sus necesidades bancarias, inmediatas y en el mediano plazo, y con ello, el ofrecimiento de productos y servicios bancarios acorde con esas necesidades antes que el mismo cliente se los solicite.

³⁶ Por ejemplo, bajo la modalidad específica del *Open Banking* (Banca Abierta) que forma parte del mundo del *Open Finance*, las entidades bancarias permiten, a través de las *API's* desarrolladas para tal fin, el acceso de terceros no bancarios a los datos personales que los bancos poseen de sus propios clientes (cuentas, movimientos bancarios, créditos). El objetivo de este intercambio es utilizar, por parte de estos actores no bancarios, la importante información que los bancos suelen tener sobre sus clientes, sobre todo desde el punto de vista financiero, para desarrollar productos más personalizados hacia los mismos.

1.7.d- Sociedad

Productos como el *healthy banking* impactan positivamente en la sociedad, dado que, al lado de la promoción del ahorro financiero, de suma importancia en toda economía, se fomenta a su vez la práctica de actividades físicas, que constituyen una importante medida de prevención sanitaria a los efectos de contar con una población mayoritariamente sana, tanto física como mentalmente, con todo lo que esto significa en cuanto al uso y optimización de la infraestructura médica de un país.

Por otra parte, el contar con una población activa físicamente redundante en un mejor desenvolvimiento en varias facetas de suma importancia para la sociedad, como por ejemplo las actividades laborales. Igualmente, se generan importantes nichos de negocios relacionados con las actividades físicas como la nutrición, fisioterapia, accesorios y asesoría deportiva, que al final pueden significar un importante impulso en el crecimiento económico de un conglomerado humano.

Finalmente, el componente ambiental inherente a este tipo de producto, contribuye igualmente al fortalecimiento y consolidación de las políticas ambientales que sean desarrolladas tanto por organizaciones no gubernamentales como por el mismo gobierno, por lo que los productos de la banca saludable se convierten en un sólido aliado en la tarea de crear conciencia en la población acerca de la importancia de mantener y cuidar el ecosistema natural en una sociedad.

1.8. Aplicación práctica del healthy banking: Neobanco B100

Para el mes de febrero de 2024, la entidad española *Abanca*³⁷ anunció el lanzamiento de su neobanco denominado *B100*, el cual consiste en un nuevo modelo de banca digital centrada en “salud personal, salud del planeta y salud financiera”. En este sentido, el neobanco B100 ofrece a sus clientes la posibilidad de lograr una recompensa en forma de remuneración si cumplen ciertos hábitos saludables como caminar o correr³⁸.

La oferta del referido neobanco³⁹ consiste en tres (3) cuentas y una tarjeta de débito. La primera cuenta, denominada “*Cuenta B100*” está destinada para el uso diario;

³⁷ *Abanca* forma parte a su vez del denominado *Banesco Grupo Financiero Internacional*, a cuya cabeza se encuentra el banquero venezolano Juan Carlos Escotet.

³⁸ «*Abanca lanza B100, un nuevo modelo de banca digital centrada en “salud personal, salud del planeta y salud financiera”*». *Abanca*, 29 de febrero de 2024. Acceso en fecha 10 de abril de 2024. <https://comunicacion.abanca.com/es/noticias/abanca-lanza-b100-un-nuevo-modelo-de-banca-digital-centrada-en-salud-personal-salud-del-planeta-y-salud-financiera/>

³⁹ Para una referencia más detallada sobre la neobanca, puede revisarse el artículo de nuestra autoría «*La Neobanca en Venezuela: Aspectos de Regulación*», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 11, 2023, pp 397-424, *Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*, Caracas. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_4cc916731d16401182f013940fc2477b.pdf

la segunda cuenta, denominada “*Cuenta Save*”, es una cuenta remunerada de ahorros; y la tercera cuenta, denominada “*Cuenta Health*”, es la cuenta destino remunerada que será utilizada para fomentar el ahorro a través del ejercicio físico.

En lo referido a la “*Cuenta Health*”, el Grupo *Abanca* señala que se trata de una cuenta remunerada que alcanza el 3,40% TAE⁴⁰, con límite de hasta 50.000 euros, y en la que solo podrá ingresar dinero de manera automática si el cliente cumple el objetivo de pasos que se ha marcado. El dinero proviene de cualquiera de las otras cuentas que tiene el usuario en el neobanco *B100*.

En cuanto al funcionamiento de la “*Cuenta Health*”, *Abanca* indica lo siguiente:

El funcionamiento es muy sencillo: los usuarios deben vincular su app *B100* con su teléfono móvil para conocer los pasos recorridos, caminando o corriendo. Podrán fijarse una meta diaria de pasos a alcanzar y seleccionar una cantidad de dinero que, de cumplir ese objetivo, se traspasará automáticamente a su Cuenta *Health* remunerada⁴¹.

Por su parte, el neobanco *B100* explica a través de su sitio web⁴², que, bajo la modalidad *Move to Save*, la cantidad que puede traspasar el cliente si cumple el número mínimo de pasos (caminado o corriendo) oscila entre 1 y 30 euros, en función del número de pasos alcanzados, por lo que actualmente la actividad física incorporada en la Cuenta *Health* se limita exclusivamente a caminar o correr. El mismo neobanco indica que próximamente estarán incorporando otras modalidades para mover dinero a esa cuenta⁴³.

El referido sitio web da luces adicionales acerca de sus productos de *healthy banking* bajo la modalidad de *Move to Save*, que busca equilibrar la salud financiera con la salud física, en los términos siguientes:

En *B100* entendemos que ambas cosas van de la mano. Al darte de alta estás contratando tres cuentas conectadas entre sí: la Cuenta *B100*, la Cuenta *Save* y, por supuesto, la Cuenta *Health*. Cuando activas **Move to Save** en tu app estás activando también un traspaso automático de ahorro desde tu Cuenta *B100* a tu Cuenta *Health* que solo se ejecutará cuando cumplas un objetivo de pasos que te hayas propuesto⁴⁴.

⁴⁰ TAE: siglas de Tasa Anual Equivalente; hace referencia, básicamente, a los diferentes tipos de interés, para así homogeneizar las diferentes condiciones y tipos de préstamo. Para calcularlo, se tienen en cuenta algunos factores, como frecuencia de pagos, algunos costos de la operación y comisiones bancarias. AQ Acentor, «¿Qué es el TIN y el TAE en un préstamo?». Acceso en fecha 10 de abril de 2024; https://aq-acentor.com/que-es-tae-y-tin/?utm_source=google_pmax&utm_medium=cpc&utm_campaign=MS-AQ-Sevilla-AQNobuh-PMAX&campaignid=7013W0000010Ma8QAE&gad_source=1&gclid=EAIaIaQobChMIwLCw_vW3hQMVRaJaBR1g4AVuEAAYAiAAEgJ12_D_BwE

⁴¹ «*Abanca* lanza *B100*, un nuevo modelo de banca digital centrada en “salud personal, salud del planeta y salud financiera”...art. cit.

⁴² *B100*. Sitio web; acceso en fecha 10 de abril de 2024. <https://b100.es/es/banco/cuentas/cuenta-online/>

⁴³ Anunciando incluso la posibilidad de ahorro mientras el usuario duerme.

⁴⁴ <https://b100.es/es/salud/move-to-save/>

Importante destacar que el mismo nombre dado al neobanco, *B100*, está diseñado desde el concepto del *healthy banking*, reflejando la aspiración de vivir 100 años o más, al 100%, un concepto muy próximo al lenguaje financiero. Finalmente, se indica que el lanzamiento de la marca se hará de manera escalonada, con un primer objetivo de captación de 4.000 clientes que esperan se conviertan en los pioneros del proyecto, mediante el cual se aspira a crear una amplia comunidad de personas preocupadas por su salud y por la salud del planeta⁴⁵.

La solución de *healthy banking* ofrecida por el neobanco *B100* se considera el primer producto financiero en su tipo existente actualmente en el mercado español.

2. Viabilidad normativa del healthy banking en Venezuela

2.1. Norma rectora

Al tratarse en su esencia de un producto bancario derivado del ecosistema fintech, la norma rectora del *healthy banking* en Venezuela está contenida en la Resolución N° 001.21 dictada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) en fecha 4 de enero de 2021 (en lo adelante *La Resolución*) contentiva de las “Normas que regulan los servicios de tecnología financiera del sector bancario (FINTECH)”⁴⁶.

En este sentido, se debe recordar que los servicios fintech enumerados en el artículo 16 de *La Resolución* tienen como “fuente normativa” única y exclusiva la ya mencionada Guía ASBA-BID a la que se hizo referencia en la primera parte del presente artículo. En este sentido, *La Resolución* hizo una transcripción parcial del catálogo de servicios y productos fintech contenidos en la referida Guía⁴⁷.

Lo anterior no constituye un dato menor, dado que al poder ubicar la fuente original normativa de la cual hizo uso el “legislador” (en este caso la SUDEBAN) al momento de desarrollar el componente objetivo del ecosistema fintech subyacente a *La Resolución*, es evidente que la Guía ASBA-BID se convierte en un instrumento de primer orden y de necesaria referencia y revisión en todo lo que atiene a los productos y servicios contenidos en la normativa fintech venezolana aplicada al sector bancario, incluyendo cualquier interpretación sobre los aspectos constitutivos y características de los servicios fintech establecidos en la referida normativa.

⁴⁵ Abanca lanza B100, un nuevo modelo de banca digital centrada en “salud personal, salud del planeta y salud financiera”». art. cit.

⁴⁶ La Resolución N° 001. 21 fue publicada originalmente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.151 de fecha 17 de junio de 2021, y posteriormente reimpressa por “fallas en los originales”, y vuelta a publicar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de fecha 6 de julio de 2021

⁴⁷ En ese proceso de “transcripción parcial”, del total de 51 servicios fintech contenidos en la Guía ASBA-BID, La Resolución incluyó en su normativa 18 de ellos, incluyendo las modalidades de ahorro automatizado.

2.2. Estipulación normativa del *healthy banking*

La disposición normativa que abre la puerta para el establecimiento de modalidades de *healthy banking* en Venezuela se encuentra ubicada en el literal a), párrafo único del artículo 16 de *La Resolución*, que establece, dentro de la categoría de “productos de pago y almacenamiento de dinero” las llamadas operaciones de “ahorros automatizados de las cuentas de los usuarios a una nueva cuenta”.

A su vez, *La Resolución* define a este servicio fintech de la siguiente manera:

Ahorros Automatizados de las Cuentas de los Usuarios a una Nueva Cuenta: proporciona la posibilidad de ordenar transacciones en las cuentas bancarias del usuario, previa autorización al proveedor de servicios para acceder a sus cuentas bancarias y realizar transferencias a cuentas de depósito u otras cuentas remuneradas en una institución diferente.

Al comparar la definición anterior con lo establecido por su fuente normativa primigenia, esto es, la Guía ASBA-BID⁴⁸, podemos concluir que *La Resolución* prácticamente realiza una transcripción literal y parcial de lo indicado por la referida Guía, pero manteniendo las premisas fundamentales del ahorro automatizado en que se sostiene el *healthy banking*: esto es, la posibilidad del cliente ahorrista de ordenar de manera automática, transacciones desde sus cuentas bancarias a cuentas de depósito u otras cuentas remuneradas.

De esta forma, la norma que regula los servicios fintech para el sector bancario en Venezuela expresamente reconoce al ahorro automatizado como uno de los servicios fintech dentro de la categoría de “productos de pago y almacenamiento de dinero”, brindándole a su vez viabilidad normativa dentro de nuestro ecosistema fintech a las distintas modalidades del mismo, incluyendo por supuesto a los productos del *healthy banking*.

En este sentido, los productos del *healthy banking* podrán ser desarrollados y ofrecidos en el mercado exclusivamente por las entidades expresamente autorizadas para ello, como veremos a continuación.

⁴⁸ «Consideraciones de regulación y prácticas de supervisión para las innovaciones tecnológicas financieras» ASBA; op. cit. p. 125. La Guía ASBA BID define al referido servicio en varios párrafos, siendo el contenido del primero de ellos del tenor siguiente: “un servicio que proporciona la posibilidad de ordenar transacciones en las cuentas bancarias del usuario. Por lo tanto, requiere que el usuario autorice al proveedor del servicio no solo a acceder a sus cuentas bancarias, sino también a realizar transferencias a cuentas de depósito u otras cuentas remuneradas en una institución diferente. El usuario autoriza a la empresa a través de una aplicación de teléfono móvil”.

2.3. Entidades prestadoras del healthy banking: Instituciones Bancarias e Instituciones de Tecnología Financiera

Una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico aplicable al sector bancario en Venezuela, permite concluir que, a efectos de la eventual prestación de servicios de *healthy banking*, en el país, son dos las entidades autorizadas normativamente para realizarlo: (i) Instituciones Bancarias, y (ii) Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB).

2.3.a- Instituciones Bancarias

Bajo el término “Institución Bancaria” debemos entender al conjunto de entidades debidamente autorizadas para realizar intermediación bancaria⁴⁹, las cuales, bajo la vigencia del ordenamiento jurídico aplicable al sector en Venezuela, son conformadas actualmente por las siguientes instituciones: (i) los bancos universales y (ii) instituciones bancarias especializadas (bancos de desarrollo y bancos microfinancieros).

Es importante recordar la diferencia entre una “Institución Bancaria” y una “Institución del Sector Bancario”, las cuales, de acuerdo a la norma rectora del sector bancario (Ley de Instituciones del Sector Bancario o LISB) no constituyen términos equivalentes. Dentro del término “Institución del Sector Bancario” pueden ser incluidas entidades que no son Instituciones Bancarias porque no realizan intermediación bancaria, como por ejemplo una Casa de Cambio o un Operador Cambiario Fronterizo⁵⁰.

Por otra parte, la posibilidad para una Institución Bancaria en Venezuela de ofrecer productos y servicios bajo la modalidad general del ahorro automatizado y en específico del *healthy banking*, provienen directamente de su facultad de captar fondos del ahorro público propia de su condición como entidad bancaria habilitada para realizar intermediación. En este sentido, por el solo hecho de ser un banco universal o un banco microfinanciero, cualesquiera de estas entidades están habilitadas *ipso facto* para captar fondos del público bajo cualquier modalidad⁵¹, incluyendo las distintas modalidades de ahorro derivadas de la tecnología financiera.

⁴⁹ La norma rectora del sector bancario en Venezuela, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, utiliza el término más genérico de “intermediación financiera” (artículo 5) para señalar la específica actividad de intermediación bancaria que consiste en la captación de fondos del público bajo cualquier modalidad por parte de las Instituciones Bancarias y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores en títulos emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las leyes de la República.

⁵⁰ No obstante, la Resolución N° 001.21 parece utilizar ambos términos como sinónimos en algunas disposiciones; verbigracia, el párrafo único del artículo 16 habla de “instituciones bancarias” al hacer referencia a los destinatarios de los servicios fintech, lo cual contradeciría el contenido del artículo 1 que habla que son destinatarios de los mismos las “instituciones del sector bancario”, concepto más amplio que la noción de institución bancaria.

⁵¹ LISB, Artículo 5.

De esta forma, desde el punto de vista normativo, no existe ningún obstáculo para que una Institución Bancaria en Venezuela pueda desarrollar y ofrecer soluciones de *healthy banking* a sus clientes, bastando en principio obtener la respectiva autorización de la SUDEBAN por tratarse de un nuevo servicio o producto⁵².

2.3.b- Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario

De conformidad a *La Resolución*, las Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB) son el otro tipo de entidades que pueden ofrecer modalidades de *healthy banking* en el mercado bancario venezolano, en cuyo caso pueden hacerlo de dos formas: (i) de forma indirecta, esto es, como servicio de apoyo e infraestructura al negocio bancario, o (ii) de forma directa al consumidor bancario, como un servicio de almacenamiento de dinero.

(i) Como servicio de apoyo al mercado bancario⁵³: bajo esta modalidad, los servicios de la ITFB se enmarcarían dentro de lo previsto en el artículo 1 de *La Resolución*, el cual, al definir el objeto de la misma, señala que la normativa busca regular “los servicios financieros prestados a través de las nuevas tecnologías, ofrecidas por las ITFB a las Instituciones del Sector Bancario”⁵⁴. En este caso, las ITFB actuarían como un mero desarrollador tecnológico de la modalidad, en alianza estratégica con las Instituciones Bancarias, las cuales serían las prestadoras del servicio al mercado.

⁵² Pudiera debatirse incluso el hecho de acudir ante la SUDEBAN a solicitar autorización para un producto de *healthy banking*, pudiendo argumentarse que, al tratarse de una modalidad adicional de una operación pasiva (depósitos de ahorro) de por sí contenida en su autorización de Institución Bancaria habilitada para ejercer intermediación bancaria la misma no entraría dentro de los supuestos previstos en la normativa prudencial que requiere aprobación previa de la SUDEBAN para nuevos productos y servicios. Sin perjuicio de la posible validez de esta argumentación, tomando en consideración el actual entorno normativo vigente para el sector bancario venezolano, y en sana aplicación de políticas de *overcompliance*, adherimos a la idea de que, a todo evento, siempre se debe solicitar autorización expresa del ente regulador en este tipo de situaciones.

⁵³ Si bien técnicamente, el *healthy banking* se ubica dentro de los productos de pago y almacenamiento de dinero según la clasificación realizada por la Guía ASBA-BID y replicada por *La Resolución* en su artículo 16, cuando el servicio se preste directamente a las Instituciones del Sector Bancario de conformidad a lo previsto en el artículo 1 de la normativa, se hace evidente que su naturaleza atiene más a un servicio fintech de apoyo e infraestructura al negocio bancario, constituyendo algo fuera de toda lógica entender que una ITFB pudiera prestarle a un banco o a cualquier otra institución del sector bancario un servicio de almacenamiento de dinero consistente en un ahorro automatizado (siendo el ahorro un producto bancario dirigido a personas naturales) como si puede hacerlo frente a un cliente persona natural, por ejemplo.

⁵⁴ Una interpretación sistemática de la normativa prevista en *La Resolución*, y concatenando la misma con el proceso de transcripción que hace a partir de la Guía ASBA-BID, permite concluir que el ecosistema fintech diseñado para el sector bancario se constituye en un ecosistema orientado principalmente hacia los servicios de apoyo e infraestructura del negocio bancario y con una modalidad que pudiéramos llamar de “monocliente”, esto es, privilegiando como cliente único y principal destinatario de los servicios prestados por las ITFB a las Instituciones del Sector Bancario. En este sentido, 10 de los 18 servicios previstos en *La Resolución* solo pueden prestarse a estas entidades, tal cual se desprende de lo previsto en el artículo 16 de la misma.

(ii) Como servicio de almacenamiento de dinero: bajo esta modalidad, los servicios de la ITFB se enmarcarían dentro de lo previsto en el artículo 16, párrafo único de *La Resolución*, que autoriza a las referidas instituciones a prestar servicios fintech de pago y almacenamiento de dinero a destinatarios distintos a las Instituciones del Sector Bancario, siempre y cuando obtengan la autorización del Banco Central de Venezuela (BCV) para actuar como Proveedores No Bancarios de Servicios de Pago (PSP)⁵⁵.

Bajo esta segunda modalidad, todo lo referente a la modalidad del ahorro automatizado y del *healthy banking* entraría dentro de la regulación simultánea tanto del BCV como de la SUDEBAN, planteándose un escenario regulatorio realmente complejo para cualquier ITFB que aspirara a prestar estos servicios directamente al público.

2.4. Retos y oportunidades del modelo en Venezuela

Como modalidad vinculada directamente al ahorro, el *healthy banking* comparte los retos y oportunidades que presentan este tipo de productos en la economía nacional, marcada por altos niveles de distorsión y complejidad que ciertamente no parecen favorecer actualmente ningún esquema de ahorro, por lo menos en su modalidad tradicional.

Una encuesta realizada por la firma *Equilibrium CenDE* indicaba que, para el mes de noviembre de 2023, solo 8% de un universo de encuestados de 1.255 personas indicaron que ahorran dinero⁵⁶. En otra encuesta realizada en la red social *X* para aquellas personas que manifestaron alguna posibilidad de ahorro, de un universo total de 3.118 participantes, el 73% manifestó que solo podían ahorrar mensualmente montos por debajo del equivalente a 50 US\$⁵⁷.

Por otra parte, el perfil del ahorro en Venezuela no está obedeciendo a patrones tradicionales, esto es, no se trata de un superávit patrimonial ocioso y disponible después de haberse cubierto todas las necesidades básicas (concepto técnico del ahorro), sino que el dinero que se pueda acumular, tiene la finalidad de cubrir otras necesidades “menos básicas”⁵⁸, por ejemplo, para costear dispositivos electrónicos (teléfonos celulares, computadoras) vestimenta o un viaje en particular. Se trata, en otras palabras, de un “ahorro con propósito específico”.

⁵⁵ Todo lo referido a los Proveedores No Bancarios de Servicios de Pago (PSP) se rige por la normativa contenida en la Resolución BCV N° 18-12-01, contentiva de las “Normas Generales sobre los Sistemas de Pagos y Proveedores No Bancarios de Servicios de Pagos”.

⁵⁶ «La realidad del ahorro en Venezuela: el dilema entre llenar la alcancía o la nevera». Diario TalCual; 31 de marzo de 2024; acceso en fecha 10 de abril de 2024; <https://talcualdigital.com/la-realidad-del-ahorro-en-venezuela-el-dilema-entre-llenar-la-alcancia-o-la-nevera/>

⁵⁷ «La realidad del ahorro en Venezuela: el dilema entre llenar la alcancía o la nevera»...art. cit.

⁵⁸ «¿Es posible ahorrar en Venezuela». La Gran Aldea; 1 de junio de 2022; acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://lagranaldea.com/2022/06/01/es-posible-ahorrar-en-venezuela/>

Bajo el escenario anteriormente expuesto, los retos y oportunidades de modalidades como el *healthy banking* en Venezuela pasan por conocer y precisar las necesidades reales de los potenciales clientes, y a partir de ese conocimiento proceder a diseñar productos que puedan adaptarse a las complejidades propias de la economía venezolana. Precisamente, esto es algo que ha caracterizado a los servicios fintech a lo largo de la historia: ofrecer soluciones a necesidades específicas de los clientes en un entorno determinado.

El mercado venezolano en este sentido presenta actualmente un relativo auge en todo lo referido a la llamada microeconomía, generándose interesantes oportunidades de negocios en este sector que han sido aprovechado a su vez por entidades y plataformas tecnológicas que, haciendo gala de flexibilidad organizacional y del uso de la tecnología, se han posicionado fuertemente entre el público consumidor, generando crecimientos importantes en sus actividades⁵⁹.

Lo anteriormente expuesto abre la puerta para que, experiencias exitosas a nivel micro en otras áreas, como por ejemplo el microfinanciamiento promovido por plataformas como *Cashea*⁶⁰, puedan replicarse en otros tipos de soluciones para el mercado, en áreas como el ahorro automatizado y el *healthy banking*, considerando el perfil actual del ahorrista en Venezuela⁶¹.

Bajo el escenario actual de la economía venezolana, modalidades de ahorro automatizado en general y de *healthy banking* en particular pueden enfocarse hacia el llamado “ahorro con propósito específico”, o bien, “micro ahorro” esto es, adaptando el producto a las conductas y necesidades actuales del ahorrista venezolano, caracterizadas por una acumulación de pequeñas cantidades de dinero para cubrir necesidades “menos esenciales” que constituyen a su vez, el objetivo inmediato de ese ahorro (teléfonos móviles, computadoras, viajes, entradas para conciertos, zapatos).

⁵⁹ En este sentido, lo ocurrido con la plataforma *Cashea* y el ecosistema generado con el tema del micro financiamiento es un buen ejemplo.

⁶⁰ *Cashea*, enfocada en la modalidad de financiamiento BNPL (compre ahora y pague después) es la plataforma más descargada en Venezuela, con 2 millones de usuarios, lo que revela la gran receptividad que tienen el mercado venezolano soluciones tecnológicas dirigidas al nivel micro de la economía. «*Cashea* es la app más descargada del país, alcanzando los dos millones de usuarios». El Luchador; artículo del 11 de febrero de 2024, acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://elluchador.info/2024/02/cashea-es-la-app-mas-descargada-del-pais-alcanzando-los-2-millones-de-usuarios/#:~:text=Su%20%C3%A9xito%20ha%20sido%20tan,sorprendentes%20y%20exitosas%20de%20Venezuela>.

⁶¹ En este sentido, las modalidades de ahorro automatizado y *healthy banking*, deberán adaptarse también al esquema multimoneda que, de hecho, rige actualmente en el país, marcado por una profunda “dolarización” de facto de la mayoría de las transacciones comerciales y financieras. En este sentido, la eventual inclusión de las cuentas en divisas del sistema bancario en cualquier esquema de banca saludable puede ser un factor clave que ayude a fomentar el producto, previo cumplimiento de la normativa cambiaria vigente.

En este sentido, las soluciones de *healthy banking* pueden convertirse en un instrumento sumamente útil, disruptivo e innovador para acompañar al pequeño ahorrista venezolano en la consecución de sus metas inmediatas de ahorro, promoviendo al mismo tiempo el ejercicio físico, la salud mental y el respeto por el medio ambiente en nuestra sociedad. Actores claves en este contexto pueden ser los bancos microfinancieros o los neobancos que puedan ser autorizados por la SUDEBAN en el corto plazo⁶².

A partir de esa adaptación del modelo del *healthy banking* a las características actuales del cliente bancario venezolano, puede generarse un proceso de crecimiento de la modalidad, aprovechando el carácter disruptivo e innovador del producto, susceptible de captar y fidelizar a un importante segmento en la población, ávida de soluciones financieras que puedan contribuir y agregar valor en la gestión de sus finanzas personales, que por supuesto, incluyen modalidades de ahorro⁶³.

Se debe destacar que modalidades como el *healthy banking* cuentan con un altísimo potencial de crear un fuerte *engagement*⁶⁴ en los clientes y destinatarios, dada la íntima conexión y asociación que pueden desarrollar los usuarios entre el logro sus metas personales, tanto financieras como de actividades físicas, con la marca comercial que les ofrece el producto, lo cual no deja de ser una ventaja y beneficio de *marketing* estratégico para los prestadores del servicio⁶⁵.

Por otra parte, tal como revisamos en la primera parte del presente artículo, los productos de *healthy banking* obedecen a una modalidad de negocio escalable de la cual pueden derivarse e impulsarse otras oportunidades de negocios y servicios, lo que lo hace un producto “inteligente” que puede conectarse con otros servicios financieros.

⁶² Hasta la fecha, el único neobanco autorizado por la SUDEBAN para operar en el país es una entidad perteneciente precisamente al sector microfinanciero de la banca (Banco Digital N58).

⁶³ En Venezuela, la plataforma *Kontigo* está incursionando en el mercado del ahorro ofreciendo modalidades como el popular “san”, en divisas, un método de ahorro grupal de mucha popularidad en el país unas décadas atrás. «App Kontigo llega a Venezuela para digitalizar los juegos San como método de ahorro». Diario TalCual; artículo del 21 de febrero de 2024, acceso en fecha 11 de abril de 2024

⁶⁴ El *engagement* es el nivel de compromiso, entusiasmo y lealtad que tiene una audiencia con una marca. Implica que una persona de constantes “me gusta” a las publicaciones de la marca en redes sociales, y que comparta, comente y realice las acciones que sugiere. «¿Qué es el engagement?». Hubspot; acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://blog.hubspot.es/marketing/guia-engagement#:~:text=El%20engagement%20es%20el%20nivel,las%20acciones%20que%20se%20sugieren>.

⁶⁵ Piénsese por ejemplo en el caso de un cliente amante del *running* que, precisamente cumpliendo metas de kilómetros diarios o mensuales recorridos a partir de su actividad física bajo un producto de *healthy banking*, pueda ahorrar el monto que necesita para adquirir unos zapatos para correr una carrera en específico. El *engagement* de la entidad en este caso sería enorme. También es posible implementar modalidades de *healthy banking* que puedan eventualmente remunerar cuentas de terceros cuyo titular sea un familiar (hijo, padre, abuelo) otorgándole a la finalidad del ahorro un enfoque más emocional. Las posibilidades en este sentido son inmensas.

Entre esos otros servicios pueden incluirse la asesoría financiera predictiva a los mismos clientes ahorristas, modalidades de *open banking* (a partir de la data recopilada de los ahorristas⁶⁶) y alianzas estratégicas con terceros no bancarios (tiendas deportivas, agencias de viajes, tiendas nutricionistas, centros de fisioterapia, restaurantes, tiendas de electrodomésticos)⁶⁷ todos ellos susceptibles de generar importantes ingresos adicionales a las entidades bancarias o empresas fintech (ITFB) prestadoras de los servicios de *healthy banking*.

La implementación de modalidades de la banca saludable, con un enfoque integral que los define como un producto financiero sostenible, puede igualmente beneficiar a las instituciones bancarias en lo que atiene a su acervo reputacional y posicionarlas en el mercado como entidades socialmente responsables, tocando importantes verticales bajo la gobernanza ESG, principalmente en lo que atiene a las temáticas sociales y ambientales, con todo lo que esto implica en nuevas oportunidades de negocio dentro el mundo globalizado de hoy.

Finalmente, productos de ahorro automatizado bajo la modalidad del *healthy banking*, al fomentar la cultura del ahorro en la población de manera por demás innovadora, constituyen soluciones financieras directamente conectadas con principios y actuaciones de responsabilidad social, y, al fortalecer la educación financiera en los ciudadanos, suelen presentar altos niveles de aceptación entre las autoridades regulatorias, de fundamental importancia de cara a los procesos autorizatorios de nuevos productos y servicios actualmente vigentes para el sector en Venezuela.

CONCLUSIONES

El desarrollo exponencial de la tecnología financiera y la aparición de nuevos actores no bancarios con un profundo ADN digital dieron origen a la creación y consolidación del llamado ecosistema fintech, conformado a su vez por los componentes subjetivo (actores fintech) y objetivo (servicios y productos).

El componente objetivo del ecosistema se ha caracterizado por una importante presencia de productos y servicios realmente innovadores que han venido a satisfacer necesidades puntuales y específicas en grandes segmentos de la población.

⁶⁶ A través de la información suministrada por los clientes ahorristas al momento de “programar” su modalidad de ahorro y la finalidad del mismo, y previo cumplimiento de formalidades legales relativas al consentimiento expreso dado por el cliente en este sentido, es posible el establecimiento de una gran base de datos directamente relacionada con patrones de comportamiento financiero, susceptible de ser estructurada a través de las modernas tecnologías y con ello permitirle a la entidad diseñar productos más personalizados para estos clientes (publicidad dirigida y ventas cruzadas).

⁶⁷ A partir de la recopilación de datos de los clientes ahorristas y de las metas establecidas para su ahorro particular, se deriva un cúmulo de conocimiento importante referido a gustos y tendencias particulares de consumo, lo que abre las puertas al establecimiento de alianzas estratégicas con terceros no bancarios.

Entre esos productos y servicios innovadores surge el *healthy banking* como una modalidad del ahorro automatizado bajo el esquema “*move to save*” que vincula la transferencia de fondos de ahorro con la práctica de actividades físicas, empaquetando de esta forma un producto bancario sostenible que integra en su ejecución temáticas de salud personal, financiera y ambiental.

Las soluciones de *healthy banking* constituyen productos inteligentes que obedecen a una modalidad de negocio escalable del cual pueden derivarse oportunidades adicionales de negocios para las entidades bancarias, sin contar los beneficios a nivel de captación y fidelización de clientes, *marketing* y de posicionamiento en el mercado como empresa innovadora y sostenible.

El *healthy banking* encuentra viabilidad normativa de implementación en Venezuela a través de la Resolución SUDEBAN N° 001.21 que constituye la norma rectora del ecosistema fintech para el sector bancario, y eventuales implementaciones del mismo deberán tomar en consideración aspectos puntuales y características específicas del entorno económico nacional, así como del perfil actual y las necesidades puntuales del ahorrista venezolano.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanca. «Abanca lanza B100, un nuevo modelo de banca digital centrada en “salud personal, salud del planeta y salud financiera”». Acceso en fecha 10 de abril de 2024. <https://comunicacion.abanca.com/es/noticias/abanca-lanza-b100-un-nuevo-modelo-de-banca-digital-centrada-en-salud-personal-salud-del-planeta-y-salud-financiera/>
- Agencia Sinc. «La contaminación del aire reduce los beneficios del ejercicio físico». Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://www.agenciasinc.es/Noticias/La-contaminacion-del-trafico-reduce-los-beneficios-del-ejercicio-fisico>
- AQ Acentor. «¿Qué es el TIN y el TAE en un préstamo?». Acceso en fecha 10 de abril de 2024; https://aq-acentor.com/que-es-tae-y-tin/?utm_source=google_pmax&utm_medium=cpc&utm_campaign=MS-AQ-Sevilla-AQNobuh-PMAX&campaignid=7013W0000010Ma8QAE&gad_source=1&gclid=EAiaIQobChMIwLCw_vW3hQMVRaJaBR1g4AVuEAAYAiAAEgJ12_D_BwE
- Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas. «Consideraciones de regulación y prácticas de supervisión para las innovaciones tecnológicas financieras». Acceso el 3 de abril de 2024. <https://asbasupervision.com/es/bibl/i-publicaciones-asba/i-1-grupos-de-trabajo/2380-consideraciones-de-regulacion-2>
- Bancaribe. «Bancaribe firma los Principios de la ONU para la Banca Responsable». Acceso en fecha 8 de abril de 2024. <https://www.bancaribe.com.ve/institucional/banca-responsable>

- Bancomext. «Fintech en el mundo: la revolución digital de las finanzas ha llegado a Mexico». Acceso el 3 de abril de 2024. <https://www.bancomext.com/wp-content/uploads/2018/11/Libro-Fintech.pdf>.
- BBVA; «Que es un token y para qué sirve». Acceso en fecha 9 de abril de 2024 <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-un-token-y-para-que-sirve/>
- Bit Lab 3; «Que es GameFi y cómo funciona». Acceso en fecha 9 de abril de 2024; <https://bitlab.world/que-es-gamefi-y-como-funciona/#:~:text=GameFi%2C%20un%20t%C3%A9rmino%20que%20combina,%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B>
- CuidatePlus. «Fitness»; acceso el 8 de abril de 2024; <https://cuidateplus.marca.com/ejercicio-fisico/diccionario/fitness.html>
- Diario El Luchador. «Cashea es la app más descargada del país, alcanzando los dos millones de usuarios». Acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://elluchador.info/2024/02/cashea-es-la-app-mas-descargada-del-pais-alcanzando-los-2-millones-de-usuarios/#:~:text=Su%20%C3%A9xito%20ha%20sido%20tan,sorprendentes%20y%20exitosas%20de%20Venezuela>
- Diario TalCual. «App Kontigo llega a Venezuela para digitalizar los juegos San como método de ahorro». Acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://talcualdigital.com/app-kontigo-llega-a-venezuela-para-digitalizar-los-juegos-san-como-metodo-de-ahorro/>
- Diario TalCual. «La realidad del ahorro en Venezuela». 31 de marzo de 2024; acceso en fecha 10 de abril de 2024; <https://talcualdigital.com/la-realidad-del-ahorro-en-venezuela-el-dilema-entre-llenar-la-alcancia-o-la-nevera/>
- Husbot. «¿Qué es el engagement?». Acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://blog.hubspot.es/marketing/guia-engagement#:~:text=El%20engagement%20es%20el%20nivel,las%20acciones%20que%20se%20sugieren>
- La Gran Aldea. «¿Es posible ahorrar en Venezuela?». Acceso en fecha 11 de abril de 2024. <https://lagranaldea.com/2022/06/01/es-posible-ahorrar-en-venezuela/>
- Levy Sad, Elizabeth. «Healthy Banking: un enfoque novedoso»; acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://noticias.mobilemoneylatam.com/2024/03/04/healthy-banking-un-enfoque-novedoso/>
- Natvalue; «Que son los productos financieros sostenibles». Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://natvalue.com/productos-financieros-sostenibles/#:~:text=A%20partir%20de%20las%20finanzas,la%20sostenibilidad%2C%20equilibrando%20ambos%20factores>.
- Organización Panamericana de la Salud. «Actividad Física». Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <https://www.paho.org/es/temas/actividad-fisica#:~:text=La%20actividad%20f%C3%ADsica%20tiene%20importantes,el%20cuerpo%20y%20>

[la%20mente.&text=La%20actividad%20f%C3%ADsica%20reduce%20los%20s%C3%ADntomas%20de%20depresi%C3%B3n%20y%20ansiedad.&text=Las%20personas%20que%20son%20insuficientemente,personas%20que%20son%20suficientemente%20activas](#)

PC Componentes. «¿Qué es un RPG?». Acceso en fecha 9 de abril de 2024. <https://www.pccomponentes.com/que-es-un-rpg>

PerfectGym. «El estado de la industria del fitness en 2023: Tendencias y estadísticas clave». Acceso en fecha 9 de abril de 2024. <https://www.perfectgym.com/es/blog/business/estadisticas-industria-fitness-tendencias>

Rodriguez Durand, Heriberto y otros. «El impacto de las actividades físicas en el medio ambiente.». Acceso en fecha 8 de abril de 2024; <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1992-82382020000200043>

Santander. «¿Qué son las finanzas sostenibles o ASG?». Acceso en fecha 8 de abril de 2024. <https://www.santander.com/es/stories/que-son-las-finanzas-sostenibles-o-asg#:~:text=Desde%20una%20perspectiva%20eminente%20%C3%A9tica,actividad%20econ%C3%B3mica%20o%20un%20proyecto>

Leyes y Normativas

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014. Ley de las Instituciones del Sector Bancario.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.547 de fecha 17 de diciembre de 2018. Resolución BCV contentiva de las Normas Generales sobre los Sistemas de Pago y Proveedores de Pago que operan en el país.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de fecha 6 de julio de 2021. Resolución SUDEBAN N° 001.21 de fecha 4 de enero de 2021, contentiva de las Normas que regulan los servicios de tecnología financiera (FINTECH).

Circular SUDEBAN N° SIB-GGIR-GA-GNP-08674 de fecha 28 de diciembre de 2023 “Introducción al Mercado de Productos y Servicios Financieros, su Publicidad y Propaganda”.

Contratación mercantil mediante Contratos Electrónicos: Carencias y desafíos en la legislación venezolana

Cristina Hellmund*

María-Fernanda Uzcátegui**

Michelle Pasceri***

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 361-380

Resumen: Este documento explora el ámbito de los contratos electrónicos y el comercio electrónico en Venezuela, destacando la crítica falta de regulación específica en la materia; en particular, en lo relativo al consentimiento en la contratación electrónica y la protección tanto de los consumidores como de los proveedores de servicios. Se realiza un análisis jurídico comparativo con Perú, México y Panamá para comprender sus enfoques ante retos similares. Esta comparación proporciona un marco para posibles mejoras de la legislación venezolana en materia de comercio electrónico y contratación electrónica.

Palabras clave: comercio electrónico; contratos electrónicos; contratación electrónica; Venezuela; firmas electrónicas; falta de regulación; consentimiento; proveedor de servicio; consumidor.

Commercial Contracting through Electronic Contracts: Shortcomings and Challenges in Venezuelan Legislation

Abstract: *This paper explores the realm of electronic contracts and e-commerce in Venezuela, highlighting the critical lack of specific regulation, particularly concerning consent in electronic contracting and the protections of both consumers and service providers. A comparative legal analysis with Peru, Mexico, and Panama is conducted to understand their approaches to similar challenges. This comparison provides a framework for potential improvements in Venezuelan legislation regarding e-commerce and electronic contracting.*

Keywords: *e-commerce; electronic contracts; electronic contracting; Venezuela; electronic signatures; lack of regulation; consent; service provider; consumer.*

Recibido: 12/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Abogada, Universidad Metropolitana.

** Abogada, Universidad Católica Andrés Bello.

*** Abogada, Universidad Católica Andrés Bello (*summa cum laude*).

Contratación mercantil mediante Contratos Electrónicos: Carencias y desafíos en la legislación venezolana

Cristina Hellmund*

María-Fernanda Uzcátegui**

Michelle Pasceri***

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 361-380

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La Contratación Electrónica; 1.1. El Comercio Electrónico; 1.2. El Contrato Electrónico; a. Definición; b. Elementos esenciales y aplicabilidad del Código Civil venezolano; 2. Normativas Relacionadas con el Comercio Electrónico en Venezuela. 2.1. Ámbito Legal, 2.2. Deficiencias en el Ámbito Legal del Comercio Electrónico en Venezuela; 3. Regulación del comercio electrónico en el Derecho comparado Latinoamericano; 3.1. Breve análisis de las normas mexicanas sobre comercio electrónico; 3.2. Breve análisis de las normas peruanas sobre comercio electrónico; 3.3. Breve análisis de las normas panameñas sobre comercio electrónico.

INTRODUCCIÓN

En lo que se ha denominado como la era de la información, existe un fenómeno que surge como consecuencia de los avances de la tecnología, la informática y, en general, las nuevas tecnologías de la información, conocido como el comercio electrónico¹ y, por ende, su principal fruto: la contratación electrónica.

Es por ello que doctrinarios expertos en la materia siguen reconociendo como reto actual la determinación de la legislación aplicable a los hechos de naturaleza electrónica², pese a que éstos se han evidenciado desde el auge del internet a inicios de la década de 1990. De esta manera, este reto ha abarcado jurídicamente la determinación de la existencia y validez de la contratación electrónica y la legislación aplicable a sus

* Abogada, Universidad Metropolitana.

** Abogada, Universidad Católica Andrés Bello.

*** Abogada, Universidad Católica Andrés Bello (*summa cum laude*).

¹ Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

² Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.

efectos jurídicos, estos son, los hechos y obligaciones nacidas o derivadas de negocios consumados por vía electrónica³.

En este sentido, a pesar de reconocer que el internet y otros medios electrónicos ofrecen una libertad nunca antes imaginada, ello no puede interpretarse en forma alguna que las actividades realizadas por estas vías prescindan de regulación o que no estén sometidas a ningún tipo de control normativo⁴. Es por ello que en Europa y América Latina ya se evidencia legislación sobre esta materia, teniendo leyes especiales y proyectos de ley que regulan los mensajes de datos, las firmas electrónicas, los delitos informáticos, la privacidad de datos, entre otros⁵.

En el caso particular de Venezuela, contamos con la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, adicional a disposiciones normativas del Código Civil venezolano que pueda resultar aplicable por vía de interpretación analógica, dada la falta de regulación específica sobre la materia que nos concierne. En este sentido, cabe la afirmación de que, a falta de ley especial que regule en forma específica alguno de los aspectos relacionados con la validez y eficacia del uso de medios electrónicos, siempre podrá ser aplicable la ley ordinaria que guarde mayor relación con la actividad en particular⁶; y son esas carencias de ley especial, y los desafíos que comporta su regulación, las que se abordarán en el presente artículo.

1. La Contratación Electrónica

1.1. El Comercio Electrónico

Para Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López (2008), con la expresión comercio electrónico se designan a aquellas operaciones de índole comercial que se desarrollan por medios electrónicos o informáticos, esto es, el conjunto de comunicaciones electrónicas efectuadas con fines publicitarios o contractuales entre las empresas, o entre éstas y sus clientes⁷.

Bajo esta perspectiva, Valerio Pérez de Madrid, citado por Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López (2008), establece que el comercio electrónico es la realización de negocios jurídicos mercantiles y civiles a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos⁸.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.

⁷ Miranda Serrano, Luis y Pagador López. «La Formación y Ejecución del Contrato Electrónico: Aproximación a una Realidad Negocial Emergente», *Repositorio Institucional de la Universidad de Córdoba* (2008). 77-92.

⁸ *Ibidem*.

Asimismo, Carmen Iglesias Martín (2022) considera que el comercio electrónico abarca la compra de productos o servicios por internet; la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado; el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras; la consulta de información con fines comerciales a un determinado servicio; y, en general, un sin fin de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos⁹.

Para estos autores, el concepto de comercio electrónico no posee perfiles inequívocos; por lo que, desde una perspectiva amplia, se considera al comercio electrónico como toda forma de intercambio de bienes y servicios, entre las empresas, entre éstas y sus clientes o consumidores, y entre entidades financieras, realizado a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos o redes de comunicación computarizada.

Desde una perspectiva más estricta, Juan Carlos Villalba (2008) propone que el comercio electrónico (o *e-commerce*) es un conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas especialmente a través del internet¹⁰.

Recalde Castells, citado por el mencionado autor Juan Carlos Villalba (2008), entiende por comercio electrónico a los contratos donde las declaraciones de voluntad negociales y el cumplimiento de las obligaciones se emiten y producen a través de medios electrónicos, a pesar de que reconoce que este último —cumplimiento de las obligaciones— también puede realizarse por medios tradicionales¹¹.

Por su parte, Rafael Mateu, igualmente citado por Juan Carlos Villalba (2008), establece que el comercio electrónico se concibe como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye internet¹².

De esta manera, el comercio electrónico representa un medio más ágil y económico de promoción de bienes y servicios, pues permite, sin necesidad de desplazamiento de las partes contratantes, acceder a la gran cantidad de ofertas de bienes y servicios¹³. Sin embargo, no es menos cierto que persiste la necesidad de crear reglas relacionadas con la propiedad de estos bienes y servicios a efectos de identificar los objetos del intercambio; y el configurar un sistema de pago seguro que supere los in-

⁹ Iglesias Martín, Carmen. «Peculiaridades de la Contratación Electrónica», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2022). 1314-1333.

¹⁰ Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

convenientes clásicos de tiempo y distancia en la transmisión de datos e información en grandes cantidades¹⁴.

1.2. El Contrato Electrónico

a. Definición

Miguel Davara Rodríguez, citado por Miguel Moreno Navarrete (2017), establece que el contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo¹⁵. Por tanto, el mencionado autor afirma que el contrato electrónico es fundamentalmente un contrato a distancia, con la particularidad de que se utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad o, como dicho autor lo define, la forma electrónica de consentir¹⁶.

Asimismo, Arango (2005) establece que el contrato electrónico representa todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético¹⁷.

Bajo este mismo orden de ideas, Pablo Burgueño, citado por Pedro Silva-Ruiz (2015), establece que la contratación electrónica es todo acto realizado por medio de redes telemáticas mediante el que se establezcan de forma volitiva obligaciones exigibles; por lo que es contratación electrónica todo acto de compraventa realizado a través de internet, la aceptación de un convenio de colaboración, la contratación de servicios y la aceptación de una política de privacidad o de las condiciones de uso de una red social¹⁸.

Por su parte, Pedro Silva-Ruiz (2015) plantea que el contrato electrónico es aquel que se perfecciona mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador, pudiendo incluir en esta categoría a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos¹⁹. Inclusive, este autor hace referencia a la definición que establecen las *Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement* (URGETS) de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) aplicables a los contratos electrónicos en los

¹⁴ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Contratos Electrónicos* (Madrid: Editorial Derecho Civil Hoy, 2017). 8-158.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Arango, A., *Comercio Electrónico* (Caracas: Legis, 2005).

¹⁸ Silva-Ruiz, Pedro. «La Contratación Electrónica y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* (2015). 222-231.

¹⁹ *Ibidem*.

cuales las partes se sometan a sus disposiciones, pues dichas reglas definen al contrato electrónico como el acuerdo con fuerza legal concluido a través del intercambio de mensajes electrónicos, concernientes a una o más transacciones comerciales electrónicas, en el cual las partes acuerdan los términos y condiciones del convenio, incluyendo sus derechos y obligaciones²⁰.

Igualmente, Juan Valencia Ramírez (2019), interpretando la definición aportada por la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo, establece que los contratos electrónicos son aquellos en los cuales la oferta y la aceptación se comunican o transfieren por medios electrónicos, sin interesar si las partes participantes en el acuerdo están o no en comunicación directa y sin la necesidad de la presencia física o espacial de éstos, todo con el objetivo de eliminar las barreras territoriales y temporales que puede presentarse a la hora de celebrar contratos²¹. Es decir, para este autor los contratos electrónicos se entienden como el acuerdo de voluntades en que las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, caracterizado esencialmente por la utilización de medios electrónicos²².

De esta manera, se ha afirmado que la trascendental novedad de los contratos electrónicos versa sobre su desmaterialización frente al contrato tradicional -escrito- y, por tanto, la manifestación y presentación electrónica de su consentimiento y de los términos y condiciones que lo conforman, los cuales son expresados en lenguaje alfanumérico y establecidos en una cadena de bloques inmodificable²³.

En otro orden de ideas, con base al servicio o bien que se contrata, Juan Carlos Villalba (2008) define al contrato electrónico como aquel cuyo objeto está constituido por un bien o por un servicio informático²⁴. Por bien informático se entiende al computador, sistema de telecomunicaciones, o creación, confección y desarrollo de programas (*hardware* o *software*); y por servicio informático al uso de equipos, explotación de programas, consulta a bases de datos o archivos, mantenimiento, auditoría y financiación²⁵. A modo de ejemplo, la doctrina ha incluido dentro de esta categoría a contratos como la compraventa *online*, contratos sobre *software* (consultoría, licencia de uso, licencia de distribución, *leasing*), contrato de *escrow*, contratos sobre bases de datos, entre otros²⁶.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Valencia Ramírez, Juan Pablo. «Contratos Inteligentes», *Revista RITI Journal* (2019). 1-10.

²² *Ibidem*.

²³ Valencia Ramírez, Juan Pablo. «Contratos Inteligentes», *Revista RITI Journal* (2019). 1-10.

²⁴ Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

Como se observará más adelante, y como bien lo ha establecido Pedro Silva-Ruiz (2015), la noción misma de contrato no se modifica. Es el medio el que es sustancialmente diferente, pues carece de corporeidad. El contrato electrónico se rige por los principios generales de los contratos y las obligaciones de aquella legislación que le es aplicable. El acuerdo de voluntades a través de medios electrónicos, en esencia, no conlleva o implica necesariamente un nuevo concepto jurídico²⁷. Sin embargo, no es menos cierto que la regulación específica de esta materia permite asegurar la existencia, validez y eficacia de estos contratos que se celebran por vía electrónica, facilitando así el tráfico mercantil y comercial.

b. Elementos esenciales y aplicabilidad del Código Civil venezolano

Analizando la figura del contrato tradicional, fundamentada en el artículo 1.133 del Código Civil venezolano, la principal diferencia con el contrato electrónico es el uso de medios electrónicos por el que las partes manifiestan su voluntad de contratar. Sin embargo, tal característica novedosa no impide que el contrato electrónico se asienta sobre las bases generales de un contrato tradicional.

La doctrina imperante en la materia es consistente en afirmar que la contratación por medios electrónicos no implica una nueva concepción o un replanteamiento absoluto de la teoría general de los contratos regulada en los ordenamientos jurídicos nacionales²⁸. Por tanto, y en palabras de Juan Carlos Villalba (2008), no nos encontramos frente a un nuevo tipo contractual, sino frente a una nueva forma de celebrar contratos y manifestar la voluntad. Sin embargo, sigue existiendo discrepancia al respecto, pues algunos doctrinarios consideran a los contratos electrónicos como un nuevo tipo contractual autónomo, atípico, que requiere en los ordenamientos jurídicos una regulación específica²⁹.

En cuanto a la esencia del contrato, el experto doctrinario Eloy Maduro Luyando, citado por José Ovidio Salgueiro (2002), señala que el contrato es el instrumento por excelencia para que un hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades³⁰. Por tanto, y como bien reconoce el mencionado autor, siendo ésta la finalidad esencial de esta institución es lógico inferir que la satisfacción de tales necesidades debe adaptarse a los

²⁷ Silva-Ruiz, Pedro. «La Contratación Electrónica y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* (2015). 222-231

²⁸ Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

²⁹ Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

³⁰ Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.

distintos avances tecnológicos; siendo así la idea aproximativa a la validez del contrato electrónico con o sin la existencia previa de una ley que le conceda expresa eficacia³¹.

Como se ha mencionado anteriormente, la norma rectora de la contratación en el ordenamiento jurídico venezolano es el artículo 1.133 del Código Civil, que establece que “*el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*”. En palabras de José Ovidio Salgueiro (2002), de esta norma no puede inferirse que el contrato electrónico incumpla las finalidades allí señaladas, ya que la amplitud de la norma tiene por finalidad buscar siempre la validez del contrato; sin embargo, no es menos cierto la necesidad de determinar cómo incorporar en el formato electrónico los elementos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa)³².

En este sentido, el artículo 1.141 del Código Civil venezolano señala que “*las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita*”; y, a su vez, en lo que respecta a la validez del contrato, el artículo 1.142 del referido Código establece que “*el contrato puede ser anulado: 1º. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2º. Por vicios del consentimiento*”.

De esta manera, y retomando los comentarios de José Ovidio Salgueiro (2002), parece que la amplitud de la norma no exige la necesidad de una ley previa que regule el cumplimiento de estos requisitos esenciales por vía electrónica, esto pues no presentan diferencias de fondo por el hecho que la contratación se realiza por vía electrónica³³.

Con base en lo anterior, resulta válido afirmar que las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la contratación electrónica se dan por el medio a través del cual se manifiestan y no por su naturaleza; por tanto, al menos en lo que se refiere a su objeto y causa, parecen no haber diferencias de fondo entre ambos tipos de contratos³⁴, por lo que la existencia y validez de ambos elementos se verá fundamentada en que su objeto sea posible, lícito, determinado o determinable³⁵, y que la causa no sea falta ni contraria a la ley, buenas costumbres u orden público³⁶.

Sin embargo, el elemento esencial de todo contrato más debatido en materia de contratación electrónica es el consentimiento. En palabras de Eloy Maduro Luyando,

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.

³⁵ Artículo 1.155, Código Civil venezolano, publicado en Gaceta Oficial 2.990 Extraordinario, en fecha 26 de julio de 1982.

³⁶ *Ibidem.*

citado por José Ovidio Salgueiro (2002), el consentimiento representa la manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre que expresa el acuerdo de un sujeto de derecho respecto de un acto externo propio o ajeno. Para José Ovidio Salgueiro (2002) es completamente válido el uso de la informática como medio de expresión de la voluntad y, por tanto, para contraer derechos y obligaciones; ello con fundamento en que la ley venezolana no presenta limitaciones en cuanto a la forma o medio de manifestación del consentimiento, siendo el medio por excelencia en este tipo de contrataciones la firma electrónica³⁷, figura que sí se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico venezolano bajo ley especial y que, en palabras de Víctor Guidón Guerrero (2018), los mensajes electrónicos pueden servir de base para el perfeccionamiento de contratos pues, a través de ellos, las personas son capaces de emitir manifestaciones de voluntad³⁸.

2. Normativas relacionadas con el Comercio Electrónico en Venezuela

Como fue mencionado anteriormente, el autor Recalde Castells, citado por el autor Juan Carlos Villalba (2008), entiende por comercio electrónico a los contratos donde las declaraciones de voluntad negociales y el cumplimiento de las obligaciones se emiten y producen a través de medios electrónicos, a pesar de que reconoce que este último —cumplimiento de las obligaciones— también puede realizarse por medios tradicionales³⁹. Estas obligaciones producidas a través de medios electrónicos deben ser reguladas para asegurar su cumplimiento dentro de la jurisdicción en la que se lleven a cabo.

Como es mencionado por Rondón García (s.f.)⁴⁰, el uso de medios electrónicos elimina barreras impuestas por tiempo y espacio, pero, a su vez, también crea otras importantes, como lo son la jurisdicción aplicable a los contratos en caso de disputa. En este ámbito, los Estados deben garantizar mecanismos que brinden seguridad y confianza a los usuarios, ya que es una nueva realidad debido a los avances tecnológicos.

En el caso de Venezuela, se han creado leyes para responder a los avances tecnológicos y a la realidad económica del país, tales como la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001)⁴¹, la Ley Especial Contra Delitos Informáticos (2001)⁴², entre otras. Sin embargo, con el pasar de los años, y al ser leyes que regulan materias

³⁷ Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.

³⁸ Guerrero Guidón, Víctor. «Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (2018). 293-315.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Rondón García, Andrea, Comentarios generales al Decreto Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de la República Bolivariana de Venezuela (s.f).

⁴¹ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicada en Gaceta Oficial 37.148, en fecha 28 de febrero 2001.

⁴² Ley Especial contra los Delitos Informáticos, publicada en Gaceta Oficial 37.313 en fecha 30 de octubre de 2001.

que se encuentran en constante evolución, es común que surjan deficiencias legales en temas que no fueron previstos por el legislador para el momento de la promulgación de estas leyes, tal como es el caso del comercio electrónico.

2.1. *Ámbito Legal*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴³ establece las libertades para las prácticas económicas sin más limitaciones que las que establezca la ley. En este caso, la contratación electrónica es simplemente otra modalidad de contratar manteniendo la misma naturaleza que la contratación tradicional.

Existe una equivalencia funcional entre los documentos físicos y los electrónicos; sin embargo, de acuerdo con lo comentado por la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Caracas (2021)⁴⁴, en Venezuela no existe una normativa especial dirigida para la actividad de comercio electrónico. A pesar de ello, sí hay normativas que, si bien no atienden de manera directa la materia, se han utilizado como marco para la actividad electrónica. Estás fueron mencionadas anteriormente y son la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y la Ley Especial Contra Delitos Informáticos, ambas del año 2001.

Es así cómo, si partimos del principio que no hay diferencia en la naturaleza de la contratación electrónica y la contratación tradicional, las condiciones requeridas para la existencia del contrato según el artículo 1.141 del Código Civil⁴⁵ venezolano, son perfectamente aplicables a la contratación electrónica y cuya aplicación debe ir de la mano con las leyes vinculadas a la materia.

Volviendo a la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la exposición de motivos de esta Ley vincula el criterio establecido en el artículo 110⁴⁶ de la Constitución Nacional cuando caracteriza de interés público a la tecnología como factor de impulso productivo nacional. La Ley indica que “*la evolución tecnológica ha revolucionado a nivel mundial las diferentes áreas del conocimiento y de las actividades humanas fomentando el surgimiento de nuevas formas de trabajar, aprender, comunicarse y celebrar negocios*”.

⁴³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial 5.908, en fecha 19 de febrero 2009.

⁴⁴ Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Caracas, Informe e-Pais: El comercio electrónico en Venezuela (2021) pp.4

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Artículo 110 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía.

Esta Ley, al reconocer la importancia de la tecnología en el desarrollo de las actividades comerciales, da validez jurídica a las transacciones electrónicas y a las firmas digitales, siendo esta su gran virtud ya que, aunque no regule expresamente el comercio electrónico, reconoce las figuras que permiten su implementación y desarrollo.

En el caso del comercio electrónico, al no existir la firma autógrafa o manuscrita, la firma electrónica cobra especial importancia. Esta es una de las figuras que más ha tomado importancia en el tema de la contratación electrónica. Así, Martínez Nadal, citado por la autora Rondón García (s.f.)⁴⁷ establece que esta es la figura que afirma la intención de vincularse a un documento, cumpliendo con las funciones de una firma manuscrita.

En este sentido, dentro de los principios que se pueden destacar en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y que se encuentran vinculados estrechamente con el comercio electrónico, están los siguientes: (i) en su artículo 4⁴⁸ se encuentra regulada la eficacia probatoria, estableciendo que los mensajes de datos y las firmas electrónicas tendrán el mismo valor probatorio que los instrumentos escritos, igualando así la validez de sus efectos jurídicos; (ii) la neutralidad tecnológica, pues la Ley no establece una diferencia entre las modalidades electrónicas existentes; (iii) la libertad contractual ya que, al ser una consecuencia directa de la libertad de comercio, las partes pueden fijar de mutuo acuerdo su relación comercial; (iv) entre otros.

Si bien estos principios permiten impulsar el desarrollo de la contratación electrónica, en la práctica una limitación importante que el legislador incluyó en el artículo 15⁴⁹ de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas es el perfeccionamiento del contrato, estableciendo que los contratos podrán formarse cuando el proponente y el destinatario hayan acordado que la oferta y la aceptación se expresen por vía del mensaje de datos. De acuerdo con Guidón Guerrero (2018)⁵⁰, la norma vista de este modo

⁴⁷ Artículo 110 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía.

⁴⁸ Artículo 4 Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas. Sometimiento a la Constitución y a la Ley.

⁴⁹ Artículo 15 Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.

⁵⁰ *Ibidem*.

requeriría que una parte tendría que probar la existencia de un contrato preparatorio, en el cual hubieran aceptado los mensajes de datos que permitirán el perfeccionamiento del contrato.

En este sentido, se deduce que la formación del contrato electrónico descrita en esta Ley, requiere esencialmente tomar en cuenta las disposiciones en materia de contratos contempladas en el Código Civil y el Código de Comercio venezolano, especialmente en lo que se refiere a su oferta y aceptación.

2.2. Deficiencias en el Ámbito Legal del Comercio Electrónico en Venezuela

En todo negocio jurídico existen riesgos, y el comercio electrónico no es la excepción. Rondón García (s.f.), citando a Rodríguez, indica que el mayor reto del comercio electrónico es la seguridad y la confianza, ya que no existe garantía de si se recibirá el bien o el servicio contratado.⁵¹

A pesar de las iniciativas por parte del legislador de intentar regular materias conexas, es notorio la carencia jurídica que existe en este ámbito. El Derecho venezolano enfrenta desafíos: la falta de regulación para aspectos que requieren normativas específicas y la inseguridad jurídica, han afectado lo primordial de la contratación electrónica, que es su eficiencia e inmediatez.

De esta manera, las grandes debilidades del comercio electrónico en Venezuela han sido la inseguridad y la desconfianza a raíz del desconocimiento y su falta de normativa específica. En palabras de Guidón Guerrero (2018)⁵², al ser una materia regulada principalmente por normativas generales —como el Código Civil y, análogamente, rescatando algunas disposiciones de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas—, y no por leyes especiales, los aspectos específicos no se encuentran regulados.

Además, la inseguridad jurídica en el entorno digital puede generar obstáculos para el desarrollo pleno del comercio electrónico; las deficiencias en la protección de datos personales conllevan graves preocupaciones en sus usuarios, afectando así la confianza en las transacciones electrónicas que actualmente se evidencian en Venezuela.

⁵¹ Artículo 15 Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas: En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.

⁵² *Ibidem*.

3. Regulación del comercio electrónico en el Derecho comparado Latinoamericano

El problema que representa la falta de regulación específica en torno al comercio electrónico en Venezuela ha sido analizado y solucionado individualmente a través del Derecho comparado en América Latina. Es decir, la carencia en esta materia ha sido en algunos países latinoamericanos un hecho parcialmente subsanado de manera cautelosa, cuestión por la cual analizaremos brevemente las soluciones aportadas por estos países, en específico, mediante normas de origen mexicano, peruano y panameño.

3.1. Breve análisis de las normas mexicanas sobre el comercio electrónico

La Secretaría de Economía mexicana, adscrita a la Dirección General de Normas, dictó la Ley NMX-COE-001-SCFI-2018 que contiene las disposiciones relacionadas al comercio electrónico en cuanto a las personas que ofrezcan, comercialicen o vendan bienes, productos o servicios a través de medios electrónicos, siendo conocida a nivel interno en México como la norma *e-commerce*; y, a su vez, para la protección de quien contrata están la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

A continuación, analizaremos algunos aspectos de estas leyes en relación con el comercio electrónico; abarcando, como idea base, lo establecido en el artículo 1 de la Ley de *e-commerce*:

Esta Norma Mexicana establece las disposiciones a las que se sujetarán todas aquellas personas físicas o morales que en forma habitual o profesional ofrezcan, comercialicen o vendan bienes, productos o servicios, mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores que realicen transacciones a través de dichos medios, procurando un marco legal equitativo, que facilite la realización de transacciones comerciales, otorgando certeza y seguridad jurídica a las mismas. Las actividades a que se refiere esta Norma Mexicana se interpretarán y aplicarán bajo los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, y equivalencia funcional, contemplados en el artículo 89 del Código de Comercio⁵³.

⁵³ Código de Comercio mexicano, última reforma publicada el 28 de marzo de 2018. Artículo 89: “Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte. Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa. En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología (...)”.

Resulta curioso cómo, si bien esta ley debería regular concretamente la relación comercial electrónica entre el comprador y el vendedor, pareciera enfocarse primordialmente en la protección al consumidor a través diversos mecanismos, como mecanismos para la verificación de datos, mecanismos para garantizar la protección y confidencialidad de los datos personales, mecanismos de pago y entrega, entre otros. El proveedor —definido bajo esta ley como quien vende u ofrece el servicio— tiene limitadas prerrogativas, ya que debe estar sujeto a múltiples controles adicionales a la sección de términos y condiciones propia de la contratación que realiza, puesto que es él quien debe publicitar estos términos y condiciones para que el consumidor o usuario lo pueda identificar.

Porsu parte, la Ley de Protección al Consumidor establece aquellos procedimientos, derechos y obligaciones que no están regulados en la Ley de *e-commerce* mexicana, pero que le resultan igualmente aplicables. Así, por ejemplo, a partir del artículo 76 BIS de la Ley de Protección al Consumidor se establecen las obligaciones del proveedor como prestador del servicio en cuanto al buen uso de medios publicitarios y plataforma frente al consumidor.

3.2. Breve análisis de las normas peruanas sobre el comercio electrónico

Las normas sobre comercio electrónico en Perú han tenido considerables avances. La anterior afirmación se encuentra fundamentada en el hecho de que Perú tiene actualmente un proyecto de ley de comercio electrónico, promulgado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en 2021 y denominado “Propuestas para la Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico y la Seguridad de Productos”; ello con adición a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos del año 2002, y al proyecto de Ley General de Internet promulgado por el Congreso en el 2021.

De esta manera, se logra evidenciar claramente como Perú se posiciona en uno de los primeros países de América Latina que mayor tiempo han invertido en ostentar legislación de vanguardia sobre esta materia en particular; inclusive, atribuyéndole y reconociendo el comercio electrónico y el internet como una herramienta fundamental para el desarrollo, como bien lo disponen los considerandos de la Ley de Mensaje de Datos del año 2002: “*Que el uso de sistemas de información y de redes electrónicas, incluida la Internet ha adquirido importancia para el desarrollo del comercio y la producción, permitiendo la realización y concreción de múltiples negocios de trascendental importancia, tanto para el sector público como para el sector privado*”.

En específico, se empieza a materializar la regulación sobre esta materia a raíz de la pandemia del COVID-19, momento para el cual el INDECOPI promulgó las “Propuestas para la Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico y la Seguridad de Productos” y, posteriormente, el Congreso Peruano promulgó el proyecto de la Ley General de Internet.

Es así como resulta provechoso recalcar el contenido del artículo 2 de las “Propuestas para la Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico y la Seguridad de Productos” del INDECOPI:

El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos, que no los pongan en riesgo injustificado o peligro en condiciones de uso normal o previsible, y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. (...)

Al hacer referencia al “acceso de productos y servicios idóneos”, se deduce que se está haciendo referencia a los canales de venta o páginas web habilitadas que permitan concretar y perfeccionar los servicios que se están ofreciendo y los productos que se están vendiendo a través del medio electrónico.

Con adición a lo anterior, se logra inferir que a través de este proyecto se define únicamente al contrato de consumo, el cual ha sido entendido como equivalente al contrato de compraventa⁵⁴, ya que necesariamente debe haber una contraprestación económica para perfeccionar el negocio jurídico suscitado a través de los canales digitales.

Finalmente, la Ley General de Internet busca catalogar este servicio como un derecho de la población —peruana—, trayendo consigo principios y conceptos innovadores para toda Latinoamérica, como lo es el principio de libertad para usar el internet, la alfabetización digital y cuestiones técnicas en cuanto a la calidad del internet. En concreto, esta ley establece que *“tiene como objeto (...) la regulación de los aspectos básicos de la contratación electrónica, así como los nombres de domicilio y la publicidad comercial por correo electrónico no deseado”*; por lo que se deduce que abarca

⁵⁴ Contrato de consumo proyecto de ley: Artículo 45.- Contrato de consumo El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes. Las relaciones comerciales concertadas a través del intercambio de mensajes de datos entre consumidor y proveedor se entenderán como contratos de consumo de comercio electrónico. En los contratos de consumo celebrados a través de canales digitales, tratándose de productos no relacionados con las necesidades ordinarias, el proveedor debe tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor, por lo que el proveedor debe dejar constancia de la autorización expresa y previa de los padres, tutor o apoderado para realizar la transacción en soporte duradero. En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos.

—legalmente— tanto la contratación como también la protección de los proveedores y usuarios en los canales digitales⁵⁵.

3.3. Breve análisis de las normas panameñas sobre el comercio electrónico

Por su parte, Panamá ostenta la Ley No. 51 que define y regula los documentos electrónicos, las firmas electrónicas, las relaciones comerciales electrónicas y la función y facultades del ente regulador en las mismas. De esta manera, a través de esta Ley No. 51 se creó la Dirección General del Comercio Electrónico (DGCE), cuya función primordial es velar por el correcto desarrollo de la prestación de servicios de almacenamiento, tecnológico de documentos y certificación de firmas electrónicas, y el uso de internet como herramienta de prestación de servicios comerciales⁵⁶.

En este sentido, la DGCE tiene funciones legislativas, fiscalizadoras e impulsadoras, que varían desde dictar reglamentos y documentos técnicos sobre la materia, promover el registro de empresas que comercialicen en internet, e imponer sanciones por omisión de requerimientos técnicos.

Inclusive, la DGCE se encuentra facultada para crear Comités Consultivos que se adapten a estas materias específicas. Actualmente, hay dos Comités en pleno funcionamiento: (i) el Comité de Comercio por Internet, y (ii) el Comité de Almacenamiento Tecnológico. A tales fines, el Comité de Comercio por Internet define este tipo de comercio como “[una] forma de transacción o intercambio de información con fines comerciales, en la que las partes interactúan utilizando Internet como medio, en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo”.

Asimismo, dentro de este marco jurídico se contemplan requisitos básicos que deben cumplir los comercios electrónicos para operar, dentro de los cuales se encuentran (i) establecerse formalmente como negocio; (ii) proporcionar datos de la empresa; (iii) publicar en su sitio web sus términos y condiciones de uso; (iv) publicar en su sitio web las políticas de privacidad; y (v) contratar servicios de pagos electrónicos habilitados para el procesamiento expedito de los pagos.

⁵⁵ Artículo 1 del Proyecto de Ley No. 878/2021-CR, PROYECTO de LEY GENERAL de INTERNET.

⁵⁶ Artículo 59 de la Ley 51. 22 July 2008, mici.gob.pa/wp-content/uploads/2022/01/pdf-LEY-51.pdf.

CONCLUSIONES

Resulta indubitado cómo Venezuela no presenta actualmente una regulación específica en materia de contratación electrónica.

En este sentido, y pese a la falta de una definición legal bajo el ordenamiento jurídico venezolano, el comercio electrónico ha sido entendido como el conjunto de transacciones u operaciones comerciales y financieras que permiten la oferta, contratación e intercambio de productos y servicios por medios electrónicos, específicamente, a través del internet.

Asimismo, si bien en términos generales un contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico⁵⁷; el contrato electrónico se ha concebido como aquellos acuerdos mediante los cuales las partes manifiestan su voluntad, se obligan mutuamente y transan respecto de bienes y servicios, todo a través de la utilización de medios electrónicos.

Pese a la falta de regulación específica en esta materia, no es menos cierto la existencia de disposiciones legales bajo el ordenamiento jurídico venezolano que pueden resultar aplicables a esta materia.

En tal sentido, y teniendo por fundamento que la contratación por medios electrónicos no implica una nueva concepción o un replanteamiento de la teoría general de los contratos, es imperante en la doctrina la posibilidad de aplicar lo contemplado en el artículo 1.141 y 1.142 del Código Civil venezolano para reconocerle existencia y validez —respectivamente— a los contratos electrónicos, ya que la diferencia fundamental viene dada por el medio a través del cual se manifiesta la voluntad de contratar —a través de medios electrónicos—, pero no por la naturaleza intrínseca del mismo, la cual la mantiene junto a la contratación tradicional. De esta manera, no es menos cierto que siguen persistiendo dudas respecto a que si esa manifestación de voluntad por medios electrónicos se encuentra libre de todo vicio de consentimiento.

Adicionalmente, la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas del 2001 regula aspectos que pueden ser aplicados analógicamente para reconocer la validez y permitir la implementación de la contratación electrónica dentro de un ordenamiento jurídico que no contiene regulación específica al respecto; como lo son, darle eficacia probatoria, neutralidad tecnológica y libertad contractual a esta modalidad de contratación.

⁵⁷ Artículo 1.133, Código Civil Venezolano, publicado en Gaceta Oficial 2.990 Extraordinario, en fecha 26 de julio de 1982.

Con base a lo expuesto, y habiendo estudiado el comercio y la contratación electrónica bajo una perspectiva teórica y de Derecho comparado —especialmente, el de países de América Latina—, se logra concluir cómo es posible tomar referencia de la normativa existente en otros países para, en un momento dado, nutrir el marco jurídico venezolano con normativa especial en esta materia, ya que es innegable que dicha falta debe ser subsanada.

A tales efectos, y tomando como base algunos aspectos comunes dilucidados en el Derecho comparado objeto de este análisis, la regulación Venezuela en esta materia deberá incluir, entre otras cosas, normativa orientada a la protección del usuario y/o consumidor; precisión sobre la forma y el momento de manifestación de voluntad y perfeccionamiento del contrato; precisos aspectos fiscales intrínsecos al ejercicio del comercio electrónico por parte del proveedor del servicio o bien; visibilidad en los mecanismos de defensa para cualquiera de las partes en la relación jurídica, en caso de necesidad de defensa de derechos vulnerados; facultades y atribuciones del ente regulador; entre otros tantos aspectos importantes.

BIBLIOGRAFÍA

Arango, A., *Comercio Electrónico* (Caracas: Legis, 2005).

Código Civil Venezolano, Gaceta Oficial 2.990 Extraordinaria, publicada el 26 de julio de 1982.

COMERCIO ELECTRÓNICO – DISPOSICIONES a LAS QUE SE SUJETARÁN AQUELLAS PERSONAS QUE OFREZCAN, COMERCIALICEN O VENDAN BIENES, PRODUCTOS O SERVICIOS. 30 Apr. 2019, www.abogado.digital/wp-content/uploads/2019/06/NMX-COE-001-SCFI-2018.pdf. Revisado el 3 de enero de 2024.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial 5.908, en fecha 19 de febrero 2009.

DOCUMENTO de TRABAJO INSTITUCIONAL DEL INDECOPI N°-2021 PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA SEGURIDAD de PRODUCTOS. 2021.

Gobierno de Panamá. “Comercio Por Internet.” *Ministerio de Comercia E Industria*, mici.gob.pa/comercio-por-internet-2/. Consultado el 10 de enero de 2024.

Guerrero Guidón, Víctor. «Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (2018). 293-315.

Iglesias Martín, Carmen. «Peculiaridades de la Contratación Electrónica», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2022). 1314-1333.

- Ley 51. 22. Julio 2008, mici.gob.pa/wp-content/uploads/2022/01/pdf-LEY-51.pdf.
- LEY de COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES de DATOS (Ley No. 2002-67). 2002, www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_com-electronico.pdf. Consultado el 4 de enero de 2024.
- Ley Especial contra los Delitos Informáticos, publicada en Gaceta Oficial 37.313 en fecha 30 de octubre de 2001.
- LEY FEDERAL de PROTECCIÓN al CONSUMIDOR. 24 Dic. 1992, www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/1_lfpc_ultimo_camdip.pdf. Consultado el 3 de enero de 2024.
- LEY FEDERAL de PROTECCIÓN de DATOS PERSONALES EN POSESIÓN de LOS PARTICULARES. 5 Julio 2010, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf. Consultado el 3 de enero de 2024.
- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicada en Gaceta Oficial 37.148, en fecha 28 de febrero 2001.
- Miranda Serrano, Luis y Pagador López. «La Formación y Ejecución del Contrato Electrónico: Aproximación a una Realidad Negocial
- Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Contratos Electrónicos* (Madrid: Editorial Derecho Civil Hoy, 2017). 8-158.
- Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Caracas, Informe e-País: El comercio electrónico en Venezuela (2021) pp.4 https://www.icex.es/content/dam/es/icex/oficinas/030/documentos/2021/04/documentos-anexos/DOC2021879311_2.pdf
- Ovidio Salgueiro, José. «Contratación Electrónica», *Revista THEMIS* (2002). 253-269.
- Proyecto de Ley N° 878/2021-CR, PROYECTO de LEY GENERAL de INTERNET. 1 Dic. 2021.
- Rondón García, Andrea, Comentarios generales al Decreto Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de la República Bolivariana de Venezuela (s.f). http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/123/rucv_2002_123_151-182.pdf
- Silva-Ruiz, Pedro. «La Contratación Electrónica y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* (2015). 222-231.
- Valencia Ramírez, Juan Pablo. «Contratos Inteligentes», *Revista RITI Journal* (2019). 1-10.
- Villalba Cuellar, Juan Carlos. «Contratos por Medios Electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (2008). 85-108.

Uso de la firma electrónica en los contratos de compra venta en el comercio internacional de mercaderías

Gabriela Alejandra Sánchez Ariza*
Miguel Ángel Zambrano Escalante**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 381-413

Resumen: En el ámbito del comercio internacional los sujetos utilizan distintos contratos, entre ellos, el de compra venta es uno de los más utilizados para la comercialización de mercaderías, este se ha adaptado a la forma de hacer negocios con el paso del tiempo, incluyendo la era digital. Con el desarrollo de la tecnología y su uso en la vida cotidiana, las partes pueden concretar sus acuerdos de manera digital, y, por tanto, la firma electrónica es la forma en que pueden expresar su voluntad y vincularse en un negocio jurídico válidamente. Este artículo tiene por objeto estudiar la firma electrónica dentro del concepto del comercio internacional, para poder establecer su uso en el contrato de compra venta.

Palabras clave: Documento electrónico, comercio internacional, firma electrónica.

Use of the electronic signature in purchase and sale contracts in international trade of goods

Abstract: In international commerce, different contracts are used by the involved parties. Among all, the purchase and sale contract is one of the most commonly used for the commercialization of goods. It has adapted to how business is done over time, even in the digital era. With the development of technology and its use in everyday life, parties can finish their agreements digitally. Therefore, the electronic signature is how they can express their will and validly bind themselves in legal business. This article aims to study the electronic signature within the concept of international commerce, hence establishing its use in the purchase and sale contract.

Keywords: Electronic document, international trade, electronic signature.

Recibido: 12/3/2024
Aprobado: 27/5/2024

* Abogada, Universidad Católica del Tachira (UCAT).

** Abogado, Universidad Católica del Tachira (UCAT).

Uso de la firma electrónica en los contratos de compra venta en el comercio internacional de mercaderías

Gabriela Alejandra Sánchez Ariza*
Miguel Ángel Zambrano Escalante**

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 381-413

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Definición de comercio internacional.* 1.2. *Sujetos.* 1.3. *La globalización.* 2. *Contratos.* 2.1. *Características del contrato mercantil.* 2.2. *Clasificación del contrato mercantil.* 2.3. *Requisitos esenciales para la existencia y validez de los contratos mercantiles.* 2.4.- *La libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.* 2.5. *El contrato electrónico.* 2.6. *Ventajas de la contratación electrónica.* 2.7. *El contrato de compra venta internacional.* 2.8. *Sujetos del contrato de compra venta internacional.* 2.9. *Características del contrato de compra venta mercantil.* 3. *La firma electrónica.* 3.1. *Principios de la firma electrónica.* 3.2. *Clasificación de la firma electrónica.* 3.3. *La firma digital* 3.4. *Ventajas de la firma electrónica en el contrato de compra venta.* 3.5. *La barrera cultural en el uso de la firma electrónica para los contratos de compra venta.* 4. *Herramientas para promover la seguridad y confianza en la firma electrónica.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El mundo ha evolucionado rápidamente en los últimos años en virtud de una nueva era, denominada por muchos como “la era digital”, que ha llevado al hombre a adaptarse velozmente a un mundo dinámico, con cambios constantes en el desenvolvimiento del ser humano, su vida, sus estudios, sus relaciones, y claro está, la forma de hacer negocios.

Resulta fácil de entender el concepto de la era digital como “un periodo de tiempo regulado por el uso constante de la tecnología”¹ y es que, las innovaciones de esta

* Abogada, Universidad Católica del Tachira (UCAT).

** Abogado, Universidad Católica del Tachira (UCAT).

¹ Andrés García; María Ulloa; Evelyn Córdoba. «La era digital y la deshumanización a efectos de las TIC.» *Reidocrea* (2020): 9, 11-20. <https://www.ugr.es/~reidocrea/9-2.pdf>

era están caracterizadas por el uso de la tecnología, que han sido pensadas y creadas con el fin de facilitar y optimizar cada vez más la vida de las personas.

El desarrollo del ser humano en su faceta social se ve influenciado actualmente por las tecnologías de la información y comunicación (TICS), estas han cambiado la forma de intercambiar información entre personas y procesos productivos, hoy en día puede existir relaciones personales en distintos puntos del planeta, incluso, puede obligarse con un clic.

Así, la forma de adquirir compromisos con otros no se ha visto ajena al incremento del uso de la tecnología en la vida humana, hoy es posible estar presente en una reunión sin necesidad de trasladarse físicamente hasta el lugar, firmar un documento sin tener una pluma en mano, una nueva realidad en donde dos personas en lugares y husos horarios distintos puedan dar nacimiento y extinción a obligaciones.

Esto crea la necesidad de estudiar nuevos conceptos y regular las nuevas formas de nacimiento de las relaciones jurídicas así, ya que, por la misma naturaleza de estas herramientas, pueden existir situaciones de inseguridad para los sujetos involucrados.

1. Definición de comercio internacional

De acuerdo con la Real Academia Española, la palabra comercio tiene su origen en el latín “*commercium*”, hace referencia a “la compraventa o el intercambio de bienes o servicios”, siendo un “conjunto de actividades económicas centradas en el comercio”² y, por su parte, internacional hace referencia que “pertenece o es relativo a dos o más naciones”³.

Así, se puede comprender al comercio internacional como un flujo de relaciones internacionales, que implica vínculos comerciales entre Estados, individuos, y empresas. Al tratarse de distintos sujetos, el intercambio de bienes y servicios se compone de:

- Exportaciones: Puede ser entendida como la “venta de bienes o servicios por residentes de un país a residentes de otro, normalmente a cambio de divisas”⁴ bajo este proceso el exportador sacará legalmente los productos de su país para otro, esto atrae divisas y contribuye a la economía del país de origen.

² Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23 ed. <https://dle.rae.es/comercio?m=form&m=form&wq=comercio>

³ <https://dle.rae.es/internacional?m=form&m=form&wq=internacional>

⁴ Walter Goode. *Diccionario de Términos de Política Comercial. Organización Mundial Del Comercio*. Sexta edición (2021). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dictionary_trade_policy_s.pdf

- Importaciones: “Compra de bienes o servicios por residentes de un país a residentes de otro, normalmente a cambio de divisas”⁵ estas permiten suplir la inexistencia o escasez de determinados productos en los mercados, el importador compra mercancía de un país externo para llevarlo a su propio país y comercializarlo allí.

De esta manera, el comercio internacional se sirve de distintas herramientas para lograr su ejecución tal como la logística, y gracias al avance de la tecnología el comercio ha logrado expandirse rápidamente en los últimos años.

Incluso, desde hace tiempo se habla del comercio electrónico también conocido como *e-commerce*, que ha sido una forma revolucionaria de comercializar bienes y servicios en los mercados locales y transfronterizos, ya que, permite la compra y venta a través de medios electrónicos. Este comercio puede darse de distintas maneras según los sujetos, entre ellos:

- *B2B (business to business)*: Es el clásico comercio entre empresas. Por ejemplo, el distribuidor que compra su mercancía en Alibaba.
- *B2C (business to consumer)*: En este, la empresa vende su bien o servicio al cliente o consumidor, por ejemplo, la venta de pasajes a través de la página web de la aerolínea.
- *C2C (consumer to consumer)*: Es el comercio entre individuos, por ejemplo, la venta de un producto en Mercado Libre.
- *B2G (business to government)*: Son operaciones entre empresas y el gobierno⁶, por ejemplo, la empresa les vende a entidades gubernamentales a través de internet.
- *C2B (consumer to business)*: Los individuos quienes venden algún bien a la empresa.

Entendiendo un poco sobre los tipos de *e-commerce*, puede notarse cómo ha evolucionado el comercio, y la posibilidad de romper barreras gracias al uso de la tecnología, puesto que, independientemente de la ubicación geográfica de los sujetos, en términos generales, el comercio es posible.

⁵ Walter Goode. *Diccionario de Términos de Política Comercial. Organización Mundial Del Comercio*. Sexta edición (2021). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dictionary_trade_policy_s.pdf

⁶ Romina Gayá. “El comercio electrónico y la inserción internacional de América Latina y el Caribe” <https://conexion-iadb.org/2015/10/15/el-comercio-electronico-y-la-insercion-internacional-de-america-latina-y-el-caribe/>

Por ejemplo, Colombia en su Ley 527 de 1999 establece una amplia definición sobre lo que es el comercio electrónico tomando en cuenta todas las operaciones que rodean las relaciones comerciales y que surgen con el uso de mensajes de datos.⁷

1.2. Sujetos

Estado

Este sujeto no actúa generalmente como “comerciante”, sino que, su papel se encuentra en el de una organización política, donde debe dictar políticas económicas y comerciales que permitan la comercialización, estableciendo normas que favorezcan o que, por el contrario, perjudican el Comercio Internacional, a través de leyes, aranceles, suscripción de tratados y convenios internacionales, entre otros.

Sin embargo, esto varía de acuerdo con las formas de gobierno que existe en cada país, existiendo Estados intervencionista, o aquellos Estados que actúan como “observadores”, aquí debe hacerse la salvedad de que se debe evitar ser un Estado intervencionista, porque esto impactará de manera negativa en la economía. En algunas ocasiones se puede ver al Estado en operaciones de comercio, pero en este caso se ve al mismo como un comerciante más, dejando su investidura de autoridad a un lado.

Las empresas

Son quienes realizan los actos de comercio, los sujetos que llevan a cabo las operaciones de exportación e importación de bienes y servicios. Son las empresas que producen los bienes y servicios con un fin lucrativo, estas empresas pueden ser nacionales, multinacionales, transnacionales, entre otras. Rara vez se habla de individuos, ya que son los actores menos frecuentes en el comercio internacional, puesto que normalmente las operaciones se llevan a cabo a través de estructuras empresariales.

Organismos internacionales

Junto con los sujetos anteriores, los organismos internacionales se esfuerzan por la integración internacional. Desde el punto de vista de organización la principal protagonista es la Organización Mundial de Comercio (OMC), que busca levantar las barreras a través de convenios de integración, además de servir como foro de negociación.

⁷ Artículo 2: “(...) b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera(...)” Ley 527 de 18 de agosto 1999. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_col_Ley_527_de_1999.pdf

De igual forma, se ve la formación de bloques comerciales económicos que buscan favorecer el comercio en determinada región, como el MERCOSUR y la Unión Europea.

1.3. La globalización

La actividad comercial ha existido siempre, durante siglos ha estado vinculada a la manera del ser humano poder satisfacer sus necesidades, por tanto, es una actividad muy dinámica, que se debe adaptar fácilmente a las nuevas necesidades de la sociedad/consumidores.

Estudiando la evolución del comercio internacional puede verse como pasa de un comercio local al transporte de la mercancía para otros pueblos; luego, con la revolución industrial hay una transformación en los sistemas productivos de cada país y por tanto en las estructuras económicas, hasta llegar actualmente al uso de términos como “globalización” que puede ser definida como:

Un proceso de interrelación compleja entre diversos mercados, generalmente por conducto de agentes privados y cuyo objeto primordial consiste en ensanchar su escala de ganancias por la venta de productos y servicios o el establecimiento directo de filiales con el fin de reducir costos o el de competir en mercados protegidos⁸

La globalización con el apoyo de las TICS busca eliminar las fronteras en el mundo —del comercio—, tomando en cuenta que en los mercados masificados el uso de estas es indispensable, ya que han permitido “potenciar distintas áreas en las que se desenvuelve una empresa, por ejemplo, el almacenamiento, gestión de pedidos, transporte, entre otros”⁹, expandiéndose a otros mercados con facilidad.

Claro está que las legislaciones del mundo están al tanto de esta situación, y por ello, distintos países han creado normas en la materia, regulando temas como los mensajes de datos, la firma electrónica, medios de prueba y validez de los documentos electrónicos, entre otros, ya que, de igual manera se debe garantizar la seguridad a los ciudadanos.

⁸ López, Víctor. *Globalización y regionalismo desigual*, México, Siglo XIX, 1997, p. 13. Citado por Jorge, Witker; Laura, Hernández. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México* (México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2002), edificio en PDF, cap. 1. [INTRODUCCION_AL_COMERCIO_INTERNACIONAL-1.pdf](#)

⁹ Juan Picón; Juan Chacón; Andrés Blanco. «Beneficios Generados por las TIC en el Comercio Internacional de Servicios Outsourcing en Colombia» *Revista Visión Internacional* 7 (2022): 7-22. <https://revistas.ufps.edu.co/index.php/visioninternacional/article/view/3335/3813>

1.3.1. Características de la globalización

La globalización crea un mercado planetario con el flujo libre de mercancías y servicios, permite la desterritorialización de las empresas y mercados nacionales, por ello resulta de gran utilidad las características establecidas en la obra de Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México que resalta la influencia de la tecnología en un mercado global.

- i. La economía está representada por la interdependencia entre las economías nacionales, las industrias, las empresas y los bloques regionales. Este concepto se refiere a las relaciones de dependencias que existen en el ciclo económico entre los países, y que influye en gran medida en la economía de los mismos.
- ii. El incremento en el comercio internacional y la gradual eliminación de barreras al mismo, lo que permite la vinculación más estrecha y cercana países, e industrias, lo que conduce a hacer del mundo un mercado global.
- iii. Incorporación de nuevas tecnologías. Mediante la globalización se permite la introducción de cambios esenciales en los métodos de producción.
- iv. Movilidad de capitales e inversión extranjera directa¹⁰ que ha facilitado el acceso de las empresas en nuevos mercados.

1.3.2. El papel de la firma electrónica en el proceso de globalización

Como se ha explicado anteriormente, la globalización ha sido impulsada por el uso de la tecnología en el comercio, se dice que “las empresas de todos los rubros han apostado por la digitalización de los procesos para ser más competitivas y reducir costos”¹¹ este proceso busca además métodos más seguros, así, la firma electrónica ha sido la forma de garantizar la autenticidad e integridad de los negocios/contratos pactados por vía electrónica.

De esta manera, la firma electrónica ha tenido un rol fundamental en la renovación de las empresas, puesto que, como se verá más adelante, las ventajas que esta presenta son muchas, tal como la automatización de los procesos, la globalización de acuerdos comerciales¹², confidencialidad y seguridad en los procesos, entre otras.

¹⁰ Jorge, Witker; Laura, Hernández. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México* (México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2002), edificio en PDF, cap. 1. [INTRODUCCION_AL_COMERCIO_INTERNACIONAL-1.pdf](#)

¹¹ Microformas: “Innovación empresarial: Como la firma electrónica impulsa la transformación digital” (2023) <https://microformas.mx/blog/firma-electronica-impulsa-la-transformacion-digital/>

¹² Microformas: “El rol de la firma electrónica en la innovación empresarial: Globalización de acuerdos comerciales: Como ya mencionamos, la firma electrónica tiene validez jurídica, por lo que puede utilizarse para hacer acuerdos, convenios

Son distintas las plataformas que brindan el servicio de otorgar/generar una firma electrónica, una de ellas, llamada Viafirma, explica en su blog cuales son las tendencias actuales más destacadas en el comercio internacional

- Firma móvil y biométrica: Tiene una gran aplicación por el uso de los teléfonos móviles, y, junto con el sistema biométrico obtiene una mayor seguridad, por ejemplo, con el reconocimiento facial.
- Firma electrónica en la nube: Es una firma digital en línea.
- Firma multicanal: Permite estampar la firma por distintos medios, como correo electrónico, mensajes, o aplicaciones¹³.

2. Contratos

El artículo 8 del Código de Comercio¹⁴, indica que, para efectos del derecho mercantil se considera la definición del artículo 1133 del Código Civil, “el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”¹⁵

2.1. Características del contrato mercantil

Al indicar que el concepto del contrato mercantil atiende a lo establecido en el Código Civil, resulta pertinente indicar las características propias del contrato en cuestión.

- Es un acto de comercio, del tipo objetivo de acuerdo con el artículo 2 numeral 23 del Código de Comercio¹⁶, y del tipo subjetivo de acuerdo con el artículo 3 del mismo Código¹⁷

o contratos con empresas de cualquier parte del mundo, facilitando la expansión internacional de las organizaciones. Además, las empresas pueden eliminar las barreras geográficas, de horario y limitaciones en los viajes, lo que permite el acceso a nuevos mercados, así como el intercambio de información en tiempo real.” *Innovación empresarial: Como la firma electrónica impulsa la transformación digital* (2023) <https://microformas.mx/blog/firma-electronica-impulsa-la-transformacion-digital/>

¹³ Diego Jiménez. 19 de octubre de 2023 “Tendencias que transformaran el futuro de la firma digital”. Blog de viafirma <https://www.viafirma.com.co/blog/tendencias-que-transformaran-el-futuro-de-la-firma-digital/>

¹⁴ Artículo 8: “En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicaran las disposiciones del Código Civil”. Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁵ Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

¹⁶ Artículo 2: “Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos solamente: (...) 23° Los contratos entre los comerciantes y sus factores o dependientes.” Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

¹⁷ Artículo 3: “Se repuntan además actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.” Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

- ii. Las partes quedan sometidas a la aplicación de la Ley Mercantil: Es decir, el Código de Comercio y Leyes especiales que regulan la actividad comercial.
- iii. Siempre tendrá un fin lucrativo: Es decir, siempre habrá un ánimo lucrativo, esto es querer obtener un beneficio o ganancia económica por la realización de un acto.
- iv. Tiene por finalidad crear derechos y obligaciones: Es la fuente principal de derecho y obligaciones en materia mercantil
- v. Intervienen dos o más personas: Así, el contrato mercantil requiere de dos partes o más para ser perfeccionado.
- vi. Las partes contratantes pueden ser personas naturales o jurídicas.
- vii. Se rige por el principio de la buena fe contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes, esto significa que su interpretación debe partir de la idea de que las partes han actuado de forma leal.
- viii. Flexibilidad: Pueden ser contratos verbales, no se exigen que sean escritos, la flexibilidad es característica de los contratos mercantiles puesto que deben adaptarse a la dinámica del comercio. Hoy en día un mensaje o un simple clic puede dar nacimiento a una obligación mercantil.¹⁸

2.2. Clasificación del contrato mercantil

Como se podrá comprender, la clasificación de estos contratos es variada pues atienden a que son actos de comercio, pero se dará algunos a modo de ejemplificar.

- i. Contratos que permiten el financiamiento de la empresa: Aquí se encuentran aquellos contratos donde las partes convienen asuntos relacionados con el financiamiento de una empresa, por ejemplo, de mecanismos bancarios, como el contrato de cuenta corriente bancaria, que es un producto ofrecido por la entidad financiera, donde el banco es deudor de lo que se le consigna ya que, el cuenta-correntista depositara su dinero en dicha cuenta.
- ii. Contratos de asistencia técnica, de suministro y de cobertura de los riesgos de la empresa:

¹⁸ Diego Castagnino, “Contratos mercantiles: Características de los contratos mercantiles” (Clase, Universidad Católica Andrés Bello, 29 de septiembre de 2023)

- El primero es un contrato donde el contratista coloca a disposición la preparación/conocimientos técnicos que este tenga para lograr el funcionamiento de una cosa, o lograr un resultado esperado.
 - Por su parte, el contrato de suministro el proveedor se obliga frente al suministrado a cumplir con determinadas prestaciones periódicas a cambio de una prestación.
 - La cobertura de riesgos de la empresa es una estrategia de inversión que busca minimizar un riesgo para la empresa, buscando eliminar la incertidumbre que existe por ejemplo en la depreciación de los precios por los movimientos del mercado.
- iii. Contratos que facilitan la distribución de los productos y servicios de la empresa: Estos son utilizados por las empresas para llevar los productos a través de los canales de distribución —propios o de terceros— para llegar al consumidor final. Por ejemplo, el contrato de distribución internacional, que permite hacer una red comercial a nivel internacional.
- iv. Contratos de venta de los bienes y de prestación de servicios contenidos por la empresa con sus clientes: El contrato de compra venta es conocido como el contrato mercantil por excelencia.¹⁹ En este contrato, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa al comprador a cambio del pago del precio en dinero, tiene una gran importancia al ser del tipo traslativo de dominio, esto quiere decir, que, con él, se puede dar la transferencia de derechos reales del bien.

Por su parte, el contrato de prestación servicios, celebrado entre un proveedor de servicio y un cliente, es aquel donde se describe los términos bajos los cuales se va a prestar un servicio a cambio de una remuneración económica.

2.3. Requisitos esenciales para la existencia y validez de los contratos mercantiles

Se encuentran regulados en el Código Civil, que establece los requisitos generales para la existencia y validez de cualquier contrato:

- i. Requisitos de existencia: Establecidos en el artículo 1141 Código Civil²⁰

¹⁹ Diego Castagnino, “Contratos mercantiles: Características de los contratos mercantiles” (Clase, Universidad Católica Andrés Bello, 29 de septiembre de 2023)

²⁰ Artículo 1141: “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita. Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

- El consentimiento, es la libertad de las partes para decidir formar parte de un negocio jurídico, ocurre un acuerdo de voluntades, expresado en la conformidad de las partes sobre las condiciones en que están pactando. Responde a la pregunta ¿se ha querido?
- En el caso de la contratación electrónica, la firma digital tendrá una total implicación en la expresión del consentimiento, puesto que, las partes han decidido participar en el negocio y así lo expresan.
- En segundo lugar, el objeto que debe ser posible, lícito, determinado o determinable, este es, por ejemplo, la cosa que el vendedor se obliga a dar, debe ser posible en el plano material y jurídico; lícito puesto que no puede ser contrario a la legislación o las buenas costumbres; y determinado en cuanto a que se puedan apreciar y establecer sus características, con la posibilidad de que esto sea hecho en el futuro —determinable—. Responde a ¿Qué se debe?
- Y, por último, la causa, es sabido que la legislación venezolana tiene su inspiración en el Derecho Francés, así el Código Civil menciona este requisito junto con el consentimiento y el objeto, considerando que “la obligación sin causa (...) no puede tener ningún efecto”²¹ sin embargo, actualmente, la doctrina, e inclusive los franceses critican la causa como un requisito esencial para la existencia del contrato, por ser un concepto ambiguo.

Sin embargo, la causa, es la razón de las partes para contratar, es decir, el fin que tiene cada una para formar parte de un negocio jurídico. Responde a la pregunta ¿por qué?

ii. Requisitos de validez: artículo 1142 del Código Civil²²

- Contempla la capacidad como un requisito indispensable de validez, siendo la aptitud de un sujeto para realizar negocios jurídicos válidos, puesto que, esta supone “un nivel de discernimiento en grado tal que permita comprender a una persona el alcance y consecuencia de los actos que celebra”²³.

²¹ Artículo 1157: “La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público. Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas” Artículo 1158: “El contrato es válido, aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

²² Artículo 1142: “El contrato puede ser anulado: 1° Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2° Por vicios del consentimiento. Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

²³ Centro de Documentación Judicial <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2014/12/AE03B.HTML#:~:text=La%20capacidad%20es%20un%20requisito,de%20los%20actos%20que%20celebra>.

De esta manera, la capacidad ha sido desarrollada bajo dos puntos, la capacidad de goce que se refiere a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y, la capacidad de ejercicio que es la posibilidad de celebrar los actos jurídicos en sí.

- De igual forma, contempla la ausencia de vicios del consentimiento, ya que, este no puede estar viciado bajo ninguna circunstancia, debe ser libre y puro. Se considera que existe vicio en el consentimiento bajo la Ley venezolana cuando este ha sido dado por error excusable, violencia o dolo²⁴.

2.4. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual

El artículo 1159 del Código Civil indica que los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes²⁵ así, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sus antecedentes señaló que:

Por lo que la recurrida debió aplicar el artículo 1.159 el Código Civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, y conforme al cual el contrato es ley entre las partes y debe cumplirse en los términos en que fue pactado²⁶

Sin embargo, para que las partes puedan ejercer este principio, deben tener capacidad de autorregularse, entendiéndola como “(...) en su más amplia acepción indica aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos”²⁷ por ello, las partes no pueden disponer de aquellos elementos esenciales de un contrato, tal como la capacidad.

Así, puede establecer que es uno de los principios más poderosos en materia mercantil, considerando que la voluntad de las partes es “ley” entre las mismas, siendo ellas quienes regularan su vínculo jurídico siempre que no esté prohibido por la ley²⁸, de esta manera, se otorga a las partes la facultad de reglamentar su relación jurídica.

²⁴ Artículo 1146: “Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

²⁵ Artículo 1159: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

²⁶ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° RC.000317 de 19 de julio de 2011 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Julio/RC.000317-19711-2011-10-101.html>

²⁷ Arturo Valencia. *Derecho civil parte General y Personas*. (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2004), 408.

²⁸ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 00360 del 24 de marzo de 2011. Se refiere, en sus Antecedentes: “En tal sentido, se aprecia que, conforme al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, los contratantes pueden realizar todo aquello que no este expresamente prohibido por la ley” <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00360-24311-2011-2006-1209.HTML>

Se dice que este principio tiene sus orígenes en el liberalismo político decimonónico, cuando Immanuel Kant empieza a desarrollar los postulados de la autonomía de la voluntad, partiendo de la idea que el ser humano, al ser moralmente capaz puede regularse a sí mismo en sus relaciones y cumplir dichas reglas, puesto que tiene su origen en su propia razón.

De esta manera, las partes pueden bajo su voluntad ejercer la libertad contractual, al elegir obligarse frente a una persona mediante la celebración de un contrato, y estipular en el los términos bajo los cuales se llevará a cabo dicha relación.

Sin embargo, esto no es un derecho absoluto, encuentra sus límites en el orden público —interés superior de la colectividad sobre las convenciones particulares— las buenas costumbres —convicciones de ética que imperan en una sociedad en un momento y lugar determinado—²⁹ y en las limitaciones derivadas de la ley.

Es tal el reconocimiento de este principio en Venezuela que la interpretación de los contratos mercantiles debe atender a la voluntad real de los contratantes³⁰ y atendiendo a la buena fe de los mismos³¹ sin embargo, vale decir que este principio tendrá mayor fuerza y ejercicio en aquellos sistemas donde se garantizan las libertades mínimas.

2.5. El contrato electrónico

En este orden de ideas, y en atención al uso de las nuevas tecnologías en la vida humana, resulta pertinente hablar del documento electrónico, que puede ser entendido como “toda información o datos que se pueden almacenar en un soporte electrónico, susceptible de ser transmitido y reproducido a través de un software o programar que pueda ser utilizado como medio de prueba (...) recoge cualquier manifestación del pensamiento, cuyo soporte es un medio electrónico (...)”³²

²⁹ Artículo 6: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbre” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

³⁰ Artículo 12: “(...) En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe” Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990)

³¹ Artículo 1160: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

³² Josué Contreras. «Valoración probatoria del documento electrónico y la firma electrónica en el proceso judicial venezolano» *Revista derecho y tecnología* N° 13 (2012): 27-46. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32007.pdf>

Asimismo, en Venezuela, la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas define los mensajes de datos como aquella información inteligible que se encuentra en un formato electrónico³³, otorgándoles la misma eficacia probatoria que la de un documento escrito³⁴.

Por su parte, Colombia en su definición, comprende además de los medios electrónicos, otros similares como el Intercambio Electrónico de Datos, correo electrónico, entre otros³⁵.

Ahora bien, con el auge del comercio electrónico los contratos electrónicos son una gran herramienta en el comercio internacional, han representado una forma de poder negociar desde cualquier parte del mundo con productores, proveedores, distribuidores, vendedores y compradores, ayudando a las empresas a entrar en un mercado masificado y globalizado con mayor facilidad.

El concepto de contrato electrónico, atiende —en opinión de los autores de este artículo— al clásico concepto de contrato ofrecido por la legislación venezolana³⁶ puesto que no será más que la representación del acuerdo de voluntades entre las partes para adquirir derechos y obligaciones, con la añadidura de que es realizado por medios electrónicos trayendo consigo una serie de ventajas como la reducción de costos y la optimización de los procesos.

Estos contratos han recibido diferentes denominaciones en el mundo, como, por ejemplo, contratos de *blockchain*, Smart contracts, contratos inteligentes y contratos ejecutables, estos nombres en relación con la tecnología que implementan que permiten ejecutarse de forma automática en medida que las partes cumplan con una serie de pasos³⁷

³³ Artículo 2: “(...) Mensajes 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”. Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000

³⁴ Artículo 4: “Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.” Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000

³⁵ Artículo 2: “a) Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax(...)” Ley 527 de 18 de agosto 1999. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_col_Ley_527_de_1999.pdf

³⁶ Artículo 1133 “el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico. Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

³⁷ Smart Contracts, ¿qué son y para qué sirven? *Blockchain*: “Un registro compartido, es decir, a una gran base de datos que está replicada en varios sitios, llamados nodos, por lo que es imposible que sea modificada maliciosamente. Gracias a esta

2.6. Ventajas de la contratación electrónica

- i. Mayor rapidez en su tramitación. Así, se evita la necesidad de desplazamientos de los firmantes o de realizar envíos por correo postal.
- ii. Ahorro de costes. En concreto, destacan los mencionados costes de desplazamiento y correo postal. Pero también es importante el ahorro en material de oficina y, sobre todo, el ahorro derivado de la mayor rapidez y la automatización del proceso (en gastos de personal, por poner un ejemplo).
- iii. Plena validez y seguridad jurídica. Como veremos en el siguiente apartado, la seguridad jurídica que aporta una firma electrónica avanzada o cualificada puede ser incluso superior a la de la tradicional firma manuscrita, al resultar más difícil de falsificar.
- iv. Mejor experiencia del usuario. Sin lugar a dudas, la comodidad, rapidez y eficiencia del proceso de firma electrónica de los contratos suele ser muy apreciada por los usuarios de todo tipo de servicios.
- v. Beneficios medioambientales, derivados del ahorro de materiales y de la eliminación de los transportes³⁸

2.7. El contrato de compra venta internacional

Considerado como el principal medio de circulación del tráfico mercantil, es uno de los contratos más empleados en el comercio internacional, puesto que, en él se establece el acuerdo entre las partes para las respectivas operaciones, determinando las condiciones bajo las cuales se regirán. El concepto de este contrato se determina por lo dispuesto en materia de actos de comercio³⁹.

tecnología podemos guardar y compartir datos e información de cualquier tipo de una forma segura, incluso entre partes que no confíen la una en la otra.

Cada bloque de información insertado se transmite y es almacenado en cada una de las réplicas de *blockchain*, creando lo que se llama un libro distribuido. Dichos bloques de información se van enlazando unos a otros a medida que son validados por diferentes usuarios, a través de sellos criptográficos que se generan tanto con la información del último bloque como del sello criptográfico del bloque inmediatamente anterior (de ahí el nombre de *blockchain* o cadena de bloques). De esa forma, la seguridad y autenticidad de las transacciones están garantizadas debido a que una vez validadas no se pueden alterar o eliminar sin que se entere el resto de los usuarios y sin alterar los sellos criptográficos de todos los bloques” 27 de mayo de 2022. <https://www.santander.com/es/stories/smart-contracts>

³⁸ Marta Estudillo. «¿Qué es la contratación electrónica y por qué debes utilizarla?» 2022. <https://blog.signaturit.com/es/contratacion-electronica#:~:text=Mejor%20experiencia%20del%20usuario,la%20eliminaci%C3%B3n%20de%20los%20transportes>.

³⁹ Artículo 2. Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos solamente: 1º La compra, permuta o arrendamiento de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas, permutarlas, arrendarlas o subarrendarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas. 2º La compra o permuta de Deuda Pública u otros títulos de crédito que circulen en el comercio, hecha con el ánimo de revenderlos o

El Código Civil Federal de México establece en su artículo 2248 “Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”⁴⁰

En este contrato, por su ámbito internacional, una de las partes denominada vendedora —establecida en determinado país— se obliga a entregar un producto —en la calidad y cantidad pactada— a otra parte denominada compradora —ubicada en un país distinto al suyo— por el pago del precio establecido, es simplemente la descripción de una venta donde el vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa y el comprador a pagar el precio, pero con carácter internacional.

Tomando en cuenta que es un contrato mercantil, uno de los caracteres más importantes es el lucrativo, puesto que, de no haber pago de la cosa sería una donación, o si hay un intercambio de una cosa por otra, sería una permuta. Por ello, es esencial el pago.

En atención a que este contrato dará nacimiento a una serie de obligaciones y derechos entre los contratantes, es importante que cumpla con ciertos elementos básicos, como el nombre y la capacidad de las partes, el objeto del contrato, el precio y las formas de pago, la descripción exacta de las mercancías, la legislación aplicable, los métodos de resolución de conflictos, fecha y firma, entre otros.

permutarlos; y la reventa o permuta de los mismos títulos. 3º La compra y la venta de un establecimiento de comercio y de las acciones de las cuotas de una sociedad mercantil. 4º La comisión y el mandato comercial. 5º Las empresas de fábricas o de construcciones. 6º Las empresas de manufacturas, almacenes, bazares, tiendas, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes. 7º Las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica. 8º Las empresas editoras, tipográficas, de librería, litográficas y fotográficas. 9º El transporte de personas o cosas por tierra, ríos o canales navegables. 10º El depósito, por causa de comercio; las empresas de provisiones o suministros, las agencias de negocios y las empresas de almonedas. 11º Las empresas de espectáculos públicos. 12º Los seguros terrestres, mutuos o a prima, contra las pérdidas y sobre las vidas. 13º Todo lo concerniente a letras de cambio, aun entre no comerciantes; las remesas de dinero de una parte a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a pagarés a la orden entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe el pagaré. 14º Las operaciones de Banco y las de cambio. 15º Las operaciones de corretaje en materia mercantil. 16º Las operaciones de Bolsa. 17º La construcción y carena, compra, venta, reventa y permuta de naves. 18º La compra y la venta de herramientas, aparejos, vituallas, combustible u otros objetos de armamento para la navegación. 19º Las asociaciones de armadores y las de expediciones, transporte, depósitos y consignaciones marítimas. 20º Los fletamentos préstamos a la gruesa, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo y a la navegación. 21º Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamento. 22º Los contratos de personas para el servicio de las naves de comercio y las convenciones sobre salarios y estipendios de la tripulación. 23º Los contratos entre los comerciantes y sus factores o dependiente” Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955 Artículo 3: “Se repuntan además actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil” Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955

⁴⁰ Artículo 2248 del Código Civil Federal. Última Reforma DOF 11-01-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

El carácter internacional de estos contratos trae consigo complicaciones en torno a cuál es el derecho aplicable. Por eso, el mundo ha sentido la necesidad de unificar las regulaciones en la materia, y los distintos organismos internacionales se han dedicado a ello.

Así, se han creado principios, tratados, y una de las más resaltantes la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa de Mercaderías que si bien Venezuela no la ratificó, si la firmó, y tiene una gran aplicación a nivel internacional no solo por su contenido, sino por la gran cantidad de países que la suscriben.

2.8. Sujetos del contrato de compra venta internacional

- i. Vendedor: También llamados exportador. Tiene 3 obligaciones principales:
 - a. La entrega de la cosa⁴¹
 - b. Transmisión al comprador del riesgo de la cosa vendida: Esto es una consecuencia de la entrega de la cosa. En el comercio internacional los ordenamientos jurídicos se complementan con la Lex Mercatoria, ya que, históricamente los usos, costumbres y principios han regido la materia desde sus inicios.
 - c. En atención a esto la Cámara de Comercio Internacional creó los *International Commercial Terms* (INCOTERMS), que son utilizados por las partes en sus acuerdos para indicar el tipo de transporte y el pago del mismo, así como el momento exacto de la transmisión del riesgo.
 - d. Obligaciones de saneamiento: El vendedor asume esto en relación con la posesión pacífica de la cosa vendida o los vicios ocultos que pueda tener la misma⁴².

⁴¹ Artículo 1489: “La tradición de los muebles se hace por la entrega real de ellos, por la entrega de las llaves de los edificios que los contienen, o por el solo consentimiento de las partes, si la entrega real no puede efectuarse en el momento de la venta, o si el comprador los tenía ya en su poder por cualquier otro título” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

Artículo 149. “La entrega de la cosa vendida se hace por los medios prescritos en el Código Civil, y, además: 1° Por el envío que de ella haga el vendedor al comprador a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato; a menos que la remita a un agente suyo con orden de no entregarla hasta que el comprador pague el precio. 2° Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o de factura, en los casos de venta de mercancías que están en tránsito. 3° Por el hecho de poner el comprador su marca a las mercancías compradas, con el consentimiento del vendedor” Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955

⁴² Artículo 1.486: “Las principales obligaciones del vendedor son la tradición y el saneamiento de la cosa vendida” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

Artículo 1.503: “Por el saneamiento que debe el vendedor al comprador, responde aquél: 1° De la posesión pacífica de la cosa vendida. 2° De los vicios o defectos ocultos de la misma” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

- ii. Comprador: Conocidos como importador. Se obliga al pago del precio de la cosa⁴³ y a recibir la cosa comprada de acuerdo a lo pactado.

2.9. Características del contrato de compra venta mercantil

- i. Principal fuente de obligaciones en materia mercantil.
- ii. Consensual y oneroso: El vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa y el comprador a pagar un precio por ella.
- iii. Derecho de retención; Mientras que la mercancía vendida esté en manos del vendedor, tiene derecho a retenerlo hasta que el comprador cumpla con su obligación de pagar
- iv. Cumplir los requisitos de validez y existencia de los contratos
- v. Los sujetos son denominados vendedor y comprador
- vi. Se establece el precio y los métodos de pago, tiene una finalidad especulativa, es decir, siempre va a perseguir un lucro ⁴⁴

3. La firma electrónica

La firma permite vincular al signatario con la obligación, así se puede “generar el reconocimiento o desconocimiento de una obligación jurídica”⁴⁵, sin embargo, en un principio esta es plasmada en los documentos escritos a través de la escritura⁴⁶ posteriormente con las exigencias de la era digital, surge la firma electrónica como la forma de atribuir reconocimiento a estos contratos electrónicos empleados en los negocios jurídicos.

⁴³ Artículo 1.527: “La obligación del comprador es pagar el precio en el día y en el lugar determinados por el contrato.” Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982

⁴⁴ Diego Castagnino, “Contratos mercantiles: Características de los contratos mercantiles” (Clase, Universidad Católica Andrés Bello, 29 de septiembre de 2023)

⁴⁵ Mariliana Carrillo (2003) Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico: “Nombre y apellido o título de una persona, acompañado o no de rúbrica (...) que se pone al pie de un escrito o documento, de mano propia o ajena, para darle autenticidad para expresar que se aprueba su contenido o para obligarse a lo que en él se dice”. Ponencia presentada en el IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Santana, C.A. San Cristóbal, 2003. P 390

⁴⁶ Jiménez y Caballero: El valor probatorio de la firma electrónica en el proceso judicial: “El primer pensamiento es de un trazo, un dibujo, un signo que distingue, el cual es plasmado en un documento. La firma también es vinculada a la identidad de una actividad, una marca, un servicio, es concebida como un sello, su principal función es la autenticación, es una forma de manifestar expresamente la voluntad y el consentimiento, es el acto generador de contratos, de derechos y obligaciones” Centro de investigación e innovación en tecnologías de la información y comunicación (INFOTEC). Dirección adjunta de innovación y conocimiento gerencia de capital humano. Ciudad de México – México. (Tesis de Maestría) <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/>

La firma electrónica tiene un mayor uso hoy en día en consecuencia de la pandemia del COVID-19, en el año 2020 los comerciantes buscaron soluciones para poder continuar con sus operaciones a pesar de las restricciones, ya que, no era fácil reunirse con las partes y obtener las firmas necesarias de manera física, la firma electrónica puede verse como una expresión moderna de la firma autógrafa asociadas a las nuevas tecnologías.

Así, se ve un proceso de transición de las firmas autógrafas a las firmas electrónicas, ya que, lo importante es obtener la expresión de voluntad de los contratantes de una manera válida, que permita identificar al sujeto con el contenido del documento; esto a su vez ha colaborado en gran medida con el avance del comercio electrónico.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas ofrece en el artículo 2 una definición de firma electrónica donde establece que estos datos electrónicos permiten identificar al firmante con el mensaje y la autenticidad del mismo⁴⁷

En el mismo orden de ideas, Venezuela en la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas ofrece una definición similar, explicando además a los sujetos del signatario y destinatario⁴⁸ y reconoce que la exigencia de la firma autógrafa en determinados negocios jurídicos quedará satisfecha con la firma electrónica⁴⁹.

En vista de que la firma electrónica tendrá la misma validez y eficacia que la autógrafa, es importante que cumpla con una serie de requisitos establecidos por la ley⁵⁰ que permiten fijar la autenticidad de una firma electrónica.

⁴⁷ Artículo 2: "(...) a) Por "firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos (...)" Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>

⁴⁸ Artículo 2: "(...) 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. Signatario: Es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico. Destinatario: Persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos" Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000.

⁴⁹ Artículo 6: (...) Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica" Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000.

⁵⁰ Artículo 16: "La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto" Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000.

3.1. Principios de la firma electrónica

- i. Neutralidad tecnológica: Con este principio se persigue que no haya favoritismo o exigencias de una forma tecnológica sobre otra, esto permite la permanencia de la ley en el tiempo, puesto que la tecnología cambia de manera constante⁵¹.
- ii. Autonomía de la voluntad: Como en todo contrato, importa que la manifestación de la voluntad de las partes sea libre y pura; en este aspecto, deben encontrarse en una esfera que les permita conocer el alcance de los derechos y obligaciones para tomar sus decisiones con base a ello⁵²
- iii. Compatibilidad internacional: Esto va de la mano con el intento de unificación en materia de comercio internacional, se persiguen estándares internacionales.
- iv. Equivalencia funcional: Tienen el mismo valor y eficacia probatoria que las firmas autógrafas.

3.2. Clasificación de la firma electrónica

Se toma como referencia la clasificación hecha en el Reglamento eIDAS de la Unión Europea⁵³ en su artículo 3 de definiciones.⁵⁴

- i. Firma electrónica: “Datos en formato electrónico que están adjuntos o asociados lógicamente con otros datos en formato electrónico y que el firmante utiliza para firmar” esta es la firma electrónica simple

⁵¹ “La neutralidad tecnológica, tal y como la define Mauro Ríos, es “la libertad de los individuos y las organizaciones de elegir la tecnología más apropiada y adecuada a sus necesidades y requerimientos para el desarrollo, adquisición, utilización o comercialización, sin dependencias de conocimiento implicadas como la información o los datos”. Viafirma. 2018. <https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/neutralidad-tecnologica/>

⁵² Jorge Domínguez. *Orden público y autonomía de la voluntad*. (México: Universidad Nacional Autonomía de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019) Edición en PDF. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>

⁵³ La Comisión Europea explica que “eIDAS significa servicios electrónicos de identificación, autenticación y confianza. El Reglamento eIDAS estableció el marco para garantizar que las interacciones electrónicas entre las empresas sean más seguras, rápidas y eficientes, independientemente del país europeo en el que tengan lugar” <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policias/discover-eidas#:~:text=eIDAS%20significa%20servicios%20electr%C3%B3nicos%20de,eu%20el%20que%20tengan%20lugar.>

Thais Guillen: El eIDAS: Reglamento europeo de identificación digital: “El reglamento eIDAS en EU define los estándares y normas para la firma electrónica simple, firma electrónica avanzada y firma electrónica cualificada, la emisión de certificados cualificados y los servicios de confianza online. Del mismo modo, regula las transacciones electrónicas y su gestión” 17 de julio de 2023. <https://www.signicat.com/es/blog/eidas-reglamento-europeo-de-identificacion-digital#:~:text=El%20reglamento%20eIDAS%20en%20EU,transacciones%20electr%C3%B3nicas%20y%20su%20gesti%C3%B3n.>

⁵⁴ Artículo 3. Reglamento REGLAMENTO (UE) N° 910/2014 Del Parlamento Europeo y del Consejo sobre identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado interior. 23 de julio de 2014 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG

- ii. Firma electrónica avanzada: “Una firma electrónica que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 26”⁵⁵

Así, se encuentra vinculada a un sujeto de manera única, permitiendo su identificación inmediata, es conocida también como firma digital obtenida a través de criptografía, es decir, del cifrado de la información.

- iii. Firma electrónica cualificada: “Una firma electrónica avanzada creada mediante un dispositivo cualificado de creación de firma electrónica y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica”

En Venezuela, al igual que en muchos países se han desarrollado sistemas de certificación de firmas electrónicas, dado por proveedores⁵⁶ autorizados por el Estado⁵⁷.

3.3. La firma digital

En este orden de ideas, en materia de firma electrónica, resulta coherente hablar de la firma digital, puesto que esta es un poco más compuesta que la simple firma electrónica, ya que, emplea en ella el uso de criptología y algoritmos matemáticos, con lo cual, logra un mayor grado de certeza.

Es importante resaltar, que la firma electrónica corresponde al género y la firma digital la especie⁵⁸, puesto que, la firma electrónica es utilizada para establecer la autoría de un contrato, y, la firma digital permite esto con total seguridad dado que cumple con una serie de requisitos formales que son establecidos en la legislación.

⁵⁵ Artículo 26: Requisitos para firmas electrónicas avanzadas: “Una firma electrónica avanzada deberá cumplir los siguientes requisitos: a) esta únicamente vinculado al firmante; b) es capaz de identificar al firmante; c) se crea utilizando datos de creación de firma electrónica que el firmante puede, con un alto nivel de confianza, utilizar bajo su exclusivo control; y d) esta vinculado a los datos firmados con él de tal manera que cualquier cambio posterior en los datos sea detectable” Reglamento (UE) N° 910/2014 Del Parlamento Europeo y del Consejo sobre identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado interior. 23 de julio de 2014 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG

⁵⁶ Artículo 34: Actividades de los proveedores de los servicios de certificación: “Los Proveedores de Servicios de Certificación realizarán entre otras, las siguientes actividades: 1. Proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de Certificados Electrónicos. 2. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de Firmas Electrónicas. 3. Ofrecer servicios de archivo cronológicos de las Firmas Electrónicas certificadas por el Proveedor de Servicios de Certificación. 4. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos. 5. Garantizar Certificados Electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros. 6. Las demás que se establezcan en el presente Decreto-Ley o en sus reglamentos. Los Certificados Electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizarán la validez de las Firmas Electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus Signatarios” Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000

⁵⁷ Artículo 18. “La Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16” Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000.

⁵⁸ William David Barón Granados. “La validez de la firma electrónica en la contratación estatal aplicada por el sistema electrónico para la contratación pública II” (Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia, 2020) [LA VALIDEZ DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL APLICADA POR EL SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA II.pdf](#)

Como se ha dicho anteriormente, la firma electrónica ha sido regulada en los ordenamientos jurídicos de cada país, así, la legislación peruana ofrece una definición de firma digital en el año 2000 como “aquella (...) que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociada a una clave privada y una clave pública (...)”⁵⁹

Sin embargo, el origen de estos términos fue contemplado desde 1976, en un artículo escrito por Diffie y Hellman con el título “*New Directions in Cryptography*”⁶⁰ donde en respuesta a la preocupación por el uso de las claves con el surgimiento de la tecnología, plantean como solución el uso de una clave pública que vincula al titular con su identidad mediante una certificación otorgada por un proveedor.

Esto sirvió de fundamento para el uso actual de la criptografía⁶¹ como base principal en los sistemas de seguridad de la firma digital, ya que, esta idea plantea que dos sujetos puedan generar una clave compartida sin que un tercero pueda acceder a esa información, esto es conocido como el *Diffie-Hellman Protocol* o Algoritmo Diffie-Hellman.

Posteriormente, el Comité de Seguridad de la Información de la Sección de Ciencia y Tecnología de la American Bar Association (ABA) indican en la Normativa de Firma Digital (1996) el uso de la criptografía asimétrica en la firma digital, donde van a existir los certificados de clave pública y, además, una clave privada.

De esta manera, se implementa un algoritmo con dos claves para proteger y asegurar el contenido de un documento/mensaje, por un lado, la clave pública conocida por las partes involucradas, y por otro, una clave privada que es conocida únicamente por un sujeto, con ello, se aplica un algoritmo hash en el mensaje, donde una vez encriptado no podrá ser descryptado, y en caso de sufrir alguna modificación esta será fácil de detectar.

⁵⁹ Artículo 3: “La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada”. Ley de Firmas y Certificados Digitales. 28 de mayo de 2000. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/356833/NORMA_1887_LEY_27269_Modificada_por_LEY_27310.pdf?v=1567090940

⁶⁰ Whitfield Diffie y Martin E. Hellman, “New Directions in Cryptography”. 6 de noviembre de 1976. <https://www-ee.stanford.edu/~hellman/publications/24.pdf>

⁶¹ Javier Sáez: ¿Qué es la criptografía y para qué sirve?: “La criptografía es un método de protección de la información y las comunicaciones mediante el uso de códigos, de modo que solo aquellos a quienes está destinada la información puedan leerla y procesarla. El prefijo “cripta” significa “oculto” o “bóveda”, y el sufijo “grafía” significa “escritura”. Blog de IEBS. 8 de agosto de 2022. <https://www.iebschool.com/blog/que-es-la-criptografia-y-para-que-sirve-finanzas/>

La firma digital se encuentra en la clasificación de firmas electrónicas avanzadas, de esta manera, la Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo indican los elementos con que debe contar esta firma en su artículo 2.

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...)

2) “firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes:

- a) estar vinculada al firmante de manera única;
- b) permitir la identificación del firmante;
- c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;
- d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable⁶².

Todos estos elementos son requeridos en términos generales para la firma digital en las distintas legislaciones del mundo, por ejemplo, Argentina habla de la presunción de autoría en su ley 25.506 de 2001⁶³; de la misma forma, Uruguay contempla los requisitos anteriores en la Ley 18.600 de 2009⁶⁴.

Como puede apreciarse, la firma digital representa una ventaja en el comercio porque brinda seguridad y confianza en las negociaciones, así lo señala la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-662 del 2000⁶⁵ al explicar que se encuentra la certeza necesaria respecto a la vinculación del sujeto con el contenido del documento.

⁶² Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. 13 de diciembre de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-80059>

⁶³ Artículo 7: “Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma” Ley 25.506 del 14 de noviembre de 2001. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/70749/actualizacion>

⁶⁴ Artículo 2: K) “Firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; 3) ser susceptible de verificación por terceros; 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma”. Ley 18.600 del 5 de noviembre de 2009. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18600-2009>

⁶⁵ Sentencia C-662 de la Corte Constitucional del 8 de junio del 2000: “Los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley a través de la firma digital se pretende garantizar que un mensaje de datos determinado proceda de una persona determinada; que ese mensaje no hubiera sido modificado desde su creación y transmisión y que el receptor no pudiera modificar el mensaje recibido. Una de las formas para dar seguridad a la validez en la creación y verificación de una firma digital es la Criptografía, la cual es una rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar, mediante un procedimiento sencillo, mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original” <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>

A modo de ejemplificar la relevancia de la firma digital en las relaciones comerciales, se puede ver incluso como se emplea en las negociaciones entre países, como el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos con Colombia en la Ley 1143 de 2007⁶⁶ en donde se contempla como una manera de evitar las barreras que limitan al comercio entre estos países el uso de herramientas electrónicas que permitan una mayor celeridad a los procesos.

3.4. Ventajas de la firma electrónica en el contrato de compra venta

- i. Optimizar el proceso de venta: Reduce los tiempos de cualquier proceso, ya que son empleados sistemas automatizados.
- ii. Reducción de costos: No requiere el desplazamiento de personas, costos de impresiones y envíos.
- iii. Mayor seguridad: Se garantiza una integridad en el contenido de los documentos, estas son en principio inalterables, gracias a su mecanismo encriptado no pueden ser alteradas con facilidad, y en caso de ser, se detecta rápidamente. La firma electrónica certificada goza de presunción de inalterabilidad y atribución.
- iv. Confidencialidad: El contenido solo es conocido por aquellas personas que estén autorizadas y tengan acceso.
- v. Mejora la experiencia vendedor/comprador: Las negociaciones pueden ser completadas en menos de 24 horas, los compradores pueden revisar el acuerdo de compraventa con calma, en cualquier parte del mundo donde se encuentren y firmarlo electrónicamente con un clic.

3.5. La barrera cultural en el uso de la firma electrónica para los contratos de compra venta.

A pesar del desarrollo tecnológico y jurídico en los distintos países que dan total validez a la firma electrónica en los contratos de compra venta como forma de vincular la información de un documento con su signatario, se ha presentado una barrera cultural —principalmente en Latinoamérica— respecto al uso de la misma, puesto que, los comerciantes no sienten la suficiente confianza para usar estas herramientas, dudan incluso algunas veces de si es legal o valido utilizar una firma electrónica.

⁶⁶ Luis Hernando; Joan Jaramillo; Cristian Martínez: “Seguridad y validez de la firma electrónica o digital en los actos y negocios jurídicos de carácter comercial en Colombia” Politécnico Gran Colombiano Institución Universitaria de Derecho, 24 de noviembre de 2020. [Seguridad y validez de la firma electrónica.pdf](#)

Esto no quiere decir que no sea utilizada, por el contrario, muchas empresas latinoamericanas emplean cada vez más esta modalidad, pero en comparación con países como Estados Unidos o China, se puede ver como los comerciantes tienen una mayor confianza en los medios electrónicos para sus negocios jurídicos.

Sin embargo, la realidad actual exige reducción de costos y métodos que optimicen los procesos, por eso, el uso de la firma electrónica es una herramienta sumamente eficiente para los nuevos negocios, no solo en el contrato de compra venta, sino en todas aquellas operaciones que surgen en las negociaciones transfronterizas; esto ha llevado a que las empresas quieran educarse y capacitar a su personal en el tema.

Por su parte, algunos países han promovido —jurídicamente— el uso de la firma electrónica, por ejemplo, México, contempla en su Código de Comercio la definición de firma electrónica desde hace más de 20 años, sin embargo, en 2016 añadió un bis⁶⁷ al artículo 89 “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos”⁶⁸ en vista de que no se estaba utilizando suficientemente la firma electrónica, se ofrece una base sólida que respalda el uso de la misma en los contratos.

Una entrevista realizada —vía correo electrónico— a Christiano Lucena⁶⁹ por Melisa Osoreo para ComputerWeekly⁷⁰ en español, habla precisamente sobre la barrera cultural en el uso de la firma electrónica, donde explica que los principales motivos son de seguridad/confianza y el desconocimiento de cómo utilizarla. Él indica que hay un pensamiento general de que es una herramienta compleja; sin embargo también señala que entre las industrias que más utilizan la firma electrónica es el comercio.

4. Herramientas para promover la seguridad y confianza en la firma electrónica.

El asunto no se trata si la firma electrónica es válida o no, puesto que tiene suficiente sustento jurídico —nacional e internacional— sino la falsa creencia de que una firma autógrafa es la inequívoca expresión de voluntad de los contratantes; pero la

⁶⁷ Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica: Bis: “En técnica legislativa, cuando a una serie numerada de disposiciones legales se agrega un artículo ‘bis’, se hace para complementar el tema previsto y para evitar que se tenga que correr la numeración del resto del articulado” (2020) <https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/36012:bis#:~:text=Adverbio%20numeral%20que%20significa%20'dos,numeraci%C3%B3n%20del%20resto%20del%20articulado.>

⁶⁸ Artículo 89 Bis. Reforma del Código de Comercio en Materia de Firma Electrónica. 07 de abril de 2016. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref29_29ago03.pdf

⁶⁹ Director General de DocuSign para Latinoamérica.

⁷⁰ Melisa Osoreo: “La cultura sigue siendo una barrera para el uso de la firma electrónica” 7 de diciembre de 2023. <https://www.computerweekly.com/es/cronica/La-cultura-sigue-siendo-una-barrera-para-el-uso-de-la-firma-electronica>

firma electrónica en un contrato tendrá la misma validez jurídica, ya que, lo importante es la manifestación pura de la voluntad de las partes.

Así, los sujetos no deben concentrar su energía en si la firma electrónica es válida, sino en verificar los medios tecnológicos que emplean para estampar su firma.

Por ejemplo, si estos cuentan con certificaciones, seguridad, controles, y un óptimo sistema de rastreo que permita vincular al signatario con el contenido del contrato en un momento preciso, ya que, debe tenerse en cuenta que la información contenida en estos contratos es sensible, y por ello, es de suma importancia emplear sistemas seguros.

Por ejemplo, en un comentario publicado en el Blog de Nitro el 25 de enero⁷¹ utiliza el término “alta confianza” como una regla en la firma electrónica, y explica que esta confianza está compuesta por 3 elementos:

- i. Seguridad de vanguardia: Si una disputa de documentos lo lleva a la corte, debe proporcionar pruebas de que el documento es legalmente vinculante. Su solución de firma electrónica debe:
 - Aplicar un sello electrónico para certificar que el documento no ha sido manipulado
 - Proporcionar evidencia de que la identidad del firmante se verificó correctamente
 - Asegúrese de que el archivo se haya cifrado en reposo y en tránsito
- ii. Cómplice Legal: Muchas industrias y países tienen regulaciones estrictas que deben cumplir todas las firmas electrónicas.

Para garantizar el cumplimiento, una plataforma de firma electrónica debe cumplir con los requisitos internacionales más estrictos e integrarse perfectamente con los servicios de autenticación y verificación de identidad del gobierno y de terceros.

- iii. Prevención del fraude: El fraude generalmente ocurre cuando un firmante se tergiversa o altera un documento después de firmarlo.

⁷¹ Un editor PDF con diferentes funciones, que incluye software de firma electrónica y herramienta de análisis en la seguridad de los documentos.

Para reducir el fraude y garantizar firmas electrónicas seguras, las plataformas deben ofrecer múltiples niveles de verificación de identidad, usar tecnología a prueba de manipulaciones y proporcionar pistas de auditoría integradas para rastrear y registrar todas las interacciones de los destinatarios⁷²

Hay distintos proveedores en el mundo que ofrecen este tipo de servicio, las cuales cumplen con una serie de certificaciones y sistemas de seguridad que brindan confianza a sus usuarios. Un ejemplo de ellos, son DocuSign, Adobe, SignNow, entre otras mundialmente reconocidas al prestar sus servicios en Latinoamérica, Centroamérica, Asia y Europa.

Además, estas herramientas buscan simplificar el uso de la firma digital sin necesidad de restarle seguridad a la misma, por ejemplo, muchas de estas aplicaciones ofrecen certificaciones de encriptado, registro de dirección IP, timbre de tiempo para determinar la fecha y hora de la firma. Expresa Christiano Lucena sobre el tema que:

La confianza es un tema esencial en la cultura de DocuSign. Por ello, todo desarrollo empieza con la seguridad como uno de los pilares de nuestra tecnología. Todos nuestros productos tienen las certificaciones más altas de seguridad del mundo, incluso las certificaciones de encriptado, además de la capacidad para cumplir con las normativas particulares en diferentes países. Estas muchas capas de seguridad y autenticación incorporadas son las evidencias con las cuales se admite que los documentos electrónicos son jurídicamente vinculantes⁷³

CONCLUSIONES

Es menester comprender que el intercambio de bienes y servicios a cambio de un interés pecuniario mediante el Comercio Internacional de las Mercaderías, tiene como finalidad el desarrollo económico tanto de los comerciantes como de los Estados. Actualmente, las políticas económicas deben ir de la mano con el marco jurídico nacional e internacional, ya que, el Derecho dinámico y evolutivo, permite que las relaciones intersubjetivas con objeto económico estén regulada a través de leyes, y la suscripción de tratados y convenios internacionales; facilitando el desenvolvimiento del comercio.

Por otro lado, las negociaciones estipuladas por los comerciantes están plasmadas en un pacto o convenio que es el contrato mercantil. Dicho contrato permite constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir un vínculo jurídico, que, si bien requiere

⁷² Blog de Nitro “Por qué “alta confianza” es la nueva regla de la firma electrónica. 25 de enero de 2023. <https://www.gonitro.com/es/blog/why-high-trust-is-the-new-rule-of-esigning>

⁷³ Melisa Osoreo: “La cultura sigue siendo una barrera para el uso de la firma electrónica” 7 de diciembre de 2023. <https://www.computerweekly.com/es/cronica/La-cultura-sigue-siendo-una-barrera-para-el-uso-de-la-firma-electronica>

cumplir ciertos requisitos, su intención es promover el principio de autonomía de voluntad de las partes y la libertad contractual, que podrán ejercerse en aquellos sistemas donde se garantizan las libertades mínimas y se fomente la seguridad jurídica.

A su vez, el uso masivo de las TICS, han puesto en marcha la búsqueda de soluciones atinentes a barreras entre comerciantes y consumidores. Aunado a ello, la necesidad de fomentar la integración y expansión de mercados, inclusive; con el apoyo de organismos internacionales como la Organización Mundial de Comercio (OMC).

De esta manera, el desarrollo de los pueblos y el fenómeno de globalización han permitido la introducción del contrato electrónico, entre ellos, el contrato de compra venta internacional que tiene como objeto un fin lucrativo en el intercambio de bienes y servicios.

No obstante, con la pandemia por el virus Sars-Cov-2, quedó demostrado que en los contratos mercantiles internacionales era necesario incluir la firma electrónica para vincular al signatario con su obligación, y así obtener la expresión de la voluntad de los contratantes válidamente, surgiendo entonces, derechos y obligaciones para las partes.

Esto ha llevado a que la firma electrónica sea equiparable a la firma autógrafa, teniendo los mismos efectos jurídicos, con la diferencia, de que es otorgada por un medio electrónico o digital; así, los países en su ordenamiento jurídico local han establecido la validez y el valor probatorio de la firma electrónica.

En este orden, el propósito de esta investigación es la actualización y divulgación de información sobre el uso de la firma electrónica en los contratos de compra venta en el Comercio Internacional de Mercaderías; ya que, pareciera que el mayor desafío para esta es una barrera cultural, la desconfianza y el desconocimiento de esta valiosa herramienta.

Pues, como se ha mencionado en líneas anteriores, los conceptos abarcados constituyen la columna vertebral sobre el futuro del comercio mundial. Por ello, el ordenamiento jurídico no puede escapar a la evolución de las nuevas formas contractuales y modos de manifestación de la voluntad, la legislación tiene el reto de integrarse y adaptarse a las nuevas realidades, para hacer posible la aplicación de nuevas herramientas en un marco seguro para la sociedad.

De esta manera, se afirma que la discusión en la firma electrónica no obedece a su validez, sino a la confianza y seguridad que debe caracterizarla, así como el conocimiento de herramientas o aplicaciones adecuadas, que cumplan con los estándares de seguridad necesarios, puesto que la información que se maneja es altamente sensible.

Es vital crear medios en atención a la seguridad y confianza de la firma electrónica, como son las certificaciones de encriptado, el registro de dirección IP o el timbre de tiempo para determinar la fecha y hora de la firma; y, asimismo, permitir el progreso de las economías y negocios entre particulares, principalmente, en países como Venezuela. Debe fomentarse el uso de la firma electrónica, de lo contrario, sería un despilfarro de la tecnología.

En definitiva, la firma electrónica representa grandes ventajas en el comercio internacional, puesto que, gracias a ella, las empresas han podido expandirse rápidamente fuera de sus fronteras, la compra y venta de bienes y servicios en un mercado global está al alcance de un clic, logrando la reducción de los costos y la optimización de los procesos.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrés García; María Ulloa; Evelyn Córdoba. «*La era digital y la deshumanización a efectos de las TIC.*» 10 de enero de 2020. <https://www.ugr.es/~reidocrea/9-2.pdf>
- Arturo Valencia. *Derecho civil parte General y Personas*. (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2004), 408.
- Blog de Nitro “Por qué “alta confianza” es la nueva regla de la firma electrónica. 25 de enero de 2023. <https://www.gonitro.com/es/blog/why-high-trust-is-the-new-rule-of-esigning>
- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982
- Código Civil Federal. Última Reforma DOF 11-01-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf
- Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990)
- Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/comercio?m=form&m=form&wq=comercio>
- Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica (2020) <https://diccionariusual.poderjudicial.go.cr/index.php/diccionario/36012:bis#:~:text=Adverbio%20numeral%20que%20significa%20'dos,numeraci%C3%B3n%20del%20resto%20del%20articulado.>
- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. 13 de diciembre de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-80059>

- Javier Sáez: ¿Qué es la criptografía y para qué sirve? Blog de IEBS. 8 de agosto de 2022. <https://www.iebschool.com/blog/que-es-la-criptografia-y-para-que-sirve-finanzas/>
- Jiménez y Caballero. “El valor probatorio de la firma electrónica en el proceso judicial” Dirección adjunta de innovación y conocimiento gerencia de capital humano. Ciudad de México – México. (Tesis de Maestría) <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/>
- Jorge Domínguez. *Orden público y autonomía de la voluntad*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019) Edición en PDF. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>
- Jorge, Witker; Laura, Hernández. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México* (México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2002), edificio en PDF, cap. 1. [INTRODUCCION_AL_COMERCIO_INTERNACIONAL-1.pdf](https://www.unam.mx/infotec/repositorioinstitucional/mx/jspui/handle/123456789/123456789)
- Josué Contreras. «Valoración probatoria del documento electrónico y la firma electrónica en el proceso judicial venezolano» *Revista derecho y tecnología* N° 13 (2012): 27-46. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32007.pdf>
- Juan Picón; Juan Chacón; Andrés Blanco. «Beneficios Generados por las TIC en el Comercio Internacional de Servicios Outsourcing en Colombia» *Revista Visión Internacional* 7 (2022): 7-22. <https://revistas.ufps.edu.co/index.php/visioninternacional/articulo/view/3335/3813>
- La Comisión Europea. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/discover-eidas#:~:text=eIDAS%20significa%20servicios%20electr%C3%B3nicos%20de,en%20el%20que%20tengan%20lugar>.
- Ley 527 de 18 de agosto 1999. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_col_Ley_527_de_1999.pdf
- Ley 25.506 del 14 de noviembre de 2001. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/70749/actualizacion>
- Ley 18.600 del 5 de noviembre de 2009. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18600-2009>
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>
- Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 370.76 del 13 de diciembre de 2000
- Ley de Firmas y Certificados Digitales. 28 de mayo de 2000. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/356833/NORMA_1887_LEY_27269_Modificada_por_LEY_27310.pdf?v=1567090940
- Luis Hernando; Joan Jaramillo; Cristian Martínez: “Seguridad y validez de la firma electrónica o digital en los actos y negocios jurídicos de carácter comercial en Colombia” Politécnico Gran Colombiano Institución Universitaria de Derecho, 24 de noviembre de 2020. [Seguridad y validez de la firma electrónica.pdf](https://www.uis.edu.co/revistas/seguridad-y-validez-de-la-firma-electronica.pdf)

- López, Víctor. *Globalización y regionalismo desigual*, México, Siglo XIX, 1997, p. 13.
Citado por [INTRODUCCION_AL_COMERCIO_INTERNACIONAL-1.pdf](#)
- Mariliana Carrillo (2003) Ponencia presentada en el IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Santana, C.A. San Cristóbal, 2003. P 390
- Marta Estudillo. «¿Qué es la contratación electrónica y por qué debes utilizarla?» 2022. <https://blog.signaturit.com/es/contratacion-electronica#:~:text=Mejor%20experiencia%20de%20usuario.,la%20eliminaci%C3%B3n%20de%20los%20transportes>.
- Melisa Osoreo: “La cultura sigue siendo una barrera para el uso de la firma electrónica” 7 de diciembre de 2023. <https://www.computerweekly.com/es/cronica/La-cultura-sigue-siendo-una-barrera-para-el-uso-de-la-firma-electronica>
- Reforma del Código de Comercio en Materia de Firma Electrónica. 07 de abril de 2016. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref29_29ago03.pdf
- Reglamento (UE) N° 910/2014 Del Parlamento Europeo y del Consejo sobre identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado interior. 23 de julio de 2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG
- Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° RC.000317 de 19 de julio de 2011 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Julio/RC.000317-19711-2011-10-101.html>
- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 00360 del 24 de marzo de 2011. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00360-24311-2011-2006-1209.HTML>
- Sentencia C-662 de la Corte Constitucional del 8 de junio del 2000
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>
- Smart Contracts, ¿qué son y para qué sirven? 27 de mayo de 2022. <https://www.santander.com/es/stories/smart-contracts>
- Thais Guillen: “El eIDAS”. 17 de julio de 2023. <https://www.signicat.com/es/blog/eidas-reglamento-europeo-de-identificacion-digital#:~:text=El%20reglamento%20eIDAS%20en%20EU,transacciones%20electr%C3%B3nicas%20y%20su%20gesti%C3%B3n>.
- Víafirma. 2018. <https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/neutralidad-tecnologica/>
- Walter Goode. *Diccionario de Términos de Política Comercial. Organización Mundial Del Comercio*. Sexta edición (2021). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dictionary_trade_policy_s.pdf

William David Barón Granados. “La validez de la firma electrónica en la contratación estatal aplicada por el sistema electrónico para la contratación pública II” (Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia, 2020) [LA VALIDEZ DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL APLICADA POR EL SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA II.pdf](#)

Whitfield Diffie y Martin E. Hellman, “New Directions in Cryptography”. 6 de noviembre de 1976. <https://www-ee.stanford.edu/~hellman/publications/24.pdf>

Las Reglas de Rotterdam y su posible implicación en la legislación venezolana

Coralía Indriago González*
Enmilú Karina García Quintana**
Mariana Oca Fernández***

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 415-432

Resumen: El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, también es conocido como Convenio o Reglas de Rotterdam y se encuadra dentro de los esfuerzos realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), de alcanzar el mayor nivel posible de uniformidad en las normas jurídicas que regulan el comercio internacional, por lo que nos referiremos al segmento de estas normas dedicado al transporte marítimo de carga, para establecer una comparación con la normativa venezolana vigente, en materia de transporte marítimo de mercancías, y determinar cuáles ventajas o desventajas supondría para nuestro país la adopción de las Reglas de Rotterdam.

Palabras clave: Transporte Marítimo de Mercancías, Ley de Comercio Marítimo, Reglas de Rotterdam.

The Rotterdam Rules and their possible implication in venezuelan legislation

Abstract: *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, also known as the Rotterdam Convention or Rules, is part of the efforts made by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to achieve the highest possible level of uniformity in the legal norms that regulate international trade, so we will refer to the segment of these standards, dedicated to cargo maritime transport, to establish a comparison with the current Venezuelan regulations on maritime transport of merchandises, and to determine what advantages or disadvantages the adoption of the Rotterdam Rules would mean for our country.*

Keywords: *Cargo Maritime Transport, Maritime Commerce Act, Rotterdam Rules.*

Recibido: 29/2/2024
Aprobado: 30/5/2024

* Abogada, UCAB. Especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, egresada de la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante. Máster en Comercio Internacional y Máster en Dirección y Administración de Empresas MBA, ambos en la Universidad Isabel I de Castilla, España.

** Abogada, UCAB. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Mercantil, UCAB.

*** Abogada, UBAB. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Mercantil, y el Programa de Estudios Avanzados (PREA) en Derecho Corporativo, ambos en la UCAB.

Las Reglas de Rotterdam y su posible implicación en la legislación venezolana

Coralía Indriago González*
Enmilú Karina García Quintana**
Mariana Oca Fernández***

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 415-432

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Origen del Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total O Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam). Situación actual. 2. Las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo (LCM) sobre transporte marítimo de mercancías, en contraste con las disposiciones de las Reglas de Rotterdam. Ventajas y Desventajas que supondría la adopción del Convenio, como norma supranacional, en la legislación de transporte marítimo de mercancías, en Venezuela. 2.1 Jurisdicción. 2.2 Ámbito de aplicación. 2.3. Definiciones. 2.4. Documentación y contrato de transporte marítimo. 2.5. Obligaciones de las partes contratantes 2.5.1 Obligaciones y responsabilidad del cargador. 2.5.2. Obligaciones y responsabilidad del porteador.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.**

INTRODUCCIÓN

A través de todos los tiempos el hombre ha estado en busca de normas que regulen las relaciones que derivan de las contrataciones internacionales que se desarrollan día a día, siempre en busca de un marco regulatorio más expedito que se adapte al movimiento constante del comercio internacional.

De este modo, atendiendo a estas necesidades de los particulares y en aras de unificar el derecho mercantil internacional, específicamente las relaciones derivadas del transporte internacional en aguas, en el año 2008 nace el “Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente

* Abogada, UCAB. Especialista en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, egresada de la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante. Máster en Comercio Internacional y Máster en Dirección y Administración de Empresas MBA, ambos en la Universidad Isabel I de Castilla, España.

** Abogada, UCAB. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Mercantil, UCAB.

*** Abogada, UBAB. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Mercantil, y el Programa de Estudios Avanzados (PREA) en Derecho Corporativo, ambos en la UCAB.

marítimo”¹ o también conocido como “Reglas de Rotterdam”, teniendo como finalidad proporcionar a los Estados Partes una mayor uniformidad al marco legal que los regula.

Sin embargo, hasta la fecha Venezuela no ha suscrito dicho Convenio, y en la actualidad la norma que regula las relaciones contractuales de transporte marítimo de mercancías es la Ley de Comercio Marítimo del año 2006, que como veremos en los sucesivos se asemeja a las Reglas de Rotterdam.

No obstante, si bien las Reglas de Rotterdam aportan la nueva realidad en materia de transporte internacional, en la Ley de Comercio Marítimo vigente en Venezuela se logra observar que allí se desarrollan ampliamente diversos aspectos del mismo.

Así pues, este artículo busca contrastar qué implicaciones tendría la Ratificación del Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, en la Legislación Venezolana.

1. Origen del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam)

Este Convenio fue adoptado por la Asamblea General de la ONU², en Nueva York, el 11 de diciembre de 2008, y se enmarca dentro de los esfuerzos realizados por esta organización en el Derecho Mercantil Internacional, con el fin de alcanzar una uniformidad en las normas jurídicas que regulan el Comercio Internacional, cuyo principal objetivo fue brindar un alto nivel de seguridad jurídica en las transacciones mercantiles internacionales que se celebran cada vez en mayor medida, entre comerciantes de diversas partes del mundo, gracias a los avances de la tecnología.

Se trata entonces de un intento por desarrollar, actualizar y adaptar a la realidad, otros convenios³ o tratados multilaterales ya existentes en el área de comercio internacional, así como el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque (Bruselas, 25 de agosto de 1924), también

¹ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, de fecha 11 de diciembre de 2008.

² «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional» acceso el 28 de enero de 2024. https://uncitral.un.org/es/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules

³ Como el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS), 1974, Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 y por el Protocolo de 1997, Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de formación), en su forma enmendada, incluidas las enmiendas de 1995, Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes, 1972, Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, 1965, Convenio internacional sobre líneas de carga 1966, Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, 1979.

llamado “las Reglas de La Haya”), y sus Protocolos (“las Reglas de La Haya-Visby”), y el Convenio de la ONU sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 31 de marzo de 1978), denominado usualmente “las Reglas de Hamburgo”.

Si bien los Convenios antes mencionados están específicamente orientados al transporte y comercio marítimo, la adopción de las Reglas de Rotterdam, supone un objetivo más ambicioso, que es normar no sólo la parte de cualquier operación de comercio internacional que se realice utilizando el transporte marítimo, sino incluir también normas referentes al transporte multimodal.

Normalmente el transporte marítimo es solo una parte de una compleja operación de compra-venta internacional, porque si bien la mercancía puede ser llevada de un puerto marítimo de un país al de otro país, también es necesario que sea transportada al puerto de origen o retirada del puerto de destino, utilizando otros medios de transporte.

Por tal motivo, las Reglas de Rotterdam, buscan reglamentar no solo la operación marítima, sino también las operaciones de transporte conexas, anteriores o posteriores a la navegación por mar.

No obstante, en este trabajo, solamente nos referiremos al segmento de estas normas dedicado al transporte marítimo de carga, para establecer una comparación con la normativa venezolana vigente, en materia de transporte marítimo de mercancías, y determinar cuáles ventajas o desventajas supondría para nuestro país, la adopción de las Reglas de Rotterdam.

El Convenio consta de un Preámbulo, y 96 artículos, estando su versión oficial redactada en 6 idiomas oficiales: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, todos igualmente auténticos.

Es importante tener en cuenta que este Convenio internacional, no admite su suscripción con reservas de ninguna especie, por lo que cada país que suscriba el mismo, espere aceptar el total de su contenido.

Actualmente, las Reglas de Rotterdam han sido suscritas por 25 países, en su mayoría de Europa y África, y ratificadas por 5 países (Benín, Camerún, Congo, Togo, y España), razón por la cual, no ha entrado en vigor, ya que se requiere un mínimo de 20 ratificaciones, para su entrada en vigencia.

La República Bolivariana de Venezuela, no ha suscrito aún este Convenio internacional.

2. Las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo Venezolano sobre transporte marítimo de mercancías, en contraste con las disposiciones del Convenio de Rotterdam y las ventajas y desventajas que supondría la adopción del Convenio, como norma supranacional, en la legislación de transporte marítimo de mercancías en Venezuela

Se procederá a analizar y contrastar, cuáles son las disposiciones legales vigentes en Venezuela en lo que respecta al contrato de transporte marítimo de mercancías, contenidas en la Ley de Comercio Marítimo vigente, frente a las normas contenidas en las Reglas de Rotterdam, sobre esta misma materia.

Para ello, hemos dividido nuestro análisis, en varios aspectos distintos, que consideramos fundamentales dentro de este tipo de contratos, como son: jurisdicción, ámbito de aplicación, definiciones, documentación y contrato de transporte marítimo, y las obligaciones de las partes contratantes (cargador y porteador).

Sobre este particular, debe tenerse muy en cuenta, que en caso de que entrase en vigencia este convenio internacional en Venezuela, el mismo tendría primacía, por encima de la normativa interna, según el Principio de Jerarquía de las Normas, que coloca los tratados internacionales suscritos y ratificados, por encima de las leyes nacionales que se encuentren vigentes, al momento en que el tratado se incorpore y entre a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

De allí la importancia de conocer de qué manera afectaría la entrada en vigencia de las Reglas de Rotterdam en Venezuela, a la legislación venezolana actualmente vigente, en materia de transporte marítimo de mercancías.

De seguidas, el análisis de cada uno de estos aspectos fundamentales.

2.1. Jurisdicción

En lo que respecta a la jurisdicción a la cual deben someterse los procesos judiciales que se susciten con ocasión de un contrato de transporte marítimo, las Reglas de Rotterdam regulan este tema en el Capítulo 14 del Convenio, denominado Jurisdicción, concretamente en sus artículos 66⁴, 68, 69 y 72, mientras que la Ley de Comercio Ma-

⁴ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, Artículo 66: "A menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo exclusivo de elección de foro que cumpla con lo prescrito en el artículo 67 o en el artículo 72, el demandante tendrá derecho a entablar un procedimiento judicial contra el porteador con arreglo al presente Convenio: a) Ante un tribunal competente en cuya jurisdicción esté situado uno de los siguientes lugares: i) El domicilio del porteador; ii) El lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) El lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) El puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque; o b) Ante el tribunal competente o uno de los tribunales competentes que el cargador y

rítimo venezolano, se refiere a la jurisdicción en su Título I, denominado Disposiciones Generales, específicamente a la jurisdicción en caso de contratos de transporte marítimo, en su artículo 10⁵.

Sobre este particular, es evidente y notoria la importancia y preeminencia que otorga el Convenio, a la voluntad de las partes contratantes, y la libertad que otorga a las mismas, para elegir la jurisdicción a la cual desean someter su controversia.

En tal sentido, el artículo 66, contempla la posibilidad de que el contrato de transporte contenga un acuerdo expreso de elección de foro, de tal manera que, de conformidad con el Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes, éstas escojan libremente en cuál jurisdicción podrán dirimir cualquier controversia. Esta elección de foro, debe cumplir con los requisitos previstos en el mismo Convenio, en sus artículos 67 y 72.

En cuanto al artículo 67, se requiere que dicho acuerdo forme parte de un contrato de volumen en el que las partes y sus direcciones estén perfectamente identificadas y que, alternativamente, o el contrato haya sido individualmente negociado, o bien, en caso de no haber sido negociado individualmente, es decir, que se trate de contratos modelo, o de adhesión, que en el mismo se advierta de manera visible la existencia de tal acuerdo, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato que lo incluyen.

Como segunda condición para la validez del acuerdo de elección exclusiva de foro, el artículo 67 *eiusdem*, requiere que el acuerdo designe claramente a los Tribunales de un Estado Contratante, o a uno o más tribunales específicos de un Estado Contratante.

el porteador hayan designado de común acuerdo para decidir sobre las reclamaciones que contra el porteador puedan surgir en el marco del presente Convenio”.

⁵ Ley de Comercio Marítimo venezolano, Artículo 10: “Corresponde a la jurisdicción venezolana conocer en forma inderogable las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano.”

⁶ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, Artículo 67: “Acuerdos de elección de foro 1. La competencia de un tribunal designado con arreglo al apartado b) del artículo 66 sólo será exclusiva respecto de las controversias entre las partes en el contrato si éstas así lo han pactado y el acuerdo que reconozca dicha competencia: a) Forma parte de un contrato de volumen en el que están claramente indicados los nombres y las direcciones de las partes y que o bien i) ha sido individualmente negociado, o bien ii) advierte de manera visible de la existencia de un acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen que lo incluyen; y b) Designa con claridad a los tribunales de un Estado Contratante, o a uno o más tribunales específicos de un Estado Contratante. 2. Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo exclusivo de elección de foro concertado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo cuando: a) El tribunal elegido esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado a) del artículo 66; b) El acuerdo figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el tribunal ante el que debe entablarse la acción y sobre el carácter exclusivo de su competencia al respecto; y d) La ley del tribunal que conozca del caso prevea que dicha persona puede quedar obligada por un acuerdo exclusivo de elección de foro.”

También existe la posibilidad, según el artículo 72 del Convenio, de que las partes, habiendo surgido ya una controversia, de mutuo acuerdo convengan en resolverla ante cualquier tribunal competente.

En el caso de que las partes del contrato de transporte marítimo, no hayan elegido un foro en particular para dirimir sus controversias, el Convenio otorga entonces al demandante que acciona contra el porteador, o contra la parte ejecutante marítima, varias opciones de foros en los cuales pueden interponer sus demandas, según se estipula en los artículos 66 y 68 del citado Convenio.

Por su parte, la Ley de Comercio Marítimo venezolana, establece expresa y categóricamente en su artículo 10, como Principio, la Inderogabilidad de la Jurisdicción venezolana, con respecto a las acciones en materia de contratos de transporte marítimo de bienes que ingresen al territorio venezolano, aunque admite como válida la prórroga contractual de la jurisdicción en jueces o árbitros extranjeros, después de producido el hecho generador de la acción.

Como puede fácilmente observarse, en lo que respecta a la posibilidad de que las partes de un contrato de transporte marítimo puedan o no elegir la jurisdicción en la que dirimirán sus diferencias, las posturas de ambos instrumentos normativos, son radicalmente opuestas.

Las Reglas de Rotterdam, permiten el acuerdo entre las partes, inclusive luego de que ha surgido la controversia, y en caso de que no hayan pactado el foro, permite al demandante elegir entre varios foros enlistados en los artículos 66 y 68 del Convenio, por lo que aun a falta de pacto expreso, se ofrece al demandante un abanico de opciones, para que escoja la que considere más conveniente a sus intereses.

Por el contrario, la posición asumida por el legislador venezolano, es eminentemente restrictiva, ya que obliga al demandante a acudir a la jurisdicción venezolana, inexorablemente, cuando exista una controversia sobre contratos de transporte marítimo de mercancías que ingresen a territorio venezolano.

Ahora bien, en caso de que las Reglas de Rotterdam fueran adoptadas por Venezuela, ¿cuál sería la consecuencia que acarrearía con respecto al tema de la jurisdicción? Para conocer la respuesta, debemos tomar en cuenta el contenido del artículo 3⁷ de la Ley de Comercio Marítimo, que establece que las materias reguladas por esta Ley,

⁷ Ley de Comercio Marítimo venezolano, Artículo 3: *“Las materias objeto de esta Ley que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros, se regularán por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.”*

que se relacionen con ordenamientos jurídicos extranjeros, se regirán por los tratados internacionales vigentes en Venezuela.

Esto, siguiendo el esquema jerárquico normativo que rige en nuestro país, en el cual se da preeminencia a las normas contenidas en los tratados internacionales vigentes en la República, por encima del resto del ordenamiento jurídico.

De esta manera, si la República Bolivariana de Venezuela suscribiese el Convenio de la ONU, y procediese a su ratificación, al momento en que éste entrase en vigencia, se produciría *ipso iure* una notoria ampliación de las posibles jurisdicciones a las que pudiera acudir un demandante en caso de tener una controversia, lo que, en nuestra opinión, constituiría un avance hacia la modernización y globalización del Derecho Marítimo Venezolano.

2.2. Ámbito de Aplicación

Tanto en la Ley de Comercio Marítimo como en el Convenio, se impone la aplicación de sus normas sobre aquellas contrataciones internacionales que tengan como objeto el transporte marítimo de mercancías, coincidiendo ambos instrumentos jurídicos en declarar nula toda estipulación que contraríe a lo dispuesto en su contenido.

En este sentido, en ambas normativas se nos permite saber cuáles situaciones jurídicas serán objeto de regulación de éstas, pudiéndose delimitar estas situaciones jurídicas de la siguiente manera:

- Que exista un contrato de transporte.

Ambas normas definen al contrato de transporte como aquel en donde un portador se compromete a transportar mercancía de un lado a otro, a cambio del pago de un flete. De allí que, podemos establecer entonces que para la aplicación de ambas normas basta con que exista un acuerdo oneroso cuyo objeto sea el traslado de mercancía de un lugar a otro, por parte del porteador.

Asimismo, podemos observar que ambos instrumentos jurídicos excluyen de su aplicación a los contratos de fletamento.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de aplicación del Convenio de las Naciones Unidas, es de relevante importancia hacer mención al artículo 82, en el cual existe una aplicación preferente de determinadas categorías de Convenios Internacionales frente al Convenio de las Naciones Unidas.

- Que se den las condiciones de aplicabilidad contenidas en sus textos.

En el artículo 5⁸ del Convenio y el 198⁹ de la Ley de Comercio Marítimo se encuentran establecidas ciertas condiciones para que las normas en cuestión sean objeto de aplicación a al contrato de transporte previamente analizado.

Dichas condiciones están basadas en que el puerto de carga o de descarga se encuentre dentro del territorio del “Estado Contratante”. Por otro lado, las Reglas de Rotterdam anexa que el Convenio se aplicará igualmente cuando el lugar de entrega y de recepción se encuentren dentro de los espacios del Estado Contratante, mientras que la Ley de Derecho Marítimo no hace mención a estos dos lugares previstos en la Convención.

2.3. Definiciones

El Capítulo 1 de las Reglas de Rotterdam define una gran cantidad de conceptos, lo que hace mucho más fácil su comprensión y ayudará en cuanto a la determinación y alcance de éstas; treinta (30) definiciones para ser exactos, agrupados en un solo capítulo, y al inicio del instrumento.

Conceptos que, si bien podemos observarlos en la Ley de Comercio Marítimo, no existe una definición clara de TODOS los términos importantes, o un capítulo dedicado a las definiciones, lo que nos lleva a buscar entre los artículos de la Ley el entendimiento de éstos y que además su comprensión sea clara, ya que no hay una sistematización y ordenamiento de los mismos.

Por ejemplo, en esta Ley se encuentra el artículo 197, que contiene las definiciones de porteador, porteador efectivo, cargador, consignatario, mercancías, contrato de transporte por agua, conocimiento de embarque, y falta náutica.

Luego encontramos varias definiciones más, diseminadas en el texto de la Ley de Comercio Marítimo, como la definición de Armador, en el artículo 37 *ejusdem*, de copropiedad del buque (art. 75), coparticipación naval (art. 83), embargo preventivo

⁸ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, Artículo 67: “A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de la recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes, siempre y cuando, de acuerdo con el contrato de transporte, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado Contratante: a) El lugar de la recepción; b) El puerto de carga; c) El lugar de la entrega; o d) El puerto de descarga...”

⁹ Ley de Comercio Marítimo venezolano, Artículo 198: “Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los contratos de transporte por agua, siempre que: 1. El puerto de carga o de descarga previsto en el contrato, esté situado en el espacio acuático nacional. 2. Uno de los puertos facultativos de descarga previstos en el contrato, sea el puerto efectivo de descarga y éste se encuentre dentro del espacio acuático nacional. 3. El conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato, estipule que se regirá por las disposiciones de este Capítulo”

(art. 92), arrendamiento a casco desnudo (art. 157), fletamento a tiempo (art. 165), transporte de pasajeros (art. 276) contrato de remolque (art. 312), abordaje (art. 320), definiciones relativas a salvamento (art. 336), etc.

Pero no se definen los términos: agente naviero, privilegios navales, hipoteca naval, fletamento por viaje, y algunos otros, que son de vital importancia para la cabal comprensión del instrumento jurídico.

Esto fuerza a quien desee conocer el alcance de estos conceptos, a recorrer el articulado en busca de lo que requiere, y en ausencia de algunos de ellos, acudir a la Doctrina y la Jurisprudencia, para tratar de esclarecerlos.

Por tal razón, consideramos que de incorporarse a detalle las definiciones que se encuentran en el Capítulo I de las Reglas de Rotterdam a nuestra legislación marítima en materia de transporte de carga, podría coadyuvar al buen funcionamiento de todo lo relacionado con las contrataciones de comercio marítimo, lo que va de la mano con la realidad actual en esta materia.

En tal sentido, puede resaltarse que hay conceptos que van a ayudar incluso a definir responsabilidades, tal como lo señala el escrito de las Respuestas Latinoamericanas a la Declaración de Montevideo que establece que: “Los conceptos de parte ejecutante y de parte ejecutante marítima son importantes para definir el período de responsabilidad del transportador, en la medida en que, conforme al artículo 18 (a), el transportador es responsable por los actos de las partes ejecutantes”¹⁰.

También observamos como las Leyes de Rotterdam traen consigo una breve ampliación de sus definiciones y se aplican al contrato de transporte internacional demercancías, total o parcialmente marítimo, incluyendo el desplazamiento por otros medios de transporte (terrestres, aéreos, ferroviarios) multimodal, lo que implica la vía marítima en combinación con otras formas de transporte, por lo que se entiende que la gestión se hagade “puerta a puerta” y no únicamente de “puerto a puerto”, como las referidas en nuestra legislación.

En este sentido, es importante resaltar que, debido a la globalización, que hace que se relacionen comerciantes de diversas partes del mundo, en las cuales existen legislaciones diferentes, diferentes idiomas, y algunos conceptos jurídicos pueden tener el mismo nombre pero implicar situaciones distintas, aun cuando se trate del mismo idioma, es de vital importancia que al momento de suscribir un contrato mercantil, las partes tengan claramente establecida la significación de cada término.

¹⁰ «Microsoft Word - Las Reglas de Rotterdam» - Una respuesta latinoamericana a la Declaración de Montevideo.doc (comitemaritime.org). Buenos Aires 27 de octubre de 2010.

De allí la tendencia creciente a nivel de contratos internacionales, de incluir una cláusula relativa a las definiciones, en las que las partes contratantes acuerdan y estipulan lo que significa para ellas cada uno de los términos relevantes usados en el contrato. Sin embargo, dado que esto depende de la voluntad de las partes, puede ocurrir que no exista ninguna definición de ciertos términos dentro del contrato, en cuyo caso, es de vital importancia que la legislación supla de manera uniforme, el significado y alcance de los mismos.

De esta manera, instrumentos como las Leyes de Rotterdam, cumplen una gran labor de unificación del derecho internacional privado, por lo que su adopción, también en lo que se refiere a la definición uniforme de los términos del contrato de transporte marítimo, sería de gran beneficio para Venezuela.

2.4. Documentación y Contrato de Transporte Marítimo

En cuanto a la documentación que acompaña a las mercancías que son transportadas por mar, encontramos que tanto las Reglas de Rotterdam como la Ley de Comercio Marítimo venezolana, admiten la utilización del tradicional conocimiento de embarque u otros documentos que acrediten el recibo de las mercancías a ser transportadas (carta de porte marítimo o similares), impreso en papel.

Si bien la Ley de Comercio Marítimo no señala expresamente que el conocimiento de embarque deberá ser un papel (objeto físico), ello puede deducirse de algunas expresiones contenidas en los artículos 232 al 245 *eiusdem*, en la Sección IV sobre Documentos de Transporte, cuando se dice, por ejemplo, que en el conocimiento de embarque el porteador estampará la nota correspondiente, o que debe especificarse el número de ejemplares originales del conocimiento de embarque, y que la firma podrá hacer constar en forma manuscrita, mecánica o electrónica.

Esta utilización de la palabra “electrónica” en el artículo 233 *eiusdem*, es la única mención a la utilización de medios distintos a los tradicionales, en lo que respecta a estos documentos. Aun cuando las especificidades del documento de transporte marítimo se encuentran bastante desarrolladas entre los artículos 232 y 245, ambos inclusive, podemos considerar que en la Ley de Comercio Marítimo venezolana, hay una “zona gris”, en lo que respecta al soporte de los conocimientos de embarque y otros documentos de transporte marítimo, ya que no exige que el documento esté soportado en papel, pero tampoco dispone abiertamente que se pueda emitir esos documentos en formato digital o electrónico.

Por el contrario, las Leyes de Rotterdam sí disponen, de manera expresa, que pueden usarse ambas formas de emitir el documento de transporte: tanto el tradicional en papel, al que se refiere como “documento de transporte”, como un novedoso docu-

mento electrónico, al que denomina “documento electrónico de transporte”, y establece qué condiciones debencumplir éstos últimos, según se evidencia en los artículos 8, 9 y 10, del Convenio. El Convenio también establece en su artículo 35, que el cargador tiene la opción de solicitar alporteador, un documento de transporte, electrónico o no, y negociable, o no negociable. Adicionalmente, la regulación del documento de transporte, electrónico o no, negociable o no, es bastante extensa y detallada, encontrándose plasmada entre los artículos 35 y 42, ambos inclusive.

En este sentido, la adopción de las Reglas de Rotterdam en Venezuela, supondría superar esa “zona gris” de la Ley de Comercio Marítimo, permitiendo de manera expresa la utilización de documentos de transporte electrónico, lo que implicaría un adelanto y modernización del tema documental en materia de transporte marítimo en nuestro país.

En relación con el contrato de transporte marítimo, tanto en las Reglas de Rotterdam, como en la Ley de Comercio Marítimo venezolana, se desarrollan ampliamente diversos aspectos del mismo. Sin embargo, en este trabajo, nos limitaremos a examinar las disposiciones de ambos instrumentos jurídicos, solo desde el punto de vista de las obligaciones de las partes contratantes, lo que consideramos que es el aspecto fundamental de tales contratos.

2.5. Obligaciones de las Partes Contratantes

A continuación, examinaremos un punto medular del contrato de transporte marítimo, como son las obligaciones y responsabilidades que asume cada una de las partes, dentro del mismo, desde el punto de vista del cargador, y del porteador.

2.5.1. Obligaciones y Responsabilidad del Cargador

Principalmente debemos esclarecer el concepto de cargador. En este sentido Codera Martín lo define como:

“...persona o entidad que tiene la obligación de entregar al porteador las cosas objeto del contrato de transporte, debe pagar el porte acordado, salvo que se estipule que lo pague el consignatario, puede interrumpir el transporte, indemnizando al porteador y de variar el destino de las cosas transportadas, siempre que no se aparte de lo acordado...”¹¹.

¹¹ Codera Martín (José M^o), Diccionario de Derecho Mercantil, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982 Pág. 59.

Por su parte, la Ley de Comercio Marítimo expresa que el cargador es toda persona que por sí o por medio de otra ha celebrado un contrato de transporte de mercancías por agua con un porteador.

“toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, ha celebrado con un porteador un contrato de transporte de mercancías por agua. Así mismo, toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, entrega efectivamente las mercancías al porteador.”

Mientras que la Convención lo define como persona que celebre un contrato de transporte con el porteador.

De lo anteriormente expuesto podemos decir entonces que el cargador es aquel que contrate con un porteador para que traslade mercancía por agua, de lo cual surge como consecuencia una serie de obligaciones de relevante importancia, tanto para el cargador como para el porteador.

En este orden de ideas, la Convención prevé en su Capítulo 7 las Obligaciones del cargador, mientras que en la Ley de Comercio Marítimo están contenidas en el Capítulo III, Sección III, indicándose en ambas normas las siguientes obligaciones:

- Entregar las mercancías al porteador para su transporte: El cargador tiene la obligación, salvo pacto en contrario, de poner a disposición del porteador la mercancía preparada para su transporte, en el tiempo, forma y lugar determinado contractualmente.
- En esta entrega se utilizan los INCOTERMS para definir las responsabilidades de los exportadores e importadores en el arreglo del traslado por agua.
- Carga y Descarga: En este punto podemos observar una oposición entre las dos normas, puesto que de acuerdo a la Ley de Comercio Marítimo el porteador es quien asume todos los gastos de las operaciones de carga y descarga, y en el Convenio se señala que el cargador debe entregar las
- mercancías con diligencia y acondicionadas, incluidas las operaciones de carga y descarga.
- Identificación o Descripción de la Mercancía: El cargador tiene la obligación de facilitar al porteador, toda clase de información como cantidad, marca, peso o volumen o cualquier otro documento considerado “razonablemente necesario” de las mercancías
- Información requerida para formular los datos del contrato: Asimismo, el cargador está obligado a suministrar en el momento preciso la información necesaria para los datos del contrato, como su identificación, el nombre del destinatario, etc.

- **Mercancías Peligrosas:** Si las características o la naturaleza de las mercancías a trasladadas, son peligrosas debe el cargador informar al portador antes de que sean entregadas a este.

Sobre este particular, podemos entonces afirmar que las disposiciones de ambos instrumentos, en lo que respecta a las obligaciones del cargador, son bastante similares, destacando como diferencia solo a quién corresponden los gastos de carga y descarga, ya que, en la Ley de Comercio Marítimo, esta obligación es del porteador, mientras que en las Reglas de Rotterdam son del cargador.

Este aspecto, si bien puede generar una carga económica importante para la parte que la asuma, se trata de un aspecto de la operación de transporte que puede ser negociado entre las partes que suscriben el contrato, y modificarlo según su voluntad, por lo que solo adquiriría relevancia, en ausencia de una estipulación expresa en el contrato, de quién debe correr con estos gastos.

2.5.2. Obligaciones y Responsabilidad del Porteador

Sabemos que uno de los principales objetivos de estas normas pudiese ser el de establecer un régimen de responsabilidad del porteador en función de los daños que pueda este ocasionar en virtud de la prestación del transporte, lo que a su vez permite establecer una seguridad jurídica a los cargadores.

Hemos establecido que las Reglas de Rotterdam buscan obtener una regulación uniforme en esta materia que lleva consigo distintas modalidades de transporte, diferenciándose en este punto a nuestra legislación, que a partir de la Sección II, señala minuciosamente las obligaciones y responsabilidades a las que hacemos mención en esta parte.

Además, entendemos que Venezuela no es Estado parte de ninguna de las convenciones que regulan la limitación de responsabilidad, por lo que solo es aplicable la legislación nacional como hemos mencionado antes, referente a la Ley de Comercio Marítimo de 2006.

Por lo anterior expuesto, en comparación con las Leyes de Rotterdam, la primera distinción la podemos observar en el art. 202¹² de la Ley de Comercio Marítimo, porque pareciera que la responsabilidad plena es desde el momento que la mercancía está en el lugar de Carga bajo su custodia, y si leemos el art. 12¹³ de las Leyes de Rotterdam, en su

¹² Ley de Comercio Marítimo venezolano, Artículo 202: “La responsabilidad del porteador por las mercancías abarca el período en el cual están bajo la custodia de éste en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga.”

¹³ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marí-

numeral 1, señala que “desde que el porteador reciba la mercancía”, por lo que pudiese surgir duda, en cuanto al inicio del momento de la responsabilidad.

Asimismo, en las Reglas de Rotterdam, se evidencia que la responsabilidad del porteador está enfocada en la etapa de custodia, haciendo énfasis particular en: la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías. Es el caso que, el art. 12 señala: “1. El período de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega”¹⁴.

Sin embargo, la legislación venezolana en cuanto al régimen de responsabilidad y obligaciones del porteador se entiende que fue influenciada por la Convención sobre la Limitación de Responsabilidad en materia de Acreencias Marítimas de 1976, y si nos referimos a las Reglas de Rotterdam y la Ley de Comercio Marítimo, podemos decir que se han fundamentado en las disposiciones de Las Reglas de la Haya.

El art. 219 de la Ley de Comercio Marítimo, prohíbe al porteador exonerar o disminuir su responsabilidad de forma distinta a la prevista en ese régimen y si lo concatenamos con el art. 41 *eiusdem*, el cual establece que “El armador podrá limitar contractualmente su responsabilidad, salvo expresa prohibición legal”, habría que realizar un análisis detallado en cuanto a verificar si en efecto la ley permitiría o no, una limitación de la responsabilidad.

Para lo anterior se revisó la Sentencia de fecha 16 de enero de 2017, dictada por el Tribunal Superior Marítimo, en el expediente 2016-000449¹⁵, donde se estableció en otras palabras que en consideración con el artículo 41 de la Ley de Comercio Marítimo, en su relación con los Arts. 211 y 219 *ejusdem*, se entendió que el porteador no debía limitar su responsabilidad “por tonelaje o volumen”, de contrario en los casos en los que no se aplique el régimen de responsabilidad imperativo contemplado en la normativa mencionada, en lo relativo al transporte de mercancías por agua.

timo, Artículo 12: “El período de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega. 2.

a) Si la ley o los reglamentos aplicables en el lugar de la recepción exigen que las mercancías sean entregadas a una autoridad o a un tercero de quien el porteador pueda recogerlas, el período de responsabilidad del porteador comenzará cuando el porteador las recoja de dicha autoridad o tercero. b) Si la ley o los reglamentos aplicables en el lugar de la entrega exigen que el porteador entregue las mercancías a una autoridad o a un tercero de quien el destinatario pueda recogerlas, el período de responsabilidad del porteador terminará cuando las entregue a dicha autoridad o tercero. 3. Para la determinación del período de responsabilidad, las partes podrán estipular el momento y el lugar de la recepción y la entrega, pero será nula toda cláusula del contrato de transporte en la medida en que disponga que: a) El momento de la recepción de las mercancías es posterior al inicio de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte; o b) El momento de la entrega de las mercancías es anterior a la finalización de la operación final de descarga con arreglo al contrato de transporte.”

¹⁴ Álvarez Ledo, Tulio. Derecho Marítimo, Tomo I. Segunda Edición, Caracas, 2007. p.576 al 578.

¹⁵ El texto de la STC de 16 de enero de 2017 de octubre, exp. 2016-000449 se entendió que el porteador no debía limitar su responsabilidad “por tonelaje o volumen”.

En virtud de lo anterior, la Legislación venezolana dispone que el porteador podrá limitar su responsabilidad a una cantidad equivalente y en ningún caso se excederá el límite por lo que aplica el límite más elevado, pero este beneficio al límite de la responsabilidad se puede decir que desobedecería, en conjunto con las Normas Las Reglas de la Haya-Visby, en condiciones de desfavorecidas a aquél que alegue su derecho de limitación.

Por otra parte, es menester destacar que nuestra legislación establece que las relaciones entre el porteador y el cargador son de carácter contractual, razón por la cual la responsabilidad pudiese estar enfocada en el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato.

Asimismo, se pudo entender que en lo que respecta a las obligaciones del porteador, las Reglas de Rotterdam y la Ley de Comercio Marítimo se fundamentan en las disposiciones de Las Reglas de la Haya-Visby.

CONCLUSIONES

Ante lo anterior expuesto, se nos hace importante destacar que el objetivo principal de las Reglas de Rotterdam es mostrar un panorama más amplio y moderno sobre las normas internacionales en materia de Derecho Marítimo y el transporte de mercancía por mar, cuyo

fin es optimizar o lograr una uniformidad en virtud de la existencia de tantas regulaciones, que a estos efectos se consideran antiguas y poco adaptadas a la realidad.

Es el caso que las Reglas de Rotterdam han reemplazado disposiciones como las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, estas últimas que han servido como referencia para nuestra actual legislación venezolana en materia de Comercio Marítimo.

Luego de una exhaustiva revisión y lectura del Convenio, podemos afirmar que el mismo establece un régimen jurídico bastante completo, que enfoca de manera concisa los derechos y obligaciones de los cargadores, porteadores, todo ello, en aras de establecer una gran seguridad jurídica a las partes contratantes, que, si bien no estamos negando que nuestra legislación carezca de ella, sin embargo, asumimos con responsabilidad que hace falta adaptarlas a la realidad.

Y más que adaptarlas a la realidad, podemos afirmar que, de nuestra legislación adoptar el Convenio podríamos estar en presencia de formar parte de todos aquellos Estados que lo han suscrito, por lo que facilitaría y coadyuvaría a establecer e impulsar las contrataciones en materia marítima en nuestro país porque de tal forma estaríamos sujetos a una uniformidad en materia de contrato de transporte internacional de mercancías, total o parcialmente marítimo.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Ledo, Tulio. *Derecho Marítimo*. Caracas: Tomo I. Segunda, 2007.

«Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo.» New York, 2008.

Martin, Codera. *Diccionario de Derecho Mercantil*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982.

Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil *Internacional*. s.f.

https://uncitral.un.org/es/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules (último acceso: diciembre de 2023).

Una respuesta latinoamericana a la Declaración de Montevideo. «Las Reglas de Rotterdam.» 27 de Octubre de 2010.

Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %

Joaquím Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 433-473

Resumen: Los abusos de los socios en sociedades mercantiles con una participación igualitaria 50 % - 50 % se deben fundamentalmente a la falta de una regulación contractual o estatutaria que contemple y resuelva de forma eficaz las situaciones de bloqueo en materia societaria. La normativa mercantil española ni la venezolana han establecido una normativa para lograr una solución equitativa y eficiente para solventar las situaciones de paralización o de bloqueo en sociedades de capital con socios que poseen una participación igualitaria de un 50 % - 50 %. Pero la práctica mercantil y la doctrina han encontrado soluciones contractuales que sirven de ayuda para resolver estos impases entre socios en caso de bloqueo.

Palabras clave: socios, participación igualitaria, bloqueo, objeto social, paralización, pacto para social, estatutos sociales.

Anti-deadlock clauses in commercial companies with 50 % - 50 % equal participation

Abstract: *The abuses by partners in commercial companies with an equal 50 % - 50 % participation are fundamentally due to the lack of contractual or statutory regulation that effectively contemplates and resolves deadlock situations in corporate matters. Neither Spanish nor Venezuelan commercial law has established regulations to achieve an equitable and efficient solution to resolve paralysis or deadlock situations in equity companies where partners have an equal 50 % - 50 % participation. However, commercial practice and doctrine have found contractual solutions that help resolve these impasses between partners in the event of a deadlock. .*

Keywords: *partners, equal participation, deadlock, corporate purpose, standstill, shareholders' agreement, corporate bylaws.*

Recibido: 20/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Titulo de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %

Joaquím Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 433-473

Los pactos y acuerdos eficientes son aquellos que maximizan el valor total para ambas partes.

Richard Posner¹

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post.* 2. *Características de las cláusulas de desbloqueo ex-post.* 3. *Tipos de cláusulas de desbloqueo ex-post:* 3.1. *Cláusula de la ruleta rusa (Russian roulette);* 3.2. *Cláusula del Tiro Tejano (Texas shoot-out);* 3.3. *Cláusula del Tiro Mejicano (Shot-gun clause);* 3.4. *La cláusula de la Subasta Holandesa (Dutch auction);* 3.5. *Cláusula Andorrana,* 3.6. *Cláusula del Tiro Loco McGraw;* 3.7. *Cláusula de Selección Múltiple (Multi-choice procedure);* 3.8. *Cláusula de Disuasión (Deterrence approach).* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En las sociedades mercantiles con socios que posee una participación igualitaria 50 % - 50 % es muy típico que se presenten situaciones de bloqueo derivados de los conflictos entre dichos socios. Es frecuente que se produzcan situaciones de bloqueo en las tomas de decisiones, pues al no existir acuerdo por no haberse alcanzado la mayoría necesaria se produce un estado de indecisión que impide tomar las decisiones que se requieren para la eficaz administración y conducción de la actividad empresarial de la sociedad. Estas situaciones de bloqueo o de paralización pueden afectar la propia existencia o viabilidad de la sociedad, todo ello porque ningún socio puede hacer prevalecer su criterio sobre el otro al existir paridad en el control accionario (una participación igualitaria del 50 % - 50 %).

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

¹ Richard A. Posner. *Economic Analysis of Law*, (Boston, Wolters Kluwer Law & Business, 1979), 18-19.

En muchas ocasiones las sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % se encuentran reguladas mediante acuerdos societarios paralelos que operan como un acuerdo societario paralelo, como por ejemplo un acuerdo de accionistas o un contrato de joint venture. En estos acuerdos o pactos paralelos nos encontramos, por lo general, con la inclusión de cláusulas de salida o de desbloqueo, tales como la cláusula de la ruleta rusa o la del tiro tejano, que vienen a corregir ciertas deficiencias derivadas del tipo de control accionarial de tipo igualitario existente.

Los conflictos entre socios igualitarios con participación 50 % - 50 % generan situaciones de bloqueo, paralización o de estancamiento. Dicho bloqueo se materializa en las desavenencias entre los socios que poseen una participación equivalente en el capital social de la compañía que evita la adopción de acuerdos a nivel de la Junta de Socios. En la gran mayoría de ocasiones, este bloqueo suele trasladarse al órgano de administración, ya que el mismo suele ser un reflejo de la composición del capital de la Junta de Socios. Todo ello, a la postre produce la cesación o la paralización de la compañía por verse impedida de llevar cabo el objeto social.

Por tanto, un punto de vital y de enorme trascendencia en la vida y desarrollo de las sociedades mercantiles de participación igualitaria en el capital social lo constituye el mantener vigente y activa la sociedad que, en vista de las situaciones de empate en la toma de decisiones, hacen que constantemente la sociedad esté sometida a situaciones de bloqueo y paralización de sus órganos sociales.

En España, una de las causas legales de disolución de la sociedad que prevé el art. 363.1 d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “Ley de Sociedades de Capital”) es “la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.” Esta causa legal de disolución es la comúnmente conocida como situación de bloqueo societario, que responde a la paralización de manera permanente, definitiva e insuperable de la Junta General de Socios.

En Venezuela, por su parte, tenemos el artículo 340 del Código de Comercio venezolano, el cual establece que: “Las compañías de comercio se disuelven por la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo.” En las sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % las disputas entre socios paritarios conllevan la cesación de la actividad comercial de la sociedad, lo que acarrea su disolución.

Como vemos, el art. 363.1 d) de la Ley de Sociedades de Capital española y el artículo 340 del Código de Comercio venezolano producen un resultado similar en lo que respecta a las situaciones de bloqueo de aquellas sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % que generan una paralización de la actividad societaria, que es la disolución de la sociedad y su posterior liquidación.

Frente a tales situaciones de bloqueo en las sociedades mercantiles cerradas de participación igualitaria, la práctica y la doctrina del derecho societario han creado lo que se conoce como “cláusulas de desbloqueo,” (“*anti-deadlock clauses*”) las cuales son contempladas y reguladas generalmente en los pactos parasociales, que sólo vinculan a los socios que integran dicha sociedad y que han suscrito dicho pacto. Sin embargo, la tendencia actual es el incluir estas cláusulas de desbloqueo en los estatutos sociales de la sociedad. Estas cláusulas de desbloqueo han tenido su origen en sistemas de derecho anglosajón, pero en vista de su naturaleza contractual, la mismas son aplicables a las sociedades mercantiles de sistema de derecho civil como es el sistema español y el venezolano.

Uno de los propósitos del presente trabajo es el tratar de describir estas alternativas contractuales de solución al conflicto que puede presentarse entre socios que posean una participación igualitaria en el capital social de una sociedad mercantil cerrada, esto es, una sociedad que no cotiza en bolsa. Todo ello, tomando en cuenta los graves vacíos que sobre este tema existe actualmente en la legislación de derecho societario en España y Venezuela.

En tal sentido, la doctrina mercantil ha desarrollado para el caso de las sociedades mercantiles cerradas de participación igualitaria las cláusulas de desbloqueo como una solución o al menos como contrapeso al abuso que los socios paritarios pueden ejercer, en vista del poder que poseen para paralizar la sociedad. Estas cláusulas buscan alcanzar una armonía que permita el flujo normal de las operaciones de la sociedad. Estas herramientas de desbloqueo permiten a la sociedad y a los socios afectados el tener instrumentos contractuales a su alcance frente al abuso del socio paritario con poderes de bloqueo. Con base a ello es por lo que en este trabajo abordamos las distintas soluciones contractuales que la doctrina ha planteado para resolver las situaciones de impase o de bloqueo en sociedades mercantiles cerradas con socios que poseen una participación igualitaria.

En particular, en este trabajo nos ocuparemos de determinar los tipos de modelos contractuales de cláusulas de desbloqueo que se emplean una vez que surge la situación de bloqueo (*ex-post*) y que van dirigidas a evitar la disolución de la sociedad y mantenerla viva y a proteger los derechos de los socios afectados por estas situaciones de paralización societaria llevadas a cabo por el consocio que ostenta una participación igualitaria.

En la práctica societaria actual, las cláusulas de desbloqueo constituyen un medio frecuente para resolver las situaciones de estancamiento o bloqueo entre dos socios miembros de una sociedad cerrada con capital dividido de manera paritaria 50 % - 50 %. Aquí explicamos las diferentes variedades de cláusulas de desbloqueo desarrolladas

por la doctrina, en particular la doctrina corporativa estadounidense. Analizaremos sus diferencias, y veremos que las mismas son aplicables bajo el derecho español y venezolano.

Una conducta sistemática de bloqueo por parte de uno de los socios paritarios (titular del 50% del capital) en el correcto funcionamiento de la entidad constituye una manifestación clara de la ausencia de *affectio societatis* de parte del socio bloqueador, ya que esta conducta de bloqueo suele ser considerada como un abuso de derecho por parte del socio bloqueador. El contrato societario sin la existencia del elemento *affectio societatis* conlleva la resolución de dicha relación. Además, la doctrina del abuso de derecho, aplicable a estos casos, no ofrece un remedio eficiente para resolver el conflicto entre socios paritarios. De ahí la necesidad de incorporar, desde los pactos parasociales, medidas contractuales, como las cláusulas de desbloqueo que permitan la compra forzosa de las participaciones del socio bloqueador que actúa en abuso de derecho, a fin de conservar la sociedad y la actividad empresarial que constituye su objeto social.

1. Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post

El factor que activa las cláusulas de desbloqueo es la existencia de una situación de estancamiento, paralización o bloqueo que impide a la sociedad operar (es decir, implementar las decisiones importantes). A través de estas cláusulas de desbloqueo los socios pactan que, en caso de bloqueo o paralización, cualquiera de los socios puede activar dicha cláusula y adquirir las participaciones (ya sean acciones o cuotas) del otro socio. Las cláusulas de desbloqueo se establecen y celebran, usualmente, con el fin de mantener el control de la sociedad en manos de los socios fundadores, evitando que un tercero ajeno se inmiscuya en la propiedad de la sociedad.

Existen diferentes formas de cláusulas de desbloqueo. A menudo, las cláusulas de desbloqueo se pueden agrupar en dos tipos, a saber, las que tienden a prevenir el bloqueo y las que tienden a solucionar las situaciones de bloqueo o estancamiento de la sociedad mercantil una vez que surgen. Por tanto, las cláusulas de desbloqueo pueden operar como mecanismos *ex-ante* a la situación de bloqueo o como mecanismos *ex-post*, una vez surgida la situación de bloqueo. Los mecanismos *ex-ante* son una herramienta parasocial y/o societaria con el fin de que los socios de una sociedad puedan impedir, dentro de lo posible, el surgimiento de situaciones de bloqueo o de empate. Por su lado, los mecanismos *ex-post* son herramientas parasociales y/o societarias que se aplican una vez producida la paralización de la sociedad y que facilitan la salida de los socios en el caso de que se produzca dicha situación de empate, bloqueo o de paralización social.

En este artículo nos enfocáramos a analizar las cláusulas de desbloqueo ex-post y sus distintos tipos. Las cláusulas de desbloqueo ex-post son aquellas que se activan una vez originada la situación de empate o de bloqueo, y que se emplean con la finalidad de impedir la disolución y posterior liquidación de la sociedad. Primero que nada, debe tenerse en cuenta que cualquiera de los socios está facultado para, en un plazo determinado a contar desde el surgimiento del evento de paralización del órgano societario, notificar al consocio antes de la puesta en marcha del mecanismo de la cláusula de desbloqueo.

La situación de bloqueo a menudo está precedida por largas disputas legales entre los socios, con altos costos para ellos. Además, estas situaciones suelen provocar una pérdida de enfoque en el negocio. Las situaciones de bloqueo a menudo comprometen la continuidad de las actividades comerciales de la sociedad y, en última instancia, pueden conducir a la disolución total o parcial de la sociedad.

Con la intención de buscar formas de resolver los bloqueos que surjan en la sociedad, la doctrina societaria utiliza varios recursos de naturaleza contractual, y que son las denominadas cláusulas de desbloqueo. La función principal de las cláusulas de desbloqueo, en sus distintas modalidades, es resolver conflictos y disputas societarias sin que los socios tengan que recurrir al Poder Judicial o incluso a los tribunales o cortes de arbitraje. Las cláusulas de desbloqueo constituyen mecanismos de autocomposición para la resolución de conflictos.

Observamos que la práctica societaria demuestra que los operadores en el mercado cada vez más utilizan las cláusulas de desbloqueo como una forma de preacuerdo, en donde se aplicará las cláusulas de desbloqueo correspondiente para resolver el conflicto o situación de bloqueo que ha surgido.

Es habitual que los socios regulen en los acuerdos parasociales o en los estatutos sociales los mecanismos para solventar las situaciones de bloqueo o los enfrentamientos entre los socios una vez que éstas surjan.

El procedimiento de las cláusulas de desbloqueo ex-post, esto es, aquellas que se activan “después del hecho que genera el bloqueo” o “después del evento que generó la paralización de la sociedad” puede tomar varias formas y una de las principales diferencias entre una forma de solución y otra está en el mecanismo para determinar el precio.

Las cláusulas de desbloqueo mediante el mecanismo ex-post es un sistema complejo de opciones de compra alternativas sobre las acciones o participaciones sociales.²

² E. Herzfeld. *Joint-ventures*, 2.^a ed. (Bristol: Jordans, 1989), 48.

Existen, en realidad, distintas variantes de cláusulas de desbloqueo ex-post, aunque el dispositivo de base es siempre idéntico. Concretamente, las cláusulas de desbloqueo mediante el mecanismo ex-post es un procedimiento de adjudicación privada, a activar después de la aparición de una situación de bloqueo en la sociedad, mediante el cual el socio que activa la cláusula adquiere las participaciones del otro socio.³ Por ello, podemos decir que las cláusulas de desbloqueo ex-post son mecanismos de salida forzosa conformados por un sistema complejo de opciones de compra alternativas sobre las participaciones de la sociedad.⁴

2. Características de las cláusulas de desbloqueo ex-post

La base para la constitución de sociedad es la existencia de un interés común y la existencia de una relación de confianza entre los socios de la sociedad. En el supuesto que emanen conflictos entre los socios en una etapa ulterior a la creación y constitución de la sociedad, esto puede comprometer gravemente el proceso de toma de decisiones, que es vital para el buen desenvolvimiento y fomento del negocio y del objeto social de la sociedad mercantil. En sociedades con una participación accionarial del 50/50, se pueden generar bloqueos en la toma de decisiones que pueden conllevar a una paralización completa de la sociedad. Estos bloqueos se pueden solventar mediante la imposición de medidas contractuales muy empleadas en el derecho societario, entre ellos las conocida cláusulas de desbloqueo (*anti-deadlock clauses*).

El aspecto principal de las cláusulas de desbloqueo ex-post es que son mecanismos de terminación de la situación de bloqueo. El principio que subyace en estos mecanismos de terminación es que si estamos ante una sociedad cuyo negocio es exitoso, dicha sociedad no debería ser destruida por el hecho que los dos socios son incapaces de ponerse de acuerdo en solucionar un tema esencial.⁵ El valor que genera la sociedad como negocio en marcha debe ser preservado por los socios, y una manera razonable de encontrar una solución que permita la supervivencia de la sociedad es que uno de los socios pueda adquirir las participaciones del otro socio.

Una de las ventajas fundamentales de la cláusula de desbloqueo es la rapidez del proceso de solución del conflicto de bloqueo, ya que permite obtener la salida del socio que menos valora la empresa y la garantía de que se pague un precio razonable por las participaciones vendidas. La posibilidad de tener regulado en el pacto parasocial o en los estatutos sociales que un socio pueda salir de la sociedad a corto plazo motiva a los

³ J.J. Daigre y M. Sentilles-Dupont. *Pactes d'actionnaires* (París: Gln Joly, 1995), 59.

⁴ M. Medina de Lemus. *Contratos de comercio exterior* (Madrid: Dykinson, 1998), 93.

⁵ Sebastien Prat. *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières* (Paris V: Litec, 1992), n° 158 et s., 92-93.

socios para llegar a un acuerdo en el caso de un conflicto o bloqueo, pues saben que, si no negocian una solución, pueden verse fuera de la sociedad en caso de activación de la cláusula de desbloqueo.

Una disposición típica de cláusula de desbloqueo tiene por objeto garantizar que el precio pagado por la transferencia de participaciones es justo y que los socios sólo recurren a la utilización del procedimiento si no son capaces de seguir trabajando juntos o son incapaces de resolver la situación de bloqueo de manera amistosa. Sin embargo, estas disposiciones por lo general sólo funcionan si ambos socios poseen la misma capacidad financiera, ya que estos arreglos son propensos a favorecer al socio que financieramente es más fuerte o está más involucrado en el negocio. En efecto, el procedimiento de la cláusula de desbloqueo es propenso a favorecer al socio que financieramente es más fuerte o está más involucrados en el negocio. La eficiencia de las cláusulas de desbloqueo sólo se generaría en “situaciones de paridad financiera entre los socios, sino el socio con más medios económicos podría verse tentado a forzar una situación de bloqueo con tal de obligar al otro socio a vender sus participaciones sociales a un precio menor al de mercado.”⁶

Por tanto, uno de los problemas que pueden derivarse de estas cláusulas es que pueden generar distorsiones en el precio de venta de las participaciones, debido a la posible asimetría en el poder económico que pueda surgir entre los socios.⁷ Empero, un sector de la doctrina sugiere que, al redactar la cláusula, la misma conceda al socio económicamente débil un plazo suficiente para negociar financiación externa y así poder responder a la oferta.⁸ De modo que, si la propuesta presentada es demasiado baja, habrá tiempo suficiente para buscar financiamiento y comprar al socio oferente que quería abusar de la situación económica del socio receptor.

Otra desventaja de las cláusulas de desbloqueo es la falta de previsibilidad que aportan; ningún socio sabe de antemano si el mecanismo de activación de una cláusula de desbloqueo va a terminar en su salida de la empresa o hacer que el socio que le haya activado se convierta en el único socio de la sociedad. Las cláusulas de desbloqueo

⁶ Carlos Martínez Lizán. *Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias*. (Madrid, Legal Today. 2010). <https://www.legaltoday.com>. y Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. “*Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*”, *La Ley*, N° 8.610, 2015

⁷ En opinión del Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13), la cláusula de la ruleta rusa no es válida, si uno de los dos socios involucrados no ha estado, desde el momento de creación y constitución de la sociedad, con una capacidad financiera suficiente capaz de responder al otro socio que emitió una oferta para adquirir o vender sus participaciones. Asimismo, señalo el Juez que una cláusula de ruleta rusa es inválida, si durante la vida de la sociedad la capacidad económica de los dos socios involucrados diverge con el tiempo.

⁸ Las estrategias de salida, como es el caso de la cláusula de la ruleta rusa, deben ser reguladas y redactadas de manera adecuada para evitar el riesgo de que las mismas constituyan la imposición de penalidades. Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13)

son el último recurso, ya que, una vez activada la cláusula de salida, el acuerdo de empresa conjunta o la alianza termina y un socio adquiere el 100% de la sociedad mercantil conjunta. En el momento de activar la cláusula de desbloqueo se debe tomar en consideración la posición de liquidez actual y futura de los socios, ya que el socio que posea menor liquidez podría resultar ser forzado a salir de la sociedad y recibir como pago por su participación en la sociedad un precio inferior al invertido al momento de su constitución. Es por ello que se necesita garantizar que los socios tendrán acceso a la liquidez para garantizar que la operación de compra-venta bajo esta cláusula de desbloqueo no será manipulada por el socio que posee mayor capacidad económica en contra del socio con capacidad financiera menor pudiendo desencadenar la activación de este mecanismo de venta con el fin de comprar la empresa a un precio de descuento.⁹

Una vez ejecutado la cláusula de desbloqueo, la sociedad dejará de ser una sociedad bajo control conjunto y pasará a estar bajo el control de un socio, y a cambio no hay necesidad de liquidar la sociedad. Y desde un punto de vista procesal y legal la compañía continúa siendo la misma de antes.

Las cláusulas de desbloqueo son mecanismos contractuales para resolver los impases societarios y a pesar de tener algunas variaciones en su redacción contractual, tienen el mismo efecto, y que todas ellas presuponen la resolución del bloqueo societario a través de la retirada de uno de los socios, y en donde el consocio que activa la cláusula pasará a ostentar todas las participaciones de la sociedad.

Al revisar la estructura de las distintas cláusulas de desbloqueo existentes, hemos podido determinar que ni la legislación española ni la venezolana, existe prohibición alguna sobre el uso de estas cláusulas como mecanismo para la resolución de disputas resultantes de situaciones de bloqueo o paralización de los órganos societarios que sean de carácter insalvables o relevantes. Estas cláusulas de desbloqueo pueden ser empleadas tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades limitadas. Y se recomienda su aplicación en las sociedades mercantiles cerradas no cotizadas (ya sea anónimas o limitadas) de participación igualitaria (50 % - 50 %).

Las cláusulas de desbloqueo son consideradas como una herramienta contractual atípica, pues no están reguladas ni en el sistema español ni en el venezolano, para la solución de impases societarios. Por tanto, el contenido de las cláusulas de desbloqueo suele ser interpretadas y reguladas por las normas generales del derecho societario y del derecho civil, más concretamente en lo que respecta a la parte del derecho de obligaciones.

⁹ **Luis Fernández del Pozo.** *Un apunte sobre los posibles mecanismos societarios previstos en estatutos para romper el empate (tie-break provisions).* Madrid. Revista La Ley Mercantil, N° 35 (marzo).

En el derecho español ni en el venezolano se prohíbe el uso de las cláusulas de desbloqueo. Por lo tanto, típicas de la práctica empresarial norteamericana, se reproduzcan en los estatutos sociales o en los acuerdos de socios. Esta práctica se ha vuelto cada vez más recurrente en las transacciones corporativas, y la cláusula de desbloqueo suele contener la redacción más diversa y con una serie de ritos y protocolos para su aplicación. Por tanto, entendemos que las cláusulas de desbloqueo son admitidas por el sistema legal español y venezolano. Sin embargo, es preciso actuar con cuidado a la hora de negociar la inserción de una cláusula de desbloqueo a nivel estatutario o en un pacto de socios.

3. Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post

A continuación, veremos varios tipos de cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post que son las más empleadas por la práctica societaria de derecho comparado y que son aplicables en el derecho español y venezolano. Estas cláusulas pueden ser regulados en los propios estatutos sociales de la sociedad o en los pactos parasociales.

3.1. Cláusula de la ruleta rusa (Russian Roulette)

3.1.1. Aspectos generales

La cláusula de la ruleta rusa se refiere a una alternativa para solventar una situación de bloqueo societario a través del establecimiento entre los socios de un pacto por el que un socio podrá ofrecer al otro socio, para que este último bien compre las participaciones del primero o bien venda sus propias participaciones al primero, todo ello al precio que el primero, como ofertante, determine. Frente a dicha situación, el socio receptor de la oferta tiene dos opciones: aceptar cualquiera de las ofertas realizadas por el socio ofertante, esto es, la oferta de compra o la de venta o, por otra parte, realizar una contraoferta mediante la cual podría bien obligar al primer ofertante a vender sus participaciones al precio que él mismo ofreció inicialmente.

La cláusula de la ruleta rusa, una vez ocurrida la situación de bloqueo, conlleva que el oferente formaliza su propuesta con base en un valor razonable para la venta de sus participaciones al otro socio, principalmente porque al final el socio oferente puede resultar obligado a comprar las participaciones del otro socio por el mismo precio sugerido en su oferta de venta.

La lógica y el sentido común indica que el socio oferente no debe valorar la participación del otro socio por un precio muy por encima del valor real de mercado del activo, pues de lo contrario podría incurrir en el riesgo de estimular al otro socio a venderla en esas condiciones y el socio estaría obligado a comprarlas. La propuesta

no debe contemplar un precio más elevado al valor del mercado, pues en este sentido el socio oferente puede verse obligado a comprar las participaciones del socio receptor (en caso de que rechace la oferta) y pagar un precio que va más allá del valor razonable de la participación objeto de la oferta.

La cláusula de la ruleta rusa (Russian Roulette), se puede definir como aquella operación según la cual uno de los socios miembro de la sociedad requiere al otro socio a fin de que le adquiera las participaciones de aquél en la sociedad a un precio determinado por el socio oferente o, de forma alternativa, le enajene sus participaciones por ese importe.¹⁰

El procedimiento de la cláusula de la ruleta rusa está estructurado de la siguiente forma: El Socio A (el socio que desea salir o hacerse cargo de la empresa) inicia el procedimiento al hacer una oferta, para vender todas sus participaciones al Socio B, o para la comprar todas las participaciones del Socio B por un precio específico. El Socio B a continuación, puede decidir libremente si comprar o vender.

Por tanto, en el caso de la cláusula de la ruleta rusa, como consecuencia de una situación de bloqueo o conflicto regulado en el pacto de socios, uno de los socios notificará al otro socio que compre o venda sus participaciones por un determinado precio. El socio notificante indicará las condiciones que considere factibles a los efectos de la implementación de la cláusula, dando tiempo al socio notificado para que decida si compra las participaciones ofrecidas por el socio oferente o le venda sus participaciones, en las condiciones que se presentan en la oferta. El socio notificado, a su vez, tendrá la opción, y le corresponde decidir si se retira de la sociedad, vendiendo sus participaciones al oferente, o si continúa en ella, adquiriendo las participaciones del oferente.

Se debe tener precaución al usar esta cláusula para asegurar su correcta aplicación, especialmente en situaciones donde ambos socios desean mantener el control de la sociedad. Una vez que el socio notificado acepte la oferta, el notificante también debe aceptarla, y ambos deben llevar a cabo los actos documentales necesarios para completar la elección.

Por su formato, la cláusula ruleta de la rusa tiende a obligar al notificante a establecer un precio justo por el valor de las participaciones, ya que el ofertante puede verse obligado a comprar las participaciones del otro socio al precio indicado (precio por encima del precio de mercado) o, por el contrario, estar obligado vender sus participaciones al socio notificado (precio por debajo al precio de mercado).

¹⁰ Carlos Martínez Lizán. *Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias*. (Madrid, Legal Today. 2010). <https://www.legaltoday.com>

La cláusula de la ruleta rusa tiene como fin la salida de una de uno de los socios de la sociedad, por lo que, si a pesar de la situación de bloqueo o conflicto, los socios pretenden seguir manteniendo la relación societaria, deben evitar utilizar esta cláusula de venta forzosa (shot-gun). Los socios, en tal caso, deberán buscar otros medios para solventar el bloqueo, ya sea la mediación o el arbitraje.¹¹

Las condiciones que deben estar establecidas en la cláusula de la ruleta rusa consisten: (i) en que exista una situación de bloqueo;¹² y (ii) que un socio notifique al otro socio para que compre las participaciones del socio notificador o venda sus participaciones por el valor y las condiciones establecidos en la oferta. El socio notificado tendrá un plazo para ejercitar su decisión de elección, sin embargo, la elección tomada dará lugar: (a) bien a la obligación de adquirir las participaciones del socio notificante; o (b) a vender sus participaciones en las mismas condiciones que establecida oferta, y con ello termine retirándose de la sociedad.

Dado que, en principio, la decisión de venta o de adquisición de las participaciones será del receptor de la oferta, esta cláusula garantiza que siempre exista un equilibrio en las condiciones propuestas presentadas por el oferente, pues el socio oferente tenderá a atribuir un valor razonable a las participaciones. Esto se debe a que, si el socio oferente realiza una valoración por debajo del precio de mercado, puede estimular al receptor de la oferta a adquirir sus participaciones, a la inversa, si asigna un valor muy alto a las participaciones, puede estimular al oferente a vender sus participaciones, estando el oferente obligado a adquirirlas al precio indicado. Aun así, tales condiciones no eximen la ocurrencia de distorsiones en el valor de la participación debido al poder económico que suele tener el socio que emite la oferta.

También es de destacar que la activación de la cláusula de la ruleta rusa en las sociedades mercantiles suele conllevar la salida de uno de los socios, ya que el uso de la cláusula es una clara señal de que las cosas no van bien en la relación entre los socios.”¹³

¹¹ Juan Carlos López-Hermoso Agius. *Mecanismos de desbloqueo societario*. Junio de 2016. Sección de Derecho Mercantil. AEDAF (Asociación Española de Asesores Fiscales) Disponible en: <http://www.padillayasociados.es> (Consultado el 11/03/2021).

¹² El Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13), ha sostenido que una cláusula de ruleta rusa es válida. Aunque el Tribunal Federal de Justicia ha manifestado que las cláusulas, que otorgan a un socio el derecho de terminar y salir de una compañía en ausencia de circunstancias especiales son contrarias al orden público y, por tanto, considera inválida el contenido de una cláusula de la ruleta rusa. No obstante, pareciera aceptar la validez de estas cláusulas, en aquellos casos que conlleven la resolución de una situación de bloqueo en sociedades que posean una estructura accionarial de 50/50 socios.

¹³ Sentencia del Tribunal de Roma n. 19708 del 19 de octubre de 2017

3.1.2. Estructura de la cláusula de la ruleta rusa

La cláusula de la ruleta rusa es una cláusula de desbloqueo que suele ser utilizada con bastante regularidad en los pactos parasociales, y que se aplica en las sociedades mercantiles cerradas en donde los socios poseen un control accionarial equivalente o son socios de igual jerarquía. Algunos autores señalan que la cláusula de la ruleta rusa es una solución draconiana a una situación de bloqueo, en la cual uno de los dos socios bloqueados debe dar un aviso de notificación de venta o compra de participaciones del otro socio, y en donde el socio que notifica fija un precio en efectivo calculado con base al valor del negocio. El socio que recibe la notificación tiene entonces la opción de comprar o vender al otro socio su participación en la sociedad a ese precio. La estructura de esta cláusula va de alguna manera dirigida para disuadir el uso de tácticas abusivas por parte de los socios y garantizar que el precio ofrecido por las participaciones sea un precio justo.¹⁴

En la cláusula de la “ruleta rusa”, el precio de la oferta constituye un aspecto importante. En concreto, el precio de la oferta juega un doble papel, es decir, inicialmente es el precio de compra del oferente, pero posteriormente, en caso de rechazo de la oferta, se transforma en el precio de venta del oferente. Así, cuando el oferente inicia el proceso de la cláusula de la “ruleta rusa” con un determinado precio de oferta, se crea una obligación bilateral, el oferente está obligado a vender o a comprar, respectivamente, dependiendo de la aceptación o rechazo de la oferta por parte del socio destinatario. El rechazo de la oferta por parte del socio destinatario de la oferta desencadena el requisito recíproco de que el oferente compre las participaciones del socio destinatario de la oferta al mismo precio de oferta. Por lo tanto, en lugar de definir la oferta inicial como propuesta para vender, se define como una propuesta para comprar.

El mayor problema con esta cláusula es decidir quién de los socios posee el derecho a notificar la activación de la cláusula de la ruleta rusa. Por lo general, ambos socios tienen el derecho activar la cláusula y el socio que notifica inicia el proceso.

Una disposición típica de la ruleta rusa funciona de la siguiente manera:

El socio (A) se ofrece a vender sus participaciones al socio (B) en la sociedad a un precio especificado por el socio (A). El socio (B) tiene un plazo limitado para comprar las participaciones del socio (A) a dicho precio o, si no desea comprarlas, para venderlas sus participaciones al socio (A) por el mismo precio. Si el socio (B) no

¹⁴ Francisco Antonio Serrano Acitores. *Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...*”. Op. cit. pp. 83 y ss. y I. Hewitt. *Joint Ventures*, 2 ed., New York, Sweet & Maxwell, 2010) 242 y ss. Ver también: Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. *Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*, *La Ley*, Nº 8.610, 2015.

responde dentro del plazo indicado, se puede considerar que el socio (B) ha aceptado la oferta del socio (A) de comprar sus participaciones. Tales disposiciones están diseñadas para garantizar que el precio abonado por la transferencia de las participaciones sea justo y que los socios solo recurran al uso del procedimiento si no son capaces de seguir trabajando juntas. No obstante, estas disposiciones suelen favorecer al socio financieramente más fuerte o más implicada en el negocio. Bajo este mecanismo un socio (el Socio A) ofrece al otro socio (el Socio B) vender sus participaciones bajo ciertos términos y precio. Si el otro socio (el Socio B) no compra las participaciones del Socio A, entonces el Socio B está obligada a enajenar sus participaciones bajo las condiciones y términos ofrecidos por el Socio A en su oferta inicial.¹⁵

La cláusula debe regular con claridad lo que ocurre si el Socio B no toma una decisión dentro de un período específico de tiempo (por ejemplo, falta de comunicación de una decisión puede constituir la aceptación de la oferta). Es importante que el acuerdo de socios establezca cómo se debe interpretar el silencio del socio notificado, así como otras condiciones de la notificación como, por ejemplo, el plazo de respuesta, la forma de pago y la indicación del criterio para la realización de la solicitud, cálculo del valor de las participaciones, entre otros aspectos, que los socios estimen prudentes, considerando las circunstancias de la relación entre ellos. Por lo general, los socios establecen que, si el socio notificado no ejerce la su elección, el oferente podrá elegir si comprar o vender las participaciones del capital social. Por tanto, es de suma importancia que el instrumento contractual (esto es, el acuerdo societario paralelo) regule cómo se interpretará el silencio del socio notificado.

3.2. Cláusula del Tiro Tejano (Texas shoot-out)

3.2.1. Aspectos generales

Bajo este nombre se esconde un método para evitar el bloqueo de una sociedad, en cierta medida, bastante usual en la práctica y que podría resumirse en la siguiente frase: aquel socio que realice la oferta más alta por las participaciones del otro será quien adquiera dichas participaciones y, por ende, seguirá en solitario con la marcha de la sociedad.

La cláusula del tiro tejano proporciona un formato similar al de la cláusula de la ruleta rusa. La diferencia radica en que se inicia por medio de una oferta de adquisición. Esto es: “producido el bloqueo societario, uno de los socios comunica al otro

¹⁵ Francisco Antonio Serrano Acitores. *Mecanismos para solucionar un bloqueo societario*. Revista Lex Mercatoria N° 1, 2015, pp. 83. También Disponible en: <https://www.antonioserranoacitores.com/bloqueo-societario/> 2016 (Consultado el 01/03/2021).

socio su intención de comprar sus participaciones por un precio determinado. El socio que recibe la oferta tiene dos opciones, o bien acepta y vende sus participaciones, o bien lanza una contraoferta para adquirir las participaciones del socio oferente inicial a un precio mayor. Luego nuevamente, se procede, bien al rechazo de la oferta, bien a una nueva propuesta, repitiéndose este proceso tantas veces como sea necesario hasta que el precio resulte atractivo para alguna de los socios.”¹⁶

La disposición del tiro tejano podría llevarse a cabo en sentido contrario, siendo la oferta inicial una oferta de venta en lugar de compra. “Así, el socio que activa la cláusula propone al otro socio la venta de todas sus participaciones por un precio específico. En dicho supuesto, el socio que recibe la oferta deberá decidir si aceptar y comprar las participaciones, o si lanza una contraoferta para vender él sus participaciones a un precio inferior. Tal y como ocurre en el supuesto anterior, las negociaciones pueden alargarse repitiéndose el proceso hasta que uno de los socios esté dispuesto de vender sus participaciones y salir de la sociedad.”¹⁷

La lógica de este tipo de cláusulas es garantizar que el socio que valora más la sociedad permanezca en dicha sociedad y la gestione bajo su control. Es probable que el socio que esté dispuesto a pagar más dinero para obtener el control del negocio esté más dispuesto a asumir riesgos y de esa manera recuperar su inversión. Por lo general, el socio que valora más una sociedad está en mejores condiciones para administrar la sociedad de manera eficiente.

Por otro lado, este tipo de cláusula puede estimular la formulación de propuestas que superen con creces el valor contable o valor razonable de la sociedad, provocando eventuales problemas de liquidez al adjudicatario.

La redacción de la cláusula debe dejar clara la estructura para el cálculo del precio de compra y la forma de pago de dicho precio, siempre que dicha forma de pago sea diferente a la modalidad del pago al contado. En este sentido, también es importante determinar los tipos de garantía que debe ofrecer el comprador, con el fin de minimizar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el comprador a favor del vendedor.

La cláusula del tiro tejano tiene un procedimiento similar al de la cláusula de la ruleta rusa, con algunas diferencias puntuales. En esta cláusula, un socio (A) ofrece un precio para adquirir las participaciones del otro socio (B). El socio (B), dentro del plazo para expresarse, podrá aceptar el precio presentado o, alternativamente, ofrecer un

¹⁶ Patricia Clar Ramírez. *Cláusulas entre socios y mecanismos desbloqueo de las sociedades de capital* (Madrid. Universidad de Comilla. Facultad de Derecho, 2019). Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/> (Consultado el 07/11/2020).

¹⁷ Ibid.

precio superior por las participaciones del socio (A), que, a su vez, podrá realizar una nueva contrapropuesta al socio (B). Este procedimiento se repite tantas veces como los socios estén dispuestas a incrementar el precio de adquisición de las participaciones del otro socio, hasta la definición de cuál adquirirá todas las participaciones de la sociedad.

En consecuencia, en la cláusula del tiro tejanero, el socio (A) ofrece comprar todas las participaciones en poder del socio (B) por un precio específico. El socio (B) puede aceptar esta oferta o hacer una oferta alternativa para comprar la participación del socio (A) por un precio más alto. El mismo derecho se extiende luego al socio (A). Este proceso de oferta y contraoferta culmina a través de muchas ‘rondas’, y cada oferta debe superar la más alta anterior en un porcentaje específico.

Con la cláusula del tiro tejanero se inicia una suerte de procedimiento de subasta, buscando el mejor precio para las cuotas de participación de la sociedad. Al final, el socio que haya realizado la mejor oferta tendrá derecho a adquirir las participaciones del otro. El procedimiento acaba favoreciendo al socio que tiene mayor capacidad económica para realizar la oferta más alta. Por otro lado, con este procedimiento es posible obtener efectivamente el mayor valor posible de la participación en la sociedad.

La ventaja de la cláusula del tiro tejanero es que ofrece una condición más favorable para el ganador, ya que el procedimiento de subasta siempre terminará en algún momento. De modo que una vez terminado el procedimiento de subasta el ganador solo tendrá que pagar el precio ganador para adquirir las participaciones del otro socio.¹⁸

Asimismo, la cláusula del tiro tejanero tiene como ventaja que permite a quienes dejen la sociedad recibir una cantidad mayor, cuando se produzcan las rondas de ofertas. Sin embargo, y considerando la posibilidad de realizar ofertas, la tendencia es que la primera oferta que se haga no suela ser tan justa, como hemos visto en el caso de la cláusula de la ruleta rusa, lo cual es una ventaja de esta cláusula frente a la cláusula de la ruleta rusa.

Si bien este mecanismo da derecho al socio que valora más a la sociedad a asumir el control de la misma, por otro lado, suele favorecer al socio con mayor poder económico. Otro aspecto característico de esta cláusula es que incentiva a los socios a presentar propuestas, atribuyendo un valor a la empresa mayor que el valor de mercado. Es por ello que destacamos la importancia de que en el acuerdo societario paralelo de socios o en los estatutos sociales se regule las condiciones para la determinación del precio para la compra de las cuotas de la sociedad, en caso de que se produzca una situación de bloqueo.

¹⁸ Francisco Antonio Serrano Acitores. “*Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...*”. Op. cit. pp. 84 y ss.

En el sistema llamado del tiro tejano un socio ofrece un precio por las participaciones del otro socio. El otro socio, está entonces obligado a vender u ofrecer un precio más alto por las participaciones del socio oferente original, quien puede aceptar u ofrecer un precio más alto por las participaciones del otro socio, así sucesivamente, hasta que uno de los socios acepte el valor y decida abandonar la sociedad.¹⁹

En la cláusula del tiro tejano, una vez activada, se permite a cada socio presentar una oferta para adquirir las participaciones del otro. La puja más alta se convierte en la oferta ganadora y su oferente se transforma en el propietario del otro 50% de las participaciones, mientras que el socio perdedor debe aceptar la venta de sus participaciones. En consecuencia, en la cláusula de tiro tejano, una vez activada la cláusula, los socios se batan a duelo y efectúan ofertas y contraofertas por las participaciones de la sociedad señalando un precio. Cada socio remite su oferta a la contraparte y el socio de la oferta más alta compra las participaciones del otro socio. La oferta más elevada gana la subasta y el socio que la hizo, debe pagarle dicho precio al otro socio.²⁰

3.2.2. Estructura de la cláusula del tiro tejano

En las cláusulas del tiro tejano el socio interesado en ejercer la opción informa a la otra su voluntad y fija un precio bajo el cual desea adquirir las participaciones del otro socio. El receptor de la notificación debe indicar dentro un período específico de tiempo si está interesado en vender al precio indicado en la oferta o si está interesado en comprar las participaciones del otro socio *a un precio mayor*. La entrega de la notificación en donde se manifiesta el deseo del receptor de comprar las participaciones a un precio mayor confiere a el socio que inició la oferta el derecho a insistir en que se continúe bajo un procedimiento de oferta bajo sobre sellado si el desea comprar las participaciones. El socio que haga la oferta más alta será, entonces, la que tendrá el derecho a comprar las participaciones del otro socio a ese precio más alto.

El empleo de la cláusula de tiro tejano para solucionar las situaciones de bloqueo no son siempre soluciones perfectas y por tanto los socios deben ser conscientes de las consecuencias legales y los riesgos de incluir este tipo de cláusulas en sus pactos para sociales y el emplearlas. En primer lugar, el socio que emita la oferta y envía la

¹⁹ En el caso de *Banner Homes Group Plc v Luff Developments Ltd* y otros el Tribunal entendió que un “Texas shoot-out” es un acuerdo en virtud del cual cualquiera de las partes podría ofrecer sus participaciones a un precio o precios especificado en la oferta, que el otro socio podría aceptar o rechazar. Esto sugeriría un procedimiento más flexible que otros procedimientos como el de la ruleta rusa, donde la negociación sería conseguir el mejor precio para las participaciones que se pretenden comprar. *Banner Homes Group Plc v Luff Developments Ltd* y otros [2000] 2 All ER 117

²⁰ **Vanesa Alarcón y Ana M. Vega Suárez.** *La protección jurídica de los Startups.* La Revista Internacional de derecho práctico: Foro Jurídico Iberoamericano. Disponible en <http://www.forjib.org/proteccion-juridica-de-los-startups> (Consultado el 02/03/2019).

notificación debe estar seguro de que cuenta con los recursos financieros para pagar por las participaciones al final del proceso en el supuesto que el socio receptor de la oferta resuelva no comprar y por el contrario decida vender, porque cláusula de este tipo que estén bien redactadas son vinculantes en caso de que sean infringidas.

Si ninguno de los socios está en condiciones de comprar las participaciones del otro socio, las partes pueden tratar de vender toda la empresa a un tercero, e impedir que la sociedad mercantil pueda entrar en liquidación voluntaria.

Se sugiere, a los fines aprovechar el tiempo, que el valor de las contraofertas sea siempre superior a la oferta anterior en un cierto porcentaje (5% por ejemplo) o en un cierto valor, para evitar que un socio aumente la anterior propuesta por pocos céntimos, alargando el trámite en el tiempo de forma indefinida.

El fundamento económico del mecanismo se centra en la forma en que se va a determinar el precio de las cuotas de participaciones, que facilitarán conocer de antemano cuál de los dos socios posee el derecho de comprar, o de escoger entre enajenar o comprar.²¹

La cláusula del tiro tejano “si cada uno de los dos socios está interesado en adquirir las participaciones del otro socio, entonces efectuará una oferta y el socio que esté presto a abonar un precio más elevado por participación social es el que va a ganar la subasta.”²² Por ende, el proceso involucra a ambos socios, en donde ambos socios presentan una oferta. El socio que haya realizado la oferta más baja deberá vender sus participaciones al mejor postor, quien es el socio que ofertó en el precio más alto.

3.3. Cláusula del tiro mejicano (Shot-gun clause)

3.3.1. Aspectos generales

La cláusula del tiro mejicano es una disposición que es frecuentemente utilizada por los socios en sociedades mercantiles igualitarias con participación del 50 % - 50 %. En este tipo de cláusula, los socios intercambian simultáneamente propuestas de compra o de venta en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor de venta o el valor de adquisición. La parte que resulte ser el mejor postor está obligada a comprar a la otra parte sus participaciones, y la parte que haya realizado la oferta más baja, está obligada a vender. En la cláusula del tiro mejicano, la parte ganadora debe comprar a la parte perdedora sus participaciones por el valor de la oferta más alta. Por tanto, la cláu-

²¹ M. Hoberman, Jason. *Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*. (New York. Colum. Bus. L. Rev. 231, 2001). 244.

²² Carlos Martínez Lizán. “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias...” Op. cit.

sula de la opción mejicana funciona con una lógica similar a la cláusula del tiro tejano, siendo una especie de variación de la misma, en la que las partes intercambian propuestas simultáneas sobre el precio, pero a través de sobres cerrados, sellados y lacrados.

Por tanto, la cláusula del del tiro mejicano funciona, en términos generales, de la siguiente manera: El Socio A y el Socio B convienen en presentar ofertas suministradas bajo sobres sellado ante un tercero independiente, en donde adquiere el derecho a comprar las participaciones de la otra parte, la parte que haya realizado la oferta más alta dentro del sobre sellado o la oferta más razonable (aquella oferta cuyo precio que este más cercano al precio determinado por el tercero designado por las partes). Por lo tanto, este mecanismo implica generalmente que el Socio A y el socio B hacen sus ofertas en un sobre sellado para entrar en un proceso de subasta, y el socio que comunique el precio más alto tiene derecho a comprar las participaciones del consocio.²³

Existen dos tipos o variantes de cláusulas de opción mexicana, a saber:

- i. Cláusulas de tiro mejicano de compra: en determinadas situaciones de bloqueo societario, las partes intercambian simultáneamente propuestas de compra en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor de adquisición. La parte que resulte ser el mejor postor está obligada a comprar a la otra parte sus participaciones.
- ii. Cláusulas de tiro mejicano de venta: en determinadas situaciones de bloqueo societario, las partes intercambian simultáneamente propuestas de venta en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor mínimo que les corresponderá vender su participación. A continuación, los sobres se abren al mismo tiempo y el que tenga el precio más bajo estará obligado a vender su participación en la sociedad al otro socio.

(a) Cláusula de la opción mejicana de compra

Una variante de cláusula de tiro mejicano está en el uso de este mecanismo mediante ofertas que son emitidas de forma secreta. Así las cosas, en una circunstancia de bloqueo 50/50 entre 2 socios, ambos acuden a un fedatario público, por ejemplo, un Notario, y cada uno con un sobre cerrado en el que hay una oferta de compra de participaciones sociales al otro. El notario abre los sobres de forma simultánea de tal forma que el sobre del socio que contenga el precio de compra más alto es el que está obligado a comprar las participaciones sociales del otro socio al precio que este ganador de la compra estipuló.²⁴

²³ M. Hoberman, Jason. *Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*. (New York. Colum. Bus. L. Rev. 231, 2001). 10-26.

²⁴ ¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven? 18 de marzo de 2021. Letslaw. Disponible

Por tanto, en esta variante del tiro mejicano consiste en que “ambos socios ofrecen un precio de compra en un sobre cerrado y después se abren a la vez, y quien ha puesto una cantidad mayor se queda con la sociedad por ese precio.”²⁵

Esta vertiente de la cláusula del tiro mejicano es aún más draconiana, pues ambas ofertas se abren al mismo tiempo, y el socio que haya realizado la oferta más alta tiene el deber de adquirir las participaciones del consocio.²⁶ Se observa pues que este mecanismo desbloqueo deja abierta una incertidumbre con respecto a quién de los socios será el que permanecerá en la sociedad y qué socio, por el contrario, saldrá de la misma, haciéndolo depender de quién efectúe la oferta más elevada. Para ello, una vez constatada el bloqueo, el socio que active este mecanismo ofrece al otro socio, en sobre cerrado, un precio al que estaría dispuesto a adquirir sus participaciones, pudiendo la otra parte bien acceder a dicha venta en el precio ofertado, o bien ofrecer al primer socio, también en sobre cerrado, otro precio por el cual estaría dispuesto a comprar las participaciones del mismo. Los sobres, como es evidente, se abren de forma simultánea (y habitualmente ante un tercero imparcial, que suele ser un fedatario público), siendo el socio que finalmente va a adquirir las participaciones del otro aquel que haya realizado la oferta más alta, otorgándose la compraventa por dicho precio. La compra deviene obligatoria para aquel socio que haya ofrecido el precio más alto; de forma idéntica, el otro socio está obligado a vender sus participaciones. En este sentido, llama la atención que el socio que ejerce este mecanismo, realizando su oferta de compra, puede acabar viéndose obligado a vender sus participaciones en caso de que la otra parte le dirija una oferta mayor.

A los efectos anteriores, sería conveniente, al establecer este tipo de mecanismo de desbloqueo, regular ciertos extremos, tales como el día en que ambos socios deben presentar los sobres cerrados con sus ofertas al Notario o Tercero Independiente.

Por tanto, en la cláusula del tiro mejicano bajo la variante de compra posee una estructura que resalta por su sencillez, si bien, ante los peligros de falta de objetividad del precio, sólo pueda emplearse en el caso de que el mecanismo se limite a ofrecer un derecho de compra.²⁷

en <https://letslaw.es/clausulas-de-desbloqueo-en-pactos-de-socios/> (Consultado el 11/09/2020).

²⁵ Àlex Plana Paluzie. *La mejor manera de desbloquear una sociedad (No siempre)*. Entre Leyes y Jurisprudencia. Marzo 01, 2012. Disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2012/03/la-mejor-manera-de-desbloquear-una.html?m=0> (Consultado el 21/08/2020).

²⁶ “¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven?” Ibid.

²⁷ Christine Pauleau. *Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures. Análisis de la organización jurídica de las Joint Ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*. (Madrid. Eprint. Universidad Complutense. 2000) 234 y ss. Disponible en: <http://www.tdx.cat/TDX-0217103-090947http://hdl.handle.net/10803/7278> (Consultado el 02/08/2019).

(b) Cláusula de la opción mejicana de venta

Las cláusulas del tiro mejicano de venta son una herramienta que es “una variante de la cláusula de tiro mejicano, siendo en este caso ofertas en sobre cerrado **de venta** y no de compra.”²⁸

La cláusula de tiro mejicano de venta es una herramienta similar a la cláusula de tiro mejicano de compra, pero a la inversa, donde “los socios se comunican recíprocamente en sobres cerrados, sellados y lacrados el precio mínimo por el que estarían dispuestos **a vender sus participaciones** y donde el adquirente será aquel que hubiera fijado un precio más alto para la venta de sus participaciones, que vendrá obligado a adquirir las participaciones del otro socio por el precio indicado por este último en su oferta.”²⁹ Por ende, el socio que presente la propuesta que atribuya el mayor valor a las participaciones, y a la empresa, tendrá derecho a comprar las participaciones del consocio al precio establecido en su oferta.³⁰

Por tanto, “los dos socios entregan en sobre cerrado el precio que los socios estarían dispuestos a vender sus participaciones en la sociedad, posteriormente se abre el sobre y el socio que haya puesto la cifra más alta se quedará la sociedad por el precio indicado en la oferta de venta del socio perdedor. La cláusula del tiro mejicano es común en empresas conjuntas con capital 50:50.”³¹ En consecuencia, “si los dos socios están interesados en vender sus participaciones al otro socio, entonces **realizan una oferta en sobre cerrado** y la que esté dispuesta a pagar un precio por participación social más elevado es el que ganará la subasta.”³²

En las cláusulas del tiro mejicano de venta, el socio que presente una propuesta atribuyendo menos valor a las participaciones de la sociedad estará obligado a vender sus participaciones, al valor indicado en su propuesta, al otro socio. Es decir, el socio que presente una propuesta asignando un valor superior a las participaciones no será penalizado, ya que tendrá derecho a adquirir la participación de la otra parte, por el valor de la propuesta más baja. De lo anterior, los expertos concluyen que, al desencadenar la cláusula del tiro mejicano, los socios tienden a presentar propuestas justas, aunque al final sólo beneficie al socio miembro que presentó la propuesta de oferta más elevada.

²⁸ “¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven?” 18 de marzo de 2021. Letslaw. Disponible en: <https://letslaw.es/clausulas-de-desbloqueo-en-pactos-de-socios/> (Consultado el 11/09/2020).

²⁹ Juan Carlos López-Hermoso Agius. *Mecanismos de desbloqueo societario*. (Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales, 2016) Disponible en: <http://www.padillayasociados.es> (Consultado el 11/03/2021).

³⁰ Ibid.

³¹ Josep Navajo. *Situaciones que puedes evitar en tu Startup mediante un buen Pacto de Socios*. Delvy Asesores. TodoStartups. 26-10-2012. Disponible en: <https://www.todostartups.com> (Consultado el 17/08/2018).

³² Carlos Martínez Lizán. “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias...” Op. cit.

En un sentido ligeramente diferente al de la cláusula del tiro mejicano de compra, la cláusula del tiro mejicano de venta emplea la misma mecánica que consiste en el intercambio de ofertas en sobres cerrados. Sin embargo, en lugar de otorgar al socio que presenta la oferta más alta el derecho a adquirir la participación de la otra parte por el precio más alto, la cláusula obliga al socio que presentó la oferta más baja a vender su participación al precio de la propuesta que él mismo hizo (la más baja).

La racionalidad de la cláusula del tiro mejicano, en ambas variantes, va en la dirección de no penalizar al socio cuya propuesta es más atrevida en términos de precio. Esto se debe a que, el objetivo en este tipo de cláusulas es que ambas propuestas ofrecidas sean justas. Por lo tanto, quien mostró mayor interés y vio un mayor valor en la sociedad debe beneficiarse del derecho a adquirir la participación del otro socio que valoró el activo de manera más conservadora.³³

3.3.2. Estructura de la cláusula del tiro mejicano

En la cláusula de tiro mejicano, en las dos vertientes existentes, ambos socios entregan en un sobre cerrado, al otro socio o a un tercero, (i) una oferta de compra de las participaciones del otro socio a un precio determinado (“precio X”); y (ii) una oferta de venta de sus participaciones al precio ofrecido por el otro socio (“precio Y”), quedando obligada a vender sus participaciones en el caso de que el precio Y sea superior al precio propuesto en oferta del sobre cerrado.”³⁴

Al igual en las otras cláusulas de desbloqueo, “la eficiencia de la cláusula del tiro mejicano sólo se generará en situaciones de identidad financiera entre los socios, en tanto que, si no fuese de esta manera, el socio con mayores recursos financieros podría forzar una situación de bloqueo para obligar al otro socio a vender sus participaciones a un precio menor al de mercado.”³⁵

La eficacia y validez de la cláusula de tiro mejicano ha sido validada y confirmada por la Corte Suprema francesa al señalar que: “Tan pronto como los socios de una sociedad mercantil cerrada (en este caso en una sociedad limitada) hayan acordado un procedimiento específico de compraventa en donde cualquiera de los socios está facultado para adquirir las cuotas de participaciones del consocio, si ofrece el precio más alto por las participaciones de la sociedad. En tal caso cada socio acuerda aceptar

³³ Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. *Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*, La Ley, N° 8.610, 2015 y Francisco Antonio Serrano Acitores. “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...”. Op. cit. 85 y ss.

³⁴ Juan Carlos López-Hermoso Agius. “Mecanismos de desbloqueo societario...” Op. cit. y ver Norman Nadorff & Quinney McNeal. “Breaking Joint Venture Agreement Deadlocks: Before the Texas Shoot-Out, Try a Texas Shout-Out”, 5 Oil & Gas, Natural Resources & Energy. J. 411 (2020), pp. 415 y ss. <https://digitalcommons.law.ou.edu/onej/vol5/iss3/2>

³⁵ Id.

el precio ofrecido más alto ofrecido por el otro socio y a renunciar a la formulación de cualquier oferta posterior. En dicho supuesto, la operación de venta es válida, pues el precio de venta de las participaciones no depende de la voluntad exclusiva de un socio o sujeta a acuerdos posteriores entre los socios. Como resultado, la venta bajo el mecanismo del tiro mejicano, realizada al precio más alto, es perfecta y válida.³⁶

3.4. La cláusula de la subasta holandesa (Dutch auction)

3.4.1. Aspectos generales

Al analizar los distintos tipos de cláusulas de desbloqueo, existe una variación denominada subasta holandesa, en donde la parte ganadora está obligada a pagar el precio ofrecido por la parte perdedora, es decir, el precio más bajo presentado.

El término “subasta holandesa” se origina a partir de un método de venta de flores que fue desarrollado por los holandeses en el siglo XVII. Comerciantes fijarían un precio inicial en la que vendían sus flores y luego la iban bajando progresivamente hasta que se surgieran compradores.

En el contexto del derecho societario, una subasta holandesa se produce cuando el interesado en la adquisición de participaciones invita a los socios a ofrecer sus participaciones indicando el precio mínimo que estarían conformes a vender su acción. El interesado luego procede a la compra de las participaciones, a partir de los precios mínimos indicados, pero pujando al *alza y continuando* con la adquisición de las participaciones ofertadas, con el consecuente aumento de los precios, hasta que haya adquirido todas las participaciones.³⁷

Bajo este tipo de cláusula, los socios envían su oferta en sobres cerrados y sellados en donde indican el precio mínimo al que estarían dispuestos a vender todas sus participaciones. El socio que haya indicado el precio más alto en el sobre sellado se convierte en el ganador y compra las participaciones del socio perdedor a partir de los precios mínimos indicados en la oferta más baja presentada en el sobre sellado por el socio perdedor. Por tanto, la oferta sellada que sea la más alta “gana”, pero ese postor luego compra las participaciones del “perdedor” pero pujando al alza y continuando con la adquisición de las participaciones ofertadas, con el consecuente aumento de los precios, hasta que haya adquirido todas las participaciones del socio perdedor. En la cláusula de la subasta holandesa se requiere que el socio ganador compre al otro socio.

³⁶ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 septembre 2015, 14-15.040, Inédit Cour de cassation Chambre Commerciale Audience publique du 29 septembre 2015. N° de pourvoi: 14-15040.

³⁷ S.M. Piper, M.L Berman, S.J Notelovitz. *Securities distribution: The emerging role of Dutch auctions*. (London, Insights, 3, 1989) 17-26.

En la cláusula de subasta holandesa también se puede establecer que la oferta más justa, viene determinada por un tasador se indagará cuál de los sobres tiene el precio más cercano al valor justo de la participación de la compañía.³⁸

Una característica de la cláusula de la subasta holandesa, la cual involucra el intercambio de sobres sellados, es que el socio que coloca el precio más alto es la parte que permanecerá en la sociedad. El fundamento de esta decisión parece basarse en la premisa de que quien muestre mayor aprecio por la sociedad la valora la en un nivel superior, y probablemente será quien más alcance el éxito en la gestión de dicha sociedad.

Bajo el mismo mecanismo de subasta holandesa (*dutch auction*) se establece un procedimiento de subasta, en donde los socios igualitarios presentan ofertas en sobres sellados y lacrados indicando el precio para la compra de las participaciones de la sociedad en cuestión en donde el mejor postor gana la subasta, pero inicia un proceso de subasta al alza, teniendo como base el precio mínimo fijado por el socio perdedor.

3.4.2. Estructura de la cláusula de la subasta holandesa

La cláusula de la subasta holandesa funciona de esta forma:

Si el Socio A que posee 50 participaciones invocó el procedimiento de subasta en contra del Socio B que es dueño de 50 participaciones, cada uno de los Socios (tanto A y B) deben presentar una oferta en un sobre sellado por el precio mínimo que los socios están conformes a vender por sus participaciones en total. Si el Socio A presentó una oferta en sobre sellado de \$ 2.00 por participación y el Socio B presentó una oferta en sobre sellado por \$ 1.00 por participación, el Socio A por haber realizado la oferta más alta sería el socio adjudicatario y compraría las participaciones del Socio B ofreciendo un precio superior al precio base, que es de \$ 50.00. Por tanto, con la cláusula de la subasta holandesa, se fija el precio base, sobre el cual el socio ganador inicia el proceso de pujas al alza. Si los precios ofrecidos al alza por el socio ganador no son satisfactorios para el socio perdedor, entonces la venta queda sin efecto, salvo estipulación en contrario en el contenido de la cláusula.

Al igual que con las demás cláusulas de desbloqueo, una serie de cuestiones debe considerarse en relación con la redacción de este tipo de cláusulas, incluyendo las diferentes posiciones de las partes, tanto financieras como de otro tipo. Si se invoca el procedimiento de subasta, cada uno de los socios deberá proporcionar una oferta en sobre sellado por todas las participaciones que posee de la sociedad. Si un socio decide no presentar una oferta cerrada, él estaría obligado a vender al socio que participa en la subasta.

³⁸ Sreenivas Kamma; George Kanatas y Steven Raymar. *Dutch auction versus fixed-price self-tender offers for common stock*. Journal of Financial Intermediation. Volume 2, Issue 3, September 1992. 277-307.

También existen variaciones en esta mecánica que establecen un promedio entre los valores de los sobres intercambiados, y cuyo precio constituirá el precio base para ejercicio de la subasta. Asimismo, hay otra variación de esta cláusula que es denominada “Oferta sellada más justa,” en donde un tercero evaluará las propuestas, determinando cuál tiene el precio más cercano al valor razonable de las participaciones a adquirir, y a partir de allí se inicia la subasta.

Otra variación del sistema de subasta holandesa consiste en establecer que el socio que haga la puja más elevada entre las presentadas en un sobre sellado gana el proceso y el otro socio recibirá por la venta de sus participaciones el precio establecido en la oferta (por ejemplo, el mejor precio entre las dos ofertas –subasta holandesa tradicional- o la media de las dos ofertas -subasta holandesa a la baja-), sin necesidad que se acuda a una puja al alza posterior. Esto es, el precio indicado en el sobre sellado o la media de las dos ofertas, constituirá el precio definitivo de compra.³⁹

Otro formato más complejo de la cláusula holandesa, consiste en “conferir a un conjunto de peritos, por lo general 3 peritos, la obligación de producir un informe sobre el precio de las participaciones comunicadas vía sobre cerrado, siendo el socio que haya propuesto el precio más cercano al informe de los peritos el que tendrá derecho de adquirir las participaciones a este precio.”⁴⁰ No obstante, este formato de cláusula holandesa no suprime el peligro de determinación de un precio poco objetivo.⁴¹ Siguiendo este mecanismo, con el objetivo de poder brindar, sin peligros, el derecho de escoger entre la compra o la venta de participaciones, resulta conveniente que los socios nombren respectivamente y de manera anticipada dos peritos, luego estos dos peritos nombrarán por su parte a un tercero. “Cada perito formula un precio en su informe, luego el tercer perito toma en cuenta la media de los tres precios propuestos, siempre que dicha media será siempre superior al valor real de mercado de las participaciones.”⁴² “Con base a este formato, ya no será preciso plantear un precio elevado para ser adquirente, o escoger entre ser adquirente o vendedor, sino presentar el precio más objetivo posible.”⁴³

³⁹ Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures...*,” Op. cit. 234 y ss. y H. Daniel. *Subasta Holandesa*. Industrial Data. 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/307180612_subasta_holandesa (Consultado el 21/07/2020)

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Sixto A. Sánchez Lorenzo. *Cláusulas en los Contratos Internacionales. Redacción y análisis*. (Madrid, Editores: Atelier; 2012). 94.

⁴² Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación...*” Op. cit. pp. 234 y ss.

⁴³ Pedro Durá Juez. “*Teoría de subastas y privatizaciones: un modelo de reputación del vendedor.*” (Madrid, Editorial Académica Española, 2009). 211 y ss. y Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación...*” Op. cit. 234 y ss.

3.5. Cláusula Andorrana

3.5.1. Aspectos generales

La cláusula andorrana se aplica en sociedades en las que los socios no son capaces de acordar un precio sobre sus participaciones, bien sea para vender o para comprar.⁴⁴ Y la operatividad de la misma se explica a través del símil del pastel que va a ser repartido entre dos personas: si la parte que corta el pastel es la última en coger un pedazo, va a tratar de cortar dos mitades precisamente iguales.

El origen del nombre de esta clase de acuerdo tiene su fundamento en el siglo XIII, a causa de la resolución de un enfrentamiento sobre el dominio del Condado de Urgel entre el vizconde Don Geraldo de Cabrera (que tenía el control de dicho Condado), y Aurembiaix; la heredera aspirante. Don Geraldo de Cabrera y Jaime I de Aragón se congregaron en las Cortes de Monzón en el año 1217 para tratar de dar por terminado la disputa: Don Geraldo se comprometió con Jaime I a devolverle el territorio del Condado Urgel a cambio de una gran cantidad de capital que debía entregarse con carácter de garantía prendaria. En el supuesto que la heredera, Aurembiaix entregase al Rey dicha cantidad, se le entregaría a ella el Condado. De lo contrario, el vizconde Geraldo devolvería el dinero obtenido en prenda a cambio del Condado de Urgel. Por tanto, la decisión quedaba en manos de Aurembiaix, la heredera, pues si ella no entrega el dinero correspondiente al precio de las tierras, Don Geraldo de Cabrera recuperaría las mismas. Aurembiaix, la heredera, debía decidir si se quedaba con las tierras o con el dinero.

La cláusula andorrana consiste en que “uno de los socios fija un precio para cada participación de la compañía, y se lo ofrece al otro socio, concediéndole un plazo a fin de que decida si, por el precio propuesto, está dispuesto a vender sus participaciones, o por el contrario a adquirir las participaciones del socio oferente.”⁴⁵ Este mecanismo de la cláusula andorrana procura alcanzar la valoración más objetiva posible, puesto que es el socio receptor el que decide de qué forma conseguir más beneficio, bien sea comprando o vendiendo, con lo que, en el momento de adjudicar un valor, la persona que decide el precio de cada participación tiene la obligación de determinar un precio que sea justo y razonable.

⁴⁴ Louis T. M. Conti. *Deadlock-Breaking Mechanisms in LLCs—Flipping a Coin is Not Good Enough, but Is Better than Dissolution*, Bus. L. Today, Mar. 2017.

⁴⁵ Enrique Ortega Burgos. “Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo ...” Op. cit. pp. 64-68 y Enrique Ortega Burgos. “*Tratado de conflictos societarios*”, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019). 98 y ss.

La cláusula andorrana se emplea como el último mecanismo de salida. Cuando las diferencias son irreconciliables, un socio podrá irse manifestando un precio por sus participaciones y el otro socio decidirá si adquiere las participaciones del socio oferente a ese precio o si vende sus participaciones al mismo precio, en tal caso el primer socio estaría obligado inapelablemente a adquirir.

3.5.2. Estructura de la cláusula andorrana

En la cláusula andorrana el socio A determina un precio para cada participación de la compañía, y se lo comunica al socio B, dejándole un plazo a fin de que el socio B decida si, por el precio propuesto, prefiere vender sus participaciones, o al contrario adquirir las participaciones del socio A. Por tanto, el Socio A determinará el valor de la totalidad de las participaciones del Socio B en la sociedad y el Socio B tendrá el derecho a optar entre (i) adquirir la totalidad de las participaciones del Socio A al precio indicado por éste; o (ii) vender la totalidad de sus participaciones al Socio A al precio indicado por éste.”⁴⁶

Por tanto, en el caso del símil del pastel, el socio A es el que corta el pastel, siendo el Socio B el que decide que pedazo de pastel desea quedarse. Esto hace que el socio A trate de cortar los pedazos de pastel de manera justa y razonable, de lo contrario el Socio B se quedará con el pedazo de pastel más grande y el socio A se quedará con el trozo más pequeño..

3.6. Cláusula quick draw McGraw o Cláusula tiro loco McGraw

3.6.1. Aspectos generales

La cláusula del tiro loco McGraw (también conocida como la cláusula quick draw McGraw) es una cláusula que ha sido creada por la corte en lo mercantil de Brooklyn a cargo del Juez David Schmidt en su relevante decisión en el caso *Mintz v Pazer*, (Nº 502127/13 Sup. Ct., Condado de Kings 12 de marzo 2014).

En las típicas cláusulas de desbloqueo el oferente indica un precio y el destinatario tiene la opción ya sea el de comprar las participaciones del oferente o vender sus participaciones al primer oferente. En la mayoría de los casos, el momento en el cual la oferente tira del gatillo en una cláusula de desbloqueo no es un inconveniente,

⁴⁶ Clara Cobo Berberana y Carmina Rodríguez de la Rúa Puig. “La sociedad inoperante.” *Economist & Jurist*, Vol. 22, Nº 182, 2014. 14-19. Disponible: “https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=32498&force” (Consultado el 13/11/2020) y Enrique Ortega Burgos. “Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo societario deadlock.” *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº. 162, 2012, 64-68. Disponible en: <https://www.economistjurist.es> (Consultado el 07/09/2020).

porque el destinatario tiene la opción de comprar o vender, situación que en cierta forma desincentiva el asumir la posición de oferente y activar el gatillo de la cláusula de desbloqueo.

En una cláusula tiro loco McGraw, ante la ocurrencia de un evento de bloqueo, que suele estar definido contractualmente, cualquiera de los socios puede tirar del gatillo, esto es, emitir una notificación dirigida a la otra parte indicando su intención de comprar las participaciones de la otra parte a un precio que se determinará posteriormente mediante un proceso de valoración.

3.6.2. Funcionamiento de la cláusula Quick Draw McGraw

A diferencia de las demás cláusulas de desbloqueo, el plazo temporal para activar esta cláusula resulta lo más esencial. La condición de comprador y la de vendedor se determina al instante en que cualquiera de los socios sirve su notificación por escrito manifestando su voluntad de comprar las participaciones de la otra parte. Cuando uno de los socios desea comprar las participaciones del otro socio, como ocurrió en el caso Mintz, una diferencia de minutos en la entrega de la notificación de compra determinará cual socio se colocará en la posición de comprador o la de vendedor.

El caso Mintz trataba sobre un negocio de bienes propiedad de los primos Max y Louis Mintz. Su empresa principal era el centro comercial en Georgetown en Brooklyn, propiedad de su compañía holding llamada Astoria Holding Corp., de la cual Max poseía el 48% de las participaciones y Louis el 52%. A pesar de que poseían una participación accionarial desigual, Max y Louis celebraron un acuerdo de socios en donde ambos tenían igual representación y poder de voto.

Max fue Presidente de Astoria y manejó la gestión y el día a día del centro comercial hasta su muerte en 2003, momento en el cual su cargo y responsabilidades en la sociedad fueron asumidos por su hija Rochelle Shelley Pazer quien heredó las participaciones de su padre Louis que había muerto en 2002. Las participaciones de Max se depositaron en fideicomiso a beneficio de su esposa, Hilda. Una vez que murió Hilda en 2011, su hijo Howard y su hija Susana se convirtieron en los fideicomisarios y únicos beneficiarios del fideicomiso.

Las relaciones entre los Pazer y los Mintz se deterioraron, y culminó con la demanda instaurada por Pazer en mayo 2011, alegando la existencia de un bloqueo societario y en donde solicitaba la disolución judicial de Astoria.

En lugar de proceder a disolver, los tribunales asistieron en las negociaciones y en julio de 2011 los socios resolvieron la disputa mediante la celebración de un nuevo acuerdo de socios. El nuevo acuerdo contemplaba que, en caso de bloqueo, cualquier

de los socios podría vender al consocio sus cuotas de participación o comprar las cuotas de participaciones del consocio, a precio de mercado, en el supuesto que los socios no pudiesen resolver sus diferencias a través de negociación o la mediación.

El evento de bloqueo se definió en la Sección 4.8.1 del acuerdo de socios como la incapacidad para obtener el consentimiento unánime de los directores para una serie de decisiones definidas a nivel contractual como importantes. Según la Sección 4.8.2 del acuerdo de socios, ante la ocurrencia de una situación de bloqueo se requería a los socios someter el asunto a una mediación en un plazo determinado (dentro de los 30 días siguientes a la notificación). El juez al analizar el caso y revisar el pacto de socios, observó que según la Sección 4.8.3 del acuerdo de socios, si no se resolvía la situación de bloqueo en la mediación, cualquiera de los socios podría optar por la compra de las participaciones de la otra parte a un precio a ser determinado en un proceso de valoración. Y si ninguno de los socios optaba por comprar las participaciones de la otra parte, la sociedad entonces debía proceder a vender sus activos, cesar sus negocios y proceder a disolverse.

El procedimiento de opción de compra se encontraba regulado en la Sección 8.2 del acuerdo de socios titulado “derecho de oferta preferente”, que permitía a los socios en cualquier momento y por cualquier causa ofrecer en venta sus participaciones al otro socio a un precio determinado.

Además, el Juez determinó que el acuerdo de socios establecía que de ocurrir alguna situación de bloqueo y no haber sido resuelta de conformidad con la Sección 4.8.2 de dicho acuerdo de socios, entonces el Grupo Mintz o el Grupo Pazer tendrían derecho a notificar al otro grupo de socios su intención de comprar las participaciones propiedad del otro grupo de socios dentro de los diez (10) días laborables contados desde la fecha de dicha notificación.

Por otro lado, el Juez observó que en la Sección 8.2 (b) del acuerdo de socios se establecía que la emisión de una notificación manifestando la intención de comprar, y el consiguiente aviso del receptor para vender, son “irrevocables”. La disposición no dice nada sobre la posibilidad de que ambas partes puedan dar avisos de compra simultáneos o secuenciales.

En el año 2012 surgieron nuevas disputas entre los Pazer y Mintz. En mayo de 2012, tras la declaración de una situación de bloqueo y una mediación sin éxito, Mintz envió de conformidad con la Sección 8.2 (a) del acuerdo de socios un aviso notificando su intención de comprar de las participaciones de Pazer. Al recibir tal aviso, Pazer interpretó que la Sección 8.2 (a) del acuerdo de socios también permitía a Pazer emitir un aviso de compra para comprar las participaciones de Mintz. Y emitió un aviso de compra mediante correo electrónico. Según Pazer, dado que el pacto no regulaba nada

en caso de que se emitan comunicaciones de compra simultaneas, entonces alego que un resultado justo sería que el grupo de socios que ofreciese el precio de compra más alto tendría derecho a comprar las participaciones del otro grupo de socios, y de no ser así se deberían vender los activos de la sociedad en el mercado y la sociedad debería ser liquidada.

En vista de este impase, ambos socios sometieron la disputa a juicio a los fines de defender sus respectivas posiciones sobre la compra de participaciones.

La decisión del Juez Schmidt al interpretar el acuerdo de socios fue la de señalar cuando se entrega un aviso de compra, este primer aviso impide al otro socio el poder emitir una notificación de propuesta de compra o venta de participaciones. Según el Juez Schmidt el permitir que ambos socios o cada uno de los grupos de socios puedan emitir avisos de compra o venta de participaciones simultáneos generaría un caos, esto es un callejón sin salida. Para el Juez Schmidt si ambas partes pudiesen activar el gatillo de las cláusulas de desbloqueo al mismo tiempo, es decir, emitir un aviso de compra o venta simultánea, esto haría que tal cláusula de desbloqueo no tuviese ningún sentido, eficacia o efecto ya que sería imposible determinar cuál socio tendrían derecho a comprar las participaciones de la otra. Permitir disparos simultaneas haría que los socios se comportaran al mismo estilo que el famoso comic denominado tiro loco McGraw (*quick draw McGraw*).

Asimismo, el Juez Schmidt señaló que las notificaciones de compra o venta para que sean válidas, las mismas deben contar con un cierto nivel de precisión y certeza, lo cual es lo mínimo que se requiere en cualquier tipo de oferta. Una notificación en términos imprecisos constituye nada más que una mera propuesta para negociar.

Al final, el Juez Schmidt estableció en su decisión que Pazer debía vender sus participaciones en los términos del pacto de socio, esto es, “*ocurrida la situación de bloqueo, y sin que el proceso de mediación tuviese éxito en la solución de tal impase, sólo el primer aviso de compra o venta notificado es el que resulta válido y eficaz.*”⁴⁷ Esta regla es la esencia de la cláusula tiro loco McGraw (*quick draw McGraw*).

Si cada socio quiere preservar su capacidad de compra sobre las participaciones del otro socio, entonces en lugar de implantar un régimen de disparo bajo duelo (notificaciones de compraventa simultaneas) los socios deberían acordar algún tipo de subasta cerrada como una solución.⁴⁸ Esto es, una vez que un socio dispare, el otros socio ya no puede activar la cláusula.

⁴⁷ Peter Mahler. Court Enforces “*Quick Draw*” Buy-Sell Agreement in Suit between 50/50 Shareholders.” 31 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.nybusinessdivorce.com/2014/03/articles/buyout/mintz/> (Consultado el 18/12/2020).

⁴⁸ Un caso americano en donde se discutió una shot-gun clause de Tiro Loco. Valinote v. Ballis, No. 00 C 3089, 2001 WL 1135871, at *2 n.3 (N.D. Ill. Sept. 25, 2001).

Los socios al regular la cláusula de desbloqueo, si desean establecer que “cada socio” igualitario posea el derecho a activar la cláusula de desbloqueo, deben redactar expresamente la cláusula en dichos términos. La ausencia de una redacción clara que autorice a cualquier de los socios a activar la cláusula de desbloqueo, evidencia la ausencia por parte de los socios de su intención para permitir que ambos socios de manera simultánea envíen notificaciones de compra o de venta de participaciones después de producido una situación de bloqueo.⁴⁹

3.7. Cláusula de selección múltiple (Multi-choice procedure)

3.7.1. Aspectos generales

La cláusula de opción múltiple o cláusula de selección múltiple sirve para solventar casos de bloqueo o paralización de órganos societarios y proporciona una serie de opciones para resolver una situación de empate que pueden incorporarse en un acuerdo de socios o en los estatutos sociales, ya sea en la etapa de redacción inicial de tales documentos o como una enmienda al documento ya existente.

A menudo, en sociedades mercantiles cerradas, como sería el caso de una sociedad conformada por dos socios que poseen cada uno una participación del 50% en el capital social, pueden surgir situaciones en las que los votos se dividen por la mitad y no hay perspectivas de que se llegue a un acuerdo. En estas situaciones de estancamiento en las que no existen mecanismos para hacer frente al escenario de empate, a veces resulta que la única solución es liquidar la sociedad, tal como lo prevé el artículo 363.1(d) de la LSC de España, o el artículo 340 del Código de Comercio de Venezuela. Con el fin de conservar la sociedad en funcionamiento, la puesta en marcha de una cláusula de desbloqueo de opción múltiple para solventar casos de bloqueo puede proporcionar soluciones que permitan solventar la paralización.

Solo cuando haya surgido una situación de bloqueo, se exigirá a los socios que elijan un medio para solventar el empate, y de no hacerlo, se producirá automáticamente una disolución voluntaria de la sociedad.

A menudo los socios descubren que están más dispuestos a negociar cuando se enfrentan a medidas draconianas como las previstas en las cláusulas tradicionales de desbloqueo (como la de la ruleta, rusa, tiro tejano, etc.) o en la normativa legal (liquidación de la sociedad). En particular cuando están sometidos a la posibilidad de verse obligados a liquidar una sociedad rentable.

⁴⁹ Mintz v Pazer, Decision and Order, Index No. 502127/13 [Sup Ct, Kings County Mar. 12, 2014].

3.7.2. Estructura de la cláusula de selección múltiple

Según la cláusula de opción múltiple los socios pueden escoger por una de las siguientes alternativas: voto de calidad del presidente del consejo; mediación o arbitraje; en donde el oficial responsable (ya sea el presidente del consejo, mediador o arbitro) pondrá en marcha un procedimiento de compraventa forzada al estilo ruleta rusa, tiro tejanero o tiro mejicano. Una vez activado el procedimiento de compraventa forzada de participaciones entre los socios, cada socio envía una oferta en un sobre sellado dirigido al oficial responsable dentro de un número específico de días, indicando el precio máximo al que están dispuestos a comprar las participaciones del otro socio.

Las ofertas selladas son abiertas al mismo tiempo por el oficial responsable, y la oferta sellada más alta “gana”, y ese postor debe entonces comprar las participaciones del otro socio en la sociedad (y el socio “perdedor” debe vender). Si no se activa el procedimiento de compraventa forzada de acciones entre los socios, la siguiente y última alternativa es una liquidación voluntaria de la Compañía, que se producirá en aplicación por defecto del artículo 363.1(d) de la LSC en el caso de España y del artículo 340 del Código de Comercio venezolano en el caso de Venezuela.

Por tanto, la cláusula de selección múltiple es una opción menos agresiva que las anteriores. Cuando los socios no están dispuestos a asumir ante la situación de bloqueo un procedimiento de terminación draconiano y dramático, este mecanismo resulta muy adecuado.

En tales circunstancias los socios tratan de aprovechar las distintas opciones que se derivan de la situación de bloqueo, y es allí cuando los socios se ponen de acuerdo para aplicar la opción más adecuada a los efectos de determinar si el bloqueo se puede resolver o no.

El beneficio de una de cláusula de selección múltiple es que, cuando los socios se enfrentan a las consecuencias draconianas de la siguiente etapa, los socios están más dispuestos a comprometerse.

La desventaja de una de cláusula de selección múltiple es que, si los socios siguen en desacuerdo, por lo general requerirá que el oficial responsable participante, que actúa bien como presidente del consejo, mediador o arbitro asuma la obligación de imponer una de las opciones que considere más conveniente a los socios.

A menudo, la redacción de las cláusulas de desbloqueo dependerá en gran medida de lo “temas o asuntos que los socios consideran esenciales o clave en el funcionamiento de la sociedad. Y sobre tales asuntos, lo normal es que los socios partes quieran asegurarse un consenso mutuo. Por tanto, de existir el bloqueo, los socios activan el procedimiento de la cláusula de selección múltiple y ambos participan en las distintas etapas u opciones que ofrece dicha cláusula.

3.8. Cláusula de disuasión (Deterrence approach)

3.8.1. Aspectos generales

La cláusula de disuasión consiste en fijar un procedimiento en las escrituras de los estatutos de la sociedad o en el acuerdo parasocial que sirva para determinar el precio justo por acción, una vez que ha ocurrido la situación de bloqueo.

Sobre la base de este precio, el socio puede entonces o bien vender sus participaciones al otro socio con un descuento acordado previamente (por ejemplo, 20%) o comprar las participaciones del otro socio con una prima previamente acordada (por ejemplo, 20%). Este enfoque sirve para alentar a los socios a buscar soluciones mutuamente aceptables, y disuadirlos de activar un procedimiento desbloqueo mediante la puesta en marcha de una cláusula de compraventa forzosa de participaciones a la ligera.

El enfoque disuasorio implica establecer una regla en los estatutos sociales o en el acuerdo societario paralelo que determinará un valor razonable por participación cuando se haya notificado la activación de la cláusula shot-gun. Con base en este precio, el socio que desee activar la cláusula debe meditar bien y estar seguro si puede comprar las participaciones del otro socio con una prima previamente acordada (por ejemplo, 20%) o vender sus participaciones con descuento previamente acordado (por ejemplo, 20%). Este enfoque sirve para alentar a los socios a buscar soluciones mutuamente aceptables y disuadirlos de iniciar el mecanismo de activación de la cláusula de compraventa forzada de participaciones.

Lo más importante para redactar una cláusula de disuasión es comprender la dinámica involucrada en esta cláusula, y cuyo objetivo es hacer perder dinero al socio que activa la cláusula de desbloqueo, sin antes no haber resuelto el problema vía mediación o arbitraje, por ejemplo. Se trata de una cláusula disuasiva.

3.8.2. Estructura de la cláusula de disuasión

El enfoque de la cláusula de desbloqueo de disuasión es menos conocido, pero no menos eficiente que las demás cláusulas de desbloqueo. Esta cláusula trata de establecer un procedimiento en el acuerdo societario paralelo o en los estatutos de la sociedad que tiene como objetivo el determinar el valor justo por acción, una vez que se haya iniciado procedimiento desbloqueo mediante el envío de la notificación de oferta de venta o compra de participaciones. En base a este precio que ya está preestablecido, el socio (A) puede entonces decidir comprar las participaciones del socio (B) con una prima acordada previamente o vender sus participaciones al socio (B) con un descuento previamente acordado. Este enfoque sirve para alentar a las partes a buscar soluciones

mutuamente aceptables, y disuadirlos de instigar de manera ligera el procedimiento de expulsión de un socio mediante la oferta de compraventa de participaciones de la sociedad.⁵⁰

Existen dos versiones de cláusula de desbloqueo de disuasión, una suave y una dura. En la versión suave, un socio que desee vender debe ofrecer sus participaciones al otro socio a un precio fijado ya fijado previamente en los estatutos o acuerdo societario paralelo, y el otro dispondrá de un plazo determinado para decidir si acepta o no la oferta. Si el socio receptor no acepta la oferta, se pueden vender entonces las participaciones a un tercero en condiciones que sean ventajosas para el socio vendedor, esto es sin el descuento acordado previamente por los socios. Esta versión favorece al vendedor, ya que puede vender sus participaciones sin descuento y resulta desfavorable para al otro socio, puesto que desconoce si un tercero comprará efectivamente a dicho precio y las cualidades del tercero que se incorporará en la sociedad. En todo caso, el socio receptor de la oferta siempre tendrá la posibilidad de igualar el precio ofrecido por el tercero y comprar las participaciones del socio oferente.

Por tanto, para el socio oferente será necesario encontrar un tercer comprador antes de que se active la cláusula de desbloqueo y se realice la oferta al otro socio, quien tendrá derecho a comprar conforme a los términos ofrecidos por el tercero.

Esta fórmula suele ser salomónica, dado que es un tercero quien fija el precio final, pero resulta complicado para el vendedor pues a menudo suele ser complicado encontrar un tercero que desee comprar y presentar una oferta sabiendo que el otro socio tenía un derecho preferente de comprar a descuento y no lo ejerció. Lo cual genera suspicacias acerca de la viabilidad de la sociedad.

En la cláusula de disuasión (Deterrence approach) un experto o auditor determina el “valor justo de mercado” del precio por acción, y que se regula en el acuerdo parasocial o en los estatutos sociales. Una vez determinado, el socio interesado manifiesta su deseo de vender o bien su deseo de comprar las participaciones del otro socio pagando una prima adicional (por ejemplo, 20%) o vender sus participaciones a la otra parte con un descuento equivalente.

Una ventaja que ofrece esta cláusula es que viene a evitar el abuso del socio que posee mayor capacidad económica en contra del que no la tiene, ya que se ve obligado a vender con un descuento a y comparar con un sobrecoste.⁵¹

⁵⁰ M. Hoberman, Jason. “*Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*” 2001 Colum. Bus. L. Rev. 231.10-29.

⁵¹ A este respecto cabe señalar que el mecanismo de fijación de precios estipulado en el pacto de socios no puede conducir a un descuento indebido, de lo contrario la cláusula podría ser cuestionada por un tribunal debido a la violación de los

Es crucial que las cláusulas de desbloqueo de disuasión se transcriban de manera clara y precisa a fin de que operen con eficiencia, e impidan o al menos minimicen el riesgo de un conflicto prolongado, y proporcionen un nivel adecuado de protección a ambos socios durante las negociaciones.

Como vimos, la cláusula de disuasión se caracteriza porque su mecanismo trata de imponer una sanción o consecuencia punitiva al socio que inicia el procedimiento desbloqueo.

En estas cláusulas de disuasión se contempla que una situación de bloqueo solamente surge cuando uno de los socios envía un aviso de notificación al otro socio informando que dicha situación de bloqueo ha surgido.

Uno de los beneficios de cláusulas de desbloqueo es que tratan de solventar la paralización de la sociedad, ya que las situaciones de bloqueo muy raramente se resuelven, y pueden llevar a la sociedad a verse paralizada por la falta de decisión.

Por lo tanto, lo que propone esta cláusula es que en lugar de resolver el asunto clave que genera el bloqueo mediante la celebración de un número de reuniones, esta cláusula dispone que se deberá determinar de manera previa el “valor justo de mercado” de las participaciones de los socios mediante una valoración a ser realizada por un experto o por un auditor.

Una vez realizada la valoración, el socio que en un futuro emita la notificación de bloqueo deberá llevar a cabo alguna de las siguientes actuaciones, a saber: (a) bien comprar todas las participaciones del otro socio en el negocio a un valor superior al precio de mercado (pagando una prima), o (b) vender sus participaciones al otro socio a un valor menor al precio de mercado (con un descuento).

CONCLUSIONES

Como hemos visto en este trabajo existen muchas fórmulas contractuales, que bajo distintas designaciones y fundamentados según la regla general de la buena fe y los principios del deber de fidelidad y de lealtad del socio con la sociedad y con los consocios, pretenden solucionar las situaciones de bloqueo y minimizar el impacto del mismo.

Las distintas cláusulas de desbloqueo analizadas en este capítulo contemplan mecanismos a seguir para superar una situación de paralización o bloqueo en la Junta General de Socios. Como vimos, de los distintos mecanismos desbloqueo expuestos en este trabajo, los mismos tienen por objetivo regular, en la generalidad de los casos, el procedimiento de salida de alguno de los socios y terminación de la relación societaria inicial, todo ello a los fines de mantener viva la sociedad afectada.

En este trabajo hemos analizado las principales cláusulas de desbloqueo como formas de resolución de conflictos societarios, presentando las principales características de cada forma de cláusula de desbloqueo y así pudimos comprender las diferencias existentes entre una cláusula de desbloqueo con respecto a las otras formas de cláusulas de desbloqueo.

Hemos visto en este trabajo, que una de las prácticas más comunes en lo referente a disputas societarias derivadas de bloqueo en los órganos societarios, es el uso de herramientas contractuales predeterminadas destinadas a resolver el impase corporativo (deadlock) insuperable entre los socios de una sociedad, como sería el caso de las cláusulas de desbloqueo que fueron objeto de estudio en este trabajo.

Igualmente, hemos visto en este trabajo que las cláusulas de desbloqueo consisten en un mecanismo contractual comúnmente utilizado en los acuerdos de socios o estatutos sociales para la resolución de disputas societarias que generan bloqueo, y que en las sociedades mercantiles cerradas igualitarias (50 % - 50 %), suelen ser concurrentes. En el caso que surja una situación de bloqueo insuperable, uno de los socios presenta al otro socio una oferta para comprar o vender sus participaciones (“Socio Oferente”). El socio que reciba la oferta (“Socio Receptor”) decidirá si compra las participaciones del Socio Oferente o si vende su participación al Socio Receptor al precio y condiciones descritos en la oferta.

Los abusos de uno de los socios en sociedades mercantiles cerradas de tipo igualitario frente al otro socio se deben fundamentalmente a la falta de una legislación actualizada que contemple y resuelva de forma íntegra y de manera ex-ante y ex-post las sustituciones de bloqueo en materia societaria. La normativa mercantil no ha establecido reglas para lograr una solución equitativa a las situaciones de impasse de bloqueo en sociedades de capital paritario. Pero la práctica mercantil y la doctrina han encontrado soluciones contractuales que sirven de ayuda a resolver estos impases entre socios en caso de bloqueo. En este trabajo hemos analizado las distintas cláusulas de desbloqueo que han puesto en uso la práctica mercantil, sobre todo por la práctica mercantil de derecho comparado. Las sociedades mercantiles cerradas con una participación del cincuenta y cincuenta son propensas a sufrir bloqueos en la toma de decisiones. El empate da lugar al bloqueo y el bloqueo lleva a la paralización de la sociedad, siendo tal para-

lización inmediata cuando se refiere al órgano de la Junta de Socios, lo cual conduce primero a la intervención judicial de la sociedad y luego a su disolución y liquidación, con enorme destrucción de valor.

El conflicto en la sociedad de dos socios, una vez desatado, debe ser gestionado intentando consensuar algunas de las situaciones de salida o superación que debieron haber sido pactadas al constituirse la sociedad, aplicando las técnicas de la negociación. Uno de los problemas más habituales que existen en el marco de sociedades participadas por dos socios que son controladas de forma conjunta por ambos es que se produzca una situación de bloqueo, entendida en el sentido de una imposibilidad de adoptar acuerdos en alguno de los órganos societarios.

A los efectos anteriores, la Ley de Sociedades de Capital española y el Código de Comercio venezolano establecen la alternativa que podríamos denominar “fácil”: la disolución de la sociedad. Sin embargo, no es, a nuestro parecer, la solución más ideal, en tanto que no tiene, en absoluto, en cuenta los intereses de los socios, que pueden desear mantener la vigencia de la entidad permaneciendo uno de ellos en solitario, poniendo fin de dicha forma a la paralización existente. De acuerdo con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la disolución de la sociedad no es la única alternativa con la que cuentan los socios frente a un potencial bloqueo o paralización societaria, sino que existen diversos mecanismos de los que los socios pueden hacer uso, precisamente encaminados a garantizar la supervivencia de la sociedad. En este sentido, es conveniente negociar los mecanismos a aplicar en un momento previo a la constitución de la sociedad, por ejemplo, mediante la inclusión del método elegido en el correspondiente acuerdo de socios o acuerdo preliminar de constitución, de cara a asegurar que dicho bloqueo no va a suponer la liquidación de la sociedad.

El conflicto entre socios igualitarios en las sociedades de capital entraña una serie de peculiaridades que han de ser tomadas en consideración al momento de la conformación de la voluntad social. Aunque el conflicto no suponga ipso iure una causa de disolución de la sociedad, cuando no afecte al órgano de administración, la ruptura del principio de fidelidad entre los socios y la ausencia de affectio societatis constituyen un motivo de bloqueo social. Esta situación de bloqueo, que se produce como consecuencia del enfrentamiento personal de los socios y que se traslada al ámbito de la sociedad, los socios cuentan con distintas alternativas que son susceptibles de activarse en caso de incurrirse en situación de bloqueo y entre las que se encuentran las cláusulas de desbloqueo, y cuya clasificación ex-post ha sido objeto de estudio en este trabajo.

Si bien resulta necesaria una reforma legislativa en la materia, con el derecho vigente es posible, como vimos en este trabajo, el establecer cláusulas contractuales, estatutarias o para-societarias para prevenir las situaciones de empate, “impasse” y parálisis societaria,

Todos estos mecanismos comentados y analizados en este trabajo han de ser considerados a la hora de constituir una sociedad conjunta o joint venture en tanto que aportan ventajas evidentes frente a las soluciones que la regulación legal prevé en caso de bloqueo de los órganos sociales. En efecto, a través de estos mecanismos se intenta, y en ocasiones se logra, evitar la disolución de la sociedad y continuar con la actividad de la empresa, aún con, únicamente, uno de los socios al frente y, por lo tanto, conservar el valor de la misma, evitando que una situación prolongada de bloqueo ocasione una paralización de la sociedad y pérdidas irreversibles a los socios. También evitan las partes numerosos costes de agencia en los que seguramente incurrirían en el caso de no tener establecido un mecanismo para solventar las disputas. El hecho de que los socios sepan qué hacer en situación de bloqueo y cómo solventar esta situación hace que los gastos para llegar a esa solución sean los estrictamente necesarios (valoraciones, abogados, intervención de terceros independientes, etc.).

Por último, y desde el plano de las relaciones entre los socios, las cláusulas de desbloqueo ayudan también a que las disputas se resuelvan de acuerdo con un guion previamente pactado por ellos y no se deterioren las relaciones más de lo estrictamente necesario, ni se acuda a intentos de abusar de posiciones de ventaja por parte de ninguno de los socios. En definitiva, supone un ejercicio de responsabilidad por parte de los socios prever con antelación cómo actuar ante este tipo de situaciones de bloqueo societario que, aunque indeseadas por ambas partes, pueden ser muy reales a lo largo de la vida de la sociedad conjunta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, VANESA y VEGA SUÁREZ, ANA M. “*La protección jurídica de los Startups.*” La Revista Internacional de derecho práctico: Foro Jurídico Iberoamericano.
- CAREY, STEVENS, A. “*Buy/Sell Agreements in Joint Venture Real Estate Agreements*” 39 Real Prop. Prob. & Tr. J. 651 (2005).
- CLAR RAMÍREZ, PATRICIA. “*Cláusulas entre socios y mecanismos antibloqueo de las sociedades de capital.*” Universidad de Comilla. Facultad de Derecho. Madrid. Abril 2019. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/> (Consultado el 07/11/2020).
- COBO BERBERANA, CLARA y RODRÍGUEZ DE LA RÚA PUIG, CARMINA. “*La sociedad inoperante.*” *Economist & Jurist*, Vol. 22, Nº 182, 2014.
- CONTI, Louis T. M. *Deadlock-Breaking Mechanisms in LLCs—Flipping a Coin is Not Good Enough, but Is Better than Dissolution*, Bus. L. Today, Mar. 2017.
- DAIGRE (J.J.), SENTILLES-DUPONT M. “*Pacte d’actionnaires et capital-risque: Typologie et appréciation*”, París: Gln Joly, 1995.

- DE FRUTOS, María Ángeles y KITTSTEINER, Thomas. “*Efficient partnership dissolution under buy-sell clauses*”. En RAND Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, Spring 2008.
- DURÁ JUEZ, PEDRO. “*Teoría de subastas y privatizaciones: un modelo de reputación del vendedor*.” Editorial Académica Española, Madrid.
- FERNÁNDEZ DEL POZO. Luis. “*Un apunte sobre los posibles mecanismos societarios previstos en estatutos para romper el empate (tie-break provisions)*.” (Madrid. Revista La Ley Mercantil, N° 35, 2017)
- FLEISCHER, Holger y SCHNEIDER Stephan “*Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations - An Approach from Comparative Law and Economic Theory*” - Max Planck Private Law Research Paper No. 11/13.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “*El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinaria de las OPAS*”, RDBB 47 (1992) 665-689 (publicado después en Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs, Civitas, Madrid 1999).
- HERZFELD E.: Joint ventures, Jordans, 2.^a ed. Bristol: Jordans, 1989.
- HEWITT. *Joint Ventures*, 2 ed., New York, Sweet & Maxwell, 2010).
- HOBERMAN, Jason, M. “*Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*” 2001 Colum. Bus. L. Rev. 231
- LANGFELD-WIRTH K.: *Les joint ventures Internationales pratiques et techniques contractuelles des coentreprises internationales*, Garcia A. (traducción y adaptación), GLN Joly, Paris, 1992,
- LEYLAND, F.; BERTHON, P.; Watson, R. y Ewing, M. Octubre 2001. Estrategia de precios e Internet. Rev. Harvard DEUSTO Business Review.
- LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, J.C., “*Sección de derecho mercantil*,” “Mecanismos de desbloqueo societario.” junio de 2016, AEDAF Asociación Española de Asesores Fiscales
- LUCEÑO OLIVA, J.L.- GUERRERO CAMACHO, E. “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo”, La Ley, N° 8.610, 2015.
- NADORFF, NORMAN & MCNEAL, QUINNCY. “*Breaking Joint Venture Agreement Deadlocks: Before the Texas Shoot-Out, Try a Texas Shout-Out*, 5 Oil & Gas, Natural Resources & Energy.” J. 411 (2020), pp. 415 y ss. <https://digitalcommons.law.ou.edu/onej/vol15/iss3/2>
- NAVAJO, JOSEP. “*Situaciones que puedes evitar en tu Startup mediante un buen Pacto de Socios*.” Delvy Asesores. TodoStartups. 26-10-2012. Disponible en: <https://www.todostartups.com> (Consultado el 17/08/2018).

- MAHLER, Peter. Court Enforces “Quick Draw” Buy-Sell Agreement in Suit between 50/50 Shareholders.” 31 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.nybusinessdivorce.com/2014/03/articles/buyout/mintz/> (Consultado el 18/12/2020).
- MARTÍNEZ LIZÁN, CARLOS. “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias.” 4 mayo 2010. Legal Today, Portal jurídico de Thomson Reuters. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/como-evitar-y-remediar-las-situaciones-de-bloqueo-societarias-2010-05-04/> (Consultado el 11/07/2019).
- MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”, Contratos de comercio exterior. Doctrina y formularios, Madrid, Dykinson, 2007.
- ORTEGA BURGOS, Enrique. “Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo societario deadlock.” Economist & Jurist, Vol. 20, N.º. 162, 2012. Disponible en: <https://www.economistjurist.es> (Consultado el 07/09/2020)
- PAULEAU, Christine. “Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures. Análisis de la organización jurídica de las Joint Ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España.” Eprint. Universidad Complutense de Madrid. Madrid-España. 2000.
- PLANA PALUZIE, ÀLEX. “La mejor manera de desbloquear una sociedad (No siempre).” Entre Leyes y Jurisprudencia. Marzo 01, 2012. Disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2012/03/la-mejor-manera-de-desbloquear-una.html?m=0> (Consultado el 21/08/2020).
- POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law, Boston, Wolters Kluwer Law & Business, 1979.
- PRAT S.: “Les pactes d’actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières,” Edit. Litec, Paris, 1992.
- PIPER, S.M., BERMAN, M.L. & S.J. Notellovitz, “The Emerging Role of Dutch Auctions” Insights 3:8 (August 1989)
- PRAT, Sebastien. Les pactes d’actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières (Paris V: Litec, 1992), n.º 158 et s.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. “Cláusulas en los Contratos Internacionales. Redacción y análisis.” Editores: Atelier Libros; 2012; Madrid.
- SERRANO ACITORES, FRANCISCO ANTONIO. “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario.” Revista Lex Mercatoria N.º 1, 2015, pp. 83. También Disponible en <https://www.antonioserranoacitores.com/bloqueo-societario/> 2016 (Consultado el 01/03/2021).
- SREENIVAS KAMMA; GEORGE KANATAS Y STEVEN RAYMAR. “Dutch auction versus fixed-price self-tender offers for common stock.” Journal of Financial Intermediation. Volume 2, Issue 3, September 1992

La personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles y la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos

Nailet Gómez Padilla*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 475-487

Resumen: Las sociedades mercantiles se entienden como aquellas sociedades cuya finalidad es realizar uno o varios de los actos de comercio y en su formación y perfeccionamiento tienen distintas etapas y requisitos, para su existencia y constitución legal. Es innegable que como personas jurídicas, no pueden gozar de personalidad jurídica solo por voluntad de los particulares puesto que el reconocimiento legal constituye en sí la personalidad referida. La presente investigación tiene el objetivo de exponer los aspectos más fundamentales y generales relativos a la constitución, creación y formación de las sociedades mercantiles con miras de comparar con el texto legislativo: Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos, y el nuevo Registro Nacional de Emprendimiento.

Palabras clave: Sociedad Mercantil, emprendimiento, Venezuela.

The legal status of corporate entities and National Entrepreneurship Registry.

Abstract: Corporate entities are businesses established to conduct commercial activities. The process of forming and incorporating these entities involves various stages and legal obligations. The legal status of corporate entities is achieved through the agreement of the involved parties and compliance with specific formalities. This study seeks to highlight the essential aspects regarding the establishment, incorporation, and structure of corporate entities, comparing the key provisions of the Commercial Code with the regulations of the Law for the promotion and advancement of new businesses, alongside the National Entrepreneurship Registry.

Keywords: Commercial Law, Corporate entities, Commercial Code.

Recibido: 17/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Universidad Metropolitana, Venezuela. Abogada y docente de la Escuela de Derecho. Directora Ejecutiva del Observatorio de Bioética y Derecho UNIMET.

La personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles y la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos

Nailet Gómez Padilla*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 475-487

SUMARIO:

1. Aspectos fundamentales de la existencia de las sociedades mercantiles. 1.1. Nacimiento de las sociedades mercantiles. 1.2. Personalidad jurídica en las sociedades mercantiles. 1.2.1. Formalidades registrales. 2. Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos. 2.1. Registro Nacional de Emprendimiento y subsidiariedad del Registro Mercantil. BIBLIOGRAFÍA.

1. Aspectos fundamentales de la existencia y regularidad de las sociedades mercantiles

Siendo que las sociedades mercantiles se entienden como aquellas sociedades cuya finalidad es realizar uno o varios de los actos señalados como comerciales o aquellos que pueden ser equiparados por analogía¹, es más que necesario exponer a modo de introducción los aspectos fundamentales de este contrato que dan origen a su nacimiento y a la adquisición de su personalidad jurídica. Es innegable que como personas jurídicas, las sociedades mercantiles gozan de personalidad, pero a su vez la misma no puede ser creada por voluntad de los particulares puesto que el reconocimiento legal constituye en sí la personalidad referida. La presente investigación tiene el objetivo de exponer los aspectos más fundamentales y generales relativos a la constitución, creación y formación de las sociedades mercantiles con miras de comparar con el texto legislativo: Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos, y el nuevo Registro Nacional de Emprendimiento.

* Universidad Metropolitana, Venezuela. Abogada y docente de la Escuela de Derecho. Directora Ejecutiva del Observatorio de Bioética y Derecho UNIMET.

¹ Francisco Hung Vaillant, *Sociedades*, 6ta. Ed. (Caracas: Vadel Hermanos, 2002), 11.

1.1. Nacimiento de las sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles, siendo aquella ejecución colectiva de la actividad mercantil, comienza su concepción jurídica en el artículo 1.649 del Código Civil de Venezuela, el cual hace referencia a que es aquel contrato en el cual dos o más personas convienen en la contribución común que será destinada a la realización de actividades con fin económico. Lo anterior debe ser complementado igualmente con los artículos 10 y 200 del Código de Comercio relativos a que las sociedades mercantiles son comerciantes, en ejercicio de forma colectiva como se mencionó anteriormente; y, que ese fin económico debe ser conducido a la ejecución de dos o más actos de comercio. Será entonces que el primer cuestionamiento es el tipo de contrato que se celebra al momento de crear una sociedad mercantil.

La doctrina venezolana se ha decantado a responder esta interrogante al establecer que la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles podría derivar entre cuatro supuestos: el contrato bilateral, la sociedad como actos constitutivos, como una institución, y finalmente, como un contrato bilateral.

En el primer supuesto, la sociedad mercantil como un contrato bilateral, se entiende así al presentar al grupo de contratantes como una unidad frente a la intención de asociación de otro contratante. En otras palabras, las dos partes e intereses asociados a la bilateralidad serán el contratante y la unidad conformada por otros contratantes en la cual presentan ambas partes la voluntad de crear una sociedad. Sin embargo, no se puede ignorar que el contrato bilateral tiene características inherentes para sí que no están presentes en las relaciones asociativas, Morles expone que:

- a) no existe una sociedad, como en los demás contratos bilaterales, dos partes con intereses contrapuestos; b) en la sociedad no existe intercambio de prestaciones entre las partes, sino que las prestaciones salen de cada uno de los contratantes para formar un fondo común; c) las modificaciones del acto social aprobadas por una mayoría, equivalen a una modificación del contrato sin el consentimiento de algunas de las partes que intervienen en él; d) del contrato nace una persona jurídica no siempre sujeta a la voluntad de los constituyentes².

Queda más que claro que la aproximación del contrato de sociedades como un contrato bilateral, no es suficiente para comprender las relaciones internas y externas presentes en esta figura jurídica. Ante ello, el segundo supuesto estudia a las sociedades mercantiles como un acto social unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta a ellos, siendo así la sociedad el resultado de una sola voluntad común³.

² Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil, las Sociedades Mercantil. Tomo 2.* (Caracas: Abdiciones, 2017), 31-32.

³ Morles, *Curso (...)*, p. 32.

Igualmente, y partiendo también de la necesidad de estudiar a las sociedades desde una perspectiva distinta a las teorías contractuales, nace la propuesta francesa de determinar la naturaleza jurídica de las sociedades como una institución. De acuerdo a esta teoría, el nacimiento de las sociedades deriva en una institución que tiene por finalidad la realización de un interés intermedio entre el interés del individuo y el interés del Estado (...) ostentará tres características reunidas en una idea directriz, un principio de autoridad, y la comunión de todos los miembros del organismo alrededor de la idea directriz.

Ambas teorías son ampliamente refutadas, principalmente debido a su poca o escasa precisión o contemplación de la voluntad y consentimiento que debe ser natural e inherente en el ejercicio societario. Tenemos entonces la necesidad de recurrir nuevamente a la concepción contractual de las sociedades.

Dicho lo anterior, Hung Vaillant establece que el acto que da origen a la creación de la sociedad tiene carácter negocial y considera tal negocio dentro de la categoría general de los contratos. (...) acepta así su clasificación dentro de los contratos asociativos como especie de los contratos plurilaterales⁴.

Es necesario hacer referencia a lo que son los contratos plurilaterales, entendidos como “aquellos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada uno están dirigidas directamente a conseguir la obtención de un fin común”⁵, y que están esencialmente referidos a figuras de carácter asociativo. Este fin común al que se hace, en el caso de las sociedades mercantiles, estará enfocado al cumplimiento de una actividad económica que parte de las manifestaciones de las voluntades de los socios. De igual manera, entre los contratos plurilaterales, los de carácter asociativo constituyen una subespecie caracterizada por la creación de un organismo común, (...) debido a que mientras cada contrato de cambio implica obligaciones características en su contenido, el contenido de la prestación social puede ser muy variado⁶.

Al definir al contrato de sociedad como un contrato plural se permite mantener la relación jurídica necesaria para permanecer en la misma y además promover la inclusión de nuevas partes, que en general tendrán intereses distintos, pero con finalidades comunes dedicadas al cumplimiento del objeto social. Siendo esta la figura contractual que permite el correcto desarrollo de la sociedad mercantil objeto de estudio en esta investigación, corresponde ahora estudiar el nacimiento de la sociedad frente a las formalidades particulares establecidas en el Código de Comercio.

⁴ Hung, *Sociedades (...)*, p. 74.

⁵ Sheraldine Pinto Oliveros, *Contrato plural, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista*. (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N. 13, 2020), 705.

⁶ Morles, *Curso (...)*, p. 35.

El artículo 1.652 del Código Civil venezolano parece responder fácilmente esta duda al establecer que “la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa”. Sin embargo, al estudiar a las sociedades mercantiles particularmente se observa que, aunque la voluntad manifiesta a través del contrato otorga existencia, se necesitan otros requisitos para entenderla como legalmente constituida. La doctrina nacional ha llegado al consenso de que la personalidad jurídica no puede ser creada por voluntad de los particulares, el reconocimiento legal es constitutivo de tal personalidad⁷.

Sobre lo anterior, a fin de considerar a las sociedades mercantiles como “legalmente constituidas” o con personalidad jurídica, nuestro Código de Comercio en los artículos 211 y 212 prescribe un conjunto de formalidades: redacción de un documento público o privado escrito, inscripción en el Registro Mercantil y publicidad (fijación y publicación en un periódico). Sin el cumplimiento de las referidas formalidades, las sociedades mercantiles no producen la totalidad de los efectos previstos en la Ley; efectos que tienen importancia tanto desde el punto de vista interno de las relaciones entre socios, como desde el punto de vista externo de las relaciones entre la sociedad y los terceros⁸.

Las formalidades de inscripción en el Registro de Comercio o Registro Mercantil mencionadas anteriormente, forman parte de las reglas generales sobre la publicidad mercantil que tienen como objetivo el otorgamiento de la personalidad jurídica, mas no niega su existencia misma. Esto lo podemos deducir de la lectura conjunta de los artículos 1.652 del Código Civil y el artículo 220 del Código de Comercio, relativos a la existencia de las sociedades una vez manifestada la voluntad, ya mencionada anteriormente; y al derecho particular de los socios de demandar la disolución de una compañía que no ha sido legalmente constituida.

Ha quedado que el nacimiento de las sociedades mercantiles deviene del contrato mismo de formación de los socios y la manifestación de las voluntades de sus accionistas y no necesariamente por el cumplimiento de los requisitos formales de su formación, que derivan en las consecuencias ya dichas anteriormente. Es así como la formación de las sociedades mercantiles posee dos etapas relativas a su existencia y legalidad. Teniendo ya determinada su existencia y nacimiento jurídico, corresponde ahora exponer los aspectos más fundamentales sobre la personalidad jurídica y las formalidades a las que se debe someter el contrato de sociedad.

⁷ Morles, Curso (...), p. 53.

⁸ Hung, *Sociedades (...)*, p. 89.

1.1. Personalidad jurídica en las sociedades mercantiles

Partiendo de que la atribución de capacidad jurídica es facultad del ordenamiento jurídico, pero cuando se otorga a las colectividades humanas, simplemente se está reconociendo realidades, la personalidad jurídica no puede ser creada por voluntad de los particulares, el reconocimiento legal es constitutivo de tal personalidad⁹.

El ordenamiento jurídico establece en principio que al hablar de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles implica otorgar ciertas características especiales a sujetos determinados por la ley (según el artículo 19 del Código Civil venezolano), que son capaces de asumir obligaciones y derechos. El calificarlas como sujetos de derecho implica:

- a. Su individualización mediante un nombre.
- b. La atribución de domicilio y nacionalidad que pueden o no coincidir con el de los asociados.
- c. El reconocimiento de una voluntad autónoma no confundible con la voluntad de los socios¹⁰.

Además de estos, la categoría de personalidad jurídica deriva en tres elementos esenciales y suficientes referentes a: (1) un patrimonio autónomo separado del patrimonio de cada individuo; distinto y desvinculado de la situación de cada sujeto que pueda haber contribuido a formar dicho patrimonio; (2) órganos de actuación en la vida de las relaciones jurídicas, integrados, como es natural, por sujetos humanos, y, (3) normas jurídicas que, expresa o implícitamente, reconozcan la autonomía patrimonial y la existencia de los órganos de expresión de la voluntad colectiva¹¹.

En general, existen dos consecuencias de la adquisición de la personalidad jurídica: la condición de sujeto en la sociedad y autonomía patrimonial, y para ello, la ley nos remite al cumplimiento de formalidades registrales y de publicidad especiales para las sociedades mercantiles.

⁹ Morles, Curso (...), p. 53.

¹⁰ Hung, *Sociedades (...)*, p. 44.

¹¹ Hung, *Sociedades (...)*, p. 38.

1.2.1. Formalidades registrales

A los fines de considerar a las sociedades mercantiles como legalmente constituidas nuestro ordenamiento jurídico prescribe un conjunto de formalidades, tales como: redacción de un documento escrito, inscripción en el Registro Mercantil y publicidad (referida a la fijación y publicación en un periódico), requisitos enunciados en el artículo 212 del Código de Comercio. Sin el cumplimiento de las referidas formalidades, se entenderá que no han sido legalmente constituidas conforme al artículo 219 del mismo código en el que se señala:

Si en la formación de la compañía no se cumpliere oportunamente las formalidades que ordenan los artículos 211, 212, 213, 214 y 215, según sea el caso, y mientras no se cumplan, la compañía no se tendrá por legalmente constituida (Subrayado propio)¹².

Cuando esto ocurre, la figura de la sociedad mercantil sujeta a estas fallas o faltas en la formalidad, no produce la totalidad de los efectos previstos en la Ley y mencionados en el apartado anterior relativo a la personalidad jurídica. Para entender la extensión de las consecuencias de las faltas en el cumplimiento de las formalidades, primero es necesario entender las formalidades mismas a las que están sometidas las sociedades mercantiles.

El primer requisito conducente a la formalidad está enunciado en el artículo 211 del Código de Comercio, haciendo referencia al otorgamiento del contrato de sociedad de manera pública o privada. Se deduce en primera instancia que debe de ser escrito, esencialmente para poder cumplir los requisitos formales posteriores, pero para conocer el contenido del mismo hay que leer los artículos siguientes. Para las sociedades en nombre colectivo y las de comandita simple, los requisitos están enunciado en el artículo 212; para las sociedades anónimas y en comandita por acciones, se deben integrar al documento lo enunciado en el artículo 213; y finalmente, las sociedades de responsabilidad limitada deben de cumplir con lo expresado en el artículo 214.

La segunda formalidad requerida para regular la constitución de las sociedades mercantiles es la inscripción en el Registro Mercantil. Dicha inscripción debe efectuarse en la oficina correspondiente con jurisdicción en el lugar señalado como domicilio social, dentro de un lapso no mayor a quince días después del otorgamiento del contrato, según lo establecido en el artículo 215 del Código de Comercio.

El Registrador tiene poder de control sobre los documentos presentados y cuando encuentra que han sido cumplidos todos los requisitos previstos en la Ley ordena

¹² Código de Comercio venezolano. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955, Artículo 19.

el registro y la publicación. Este poder de control que corresponde a la Registradora o Registrador Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada¹³ y las demás facultades y obligaciones relativas al rechazo, homologación, registro e inscripción.

La última formalidad a cumplir es la publicación del documento en un periódico, posterior a la autorización y homologación del Registro Mercantil. Esta obligación parte del cumplimiento del artículo 22 y el ordinal 9 del artículo 19 del Código de Comercio. La publicación y fijación debe ser de 6 meses y actualmente, este requisito se ha venido cumpliendo en órganos de prensa específicamente dedicados a dar publicidad a los actos de Registro Mercantil y a acontecimientos judiciales¹⁴.

Cumpliendo con los requisitos formales anteriormente mencionados, se ha establecido ya que a falta de cumplimiento las sociedades quedarán entendidas como legalmente no constituidas, o serán llamadas sociedades irregulares. La irregularidad de la sociedad puede tener su origen en el incumplimiento de todos o alguno de los requisitos establecidos por Ley y tiene como consecuencia la carencia de efectos jurídicos relativos a la formalidad necesaria para acceder a la personalidad jurídica. En líneas generales, hay que remitirnos nuevamente al artículo 219 del Código de Comercio y concluir que todo aquel que haya obrado a nombre de una sociedad irregular, quedará personal y solidariamente obligado de sus operaciones.

Ante ello, partimos entonces en el planteamiento que debemos hacernos con respecto al régimen de publicidad y registro vigente actualmente para los emprendimientos venezolanos que según la ley que presentaremos a continuación, tiene por objeto la facilidad y omisión de retardos administrativos y propone el otorgamiento de personalidad jurídica sin cumplir los requisitos formales que presentamos anteriormente.

2. Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos

La Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria del 15 de octubre de 2021 bajo el número 6.656 y en su artículo 1 establece que “tiene por objeto promover el desarrollo de nuevos emprendimientos y una cultura emprendedora orientada al aumento y diversificación de la producción de bienes y servicios, el despliegue de innovaciones y su incorporación al desarrollo económico y social de la Nación”.

¹³ Artículo 57 de la Ley de Registros y Notarías. 1955, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.668 del 16 de diciembre de 2021.

¹⁴ Morles, Curso (...), p. 125.

Complementa su objeto al establecer en su artículo 2 que fomentará el emprendimiento mediante políticas dirigidas a un mejor y mayor desarrollo de esta actividad económica, fomentará la iniciativa emprendedora y favorecerá el ejercicio del derecho a la libre actividad económica sin limitaciones adicionales a las de la Constitución y la Ley. Para cumplir con esta finalidad, dispone la ley en su artículo 9, relativo a la simplificación de trámites administrativos, lo siguiente:

El Ejecutivo Nacional adoptará las medidas necesarias para la simplificación de los trámites administrativos, referidos a la constitución, desarrollo y financiamiento de los nuevos emprendimientos. En consecuencia, debe: 1. Suprimir aquellos trámites administrativos innecesarios para la constitución y funcionamiento de los nuevos emprendimientos. 2. Simplificar y mejorar los trámites, reduciendo los requisitos y exigencias a los emprendedores, estableciendo instrumentos homogéneos que faciliten su registro y control. 3. Utilizar al máximo las tecnologías de la comunicación y la información, en todos los trámites relacionados con la constitución y funcionamiento de nuevos emprendimientos. 4. Adoptar mecanismos de supervisión y control de la simplificación de trámites, estableciendo los plazos necesarios para su implementación. (Subrayado propio).

La misma ley establece el concepto de emprendimiento al indicar que se refiere a aquella actividad económica con fines de lucro ejercida por una o más personas, que adquiere personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimiento y tiene una duración de hasta dos años. Al determinar que se trata de actividades económicas con fines de lucro, se interpreta que hace referencia a figuras del derecho que deben de estar reguladas en el derecho mercantil.

Otros autores definen al emprendimiento como: “la actividad que involucra el proceso de creación de nuevas empresas, el repotenciamiento de las actuales y la expansión de las firmas en los mercados globales, entre otros aspectos clave”¹⁵. Ante esta definición, y la que está presentada por la misma Ley, es innegable la competencia del Registro Mercantil y de las normas relativas a la formalización de figuras societarias de derecho mercantil que formalicen estas asociaciones con fines lucrativos.

La simplificación de los trámites administrativos con el objetivo de fomentar el emprendimiento nacional no queda expresamente definida hasta que se leen los artículos 15, 16 y 17 de dicha ley, en la cual se exhorta a los emprendedores a acudir en primera instancia al Registro Nacional de Emprendimiento, en lugar del Registro Mercantil. Así las cosas, se presenta a continuación cómo define la ley la determinación de la personalidad jurídica de estas figuras de emprendimiento.

¹⁵ Cueva, Franklin Duarte. “Emprendimiento, empresa y crecimiento empresarial.” Contabilidad y negocios 2.3 (2007): 46-55.

2.1. Registro Nacional de Emprendimiento y subsidiariedad del Registro Mercantil

El Registro Nacional de Emprendimiento es definido en el artículo 15:

Es un registro público del órgano rector que tiene por objeto la inscripción de los nuevos emprendimientos, así como los actos y contratos relativos a los mismos. Su organización y funcionamiento será regulado por los reglamentos y resoluciones de esta Ley y se regirá por los principios previstos en la legislación en materia de registros y notarías, en cuanto le sean aplicables.

De manera precisa, el artículo anterior presenta al Registro Nacional de Emprendimiento como un órgano de inscripción y regulación interna para las figuras comerciales tanto individuales como colectivas que se registren en el mismo. Sin embargo, es lo indicado en el artículo 16 de la Ley lo que propone grandes cambios en lo que se venía entendiendo como el otorgamiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

Con respecto a lo anterior, dispone la Ley lo siguiente:

Artículo 16. La inscripción en el Registro Nacional de Emprendimientos otorga personalidad jurídica al emprendimiento. El registro de los emprendimientos en el Registro Nacional de Emprendimiento constituye una condición indispensable para el acceso a los beneficios y estímulos establecidos en esta Ley, así como para su reconocimiento ante las instituciones del Estado. (Subrayado propio)

Y finalmente, hace del Registro Mercantil una entidad supletoria a la que deben acudir las sociedades formalizadas ante el Registro Nacional de Emprendimiento después de dos años transcurridos:

Artículo 17. La inscripción en el Registro Nacional de Emprendimientos tendrá una vigencia máxima de dos años. Cumplido este plazo, el emprendimiento deberá ser inscrito en el Registro Mercantil correspondiente bajo las figuras jurídicas establecidas en el código de comercio y demás leyes aplicables, so pena de la comisión de ilícitos tributarios formales, materiales y penales previstos en la legislación tributaria. (Subrayado propio).

Sería válido llegar a la conclusión de que la Ley ha dispuesto que el Registro Nacional de Emprendimiento tenga facultades que antes eran inherentes del Registro Mercantil al conceder personalidad jurídica a aquellos emprendimientos que se sometan a esta inscripción. Aunque la Ley puede establecer una vigencia máxima de dos años, presenta amplios cambios sobre lo que se había entendido como el otorgamiento de la personalidad jurídica de sociedades y actividades comerciales. Los beneficios que ha presentado la Ley como parte de este programa de fomento y libre ejercicio de la actividad comercial ha derivado en que los artículos 17, 18, 19 ordinal 8, 20, 200, 212,

215, 218, 219 y 220 ahora sean de aplicación supletoria frente a comerciantes y asociaciones que después de transcurrido el lapso de inscripción ante el Registro Nacional de Emprendimiento, deseen formalizar su comercio ante el Registro Mercantil.

Un emprendimiento que sea sometido al registro particular presentado por esta ley, gozará de un patrimonio autónomo, un nombre, domicilio y nacionalidad y una voluntad particular diferente a la de los miembros creadores del emprendimiento. Al menos, esa es la conclusión que se extrae de la determinación y otorgamiento de la personalidad jurídica que deriva de las políticas propiciadas por la Ley. Las reglas aplicables a las formalidades registrales que fueron brevemente expuestas anteriormente, ahora quedarán sometidas a un régimen de supletoriedad sobre aquellas sociedades que previamente hayan sido sujetos de del Registro de Nacional de Emprendimiento.

Igualmente es necesario establecer que al estudiar lo relativo al nacimiento o no de la sociedad, la conclusión puede ser clara al alegar que como sociedades mercantiles si existen (aquellos registros que sean de ejecución colectiva del comercio). Sin embargo, ¿estaríamos en presencia de sociedades irregulares? Entendiendo que las mismas son aquellas sociedades que existen como contrato societario pero que al no cumplir con los requisitos formales del mismo, no gozan de la personalidad jurídica otorgada por el Registro Mercantil. Serán entonces, sociedades que existen, que tienen personalidad jurídica pero no han cumplido aún con las formalidades necesarias para identificar el tipo de sociedad sobre el cual ejecutarán el comercio, la responsabilidad interna y externa de los socios, el nombre o razón social, el patrimonio fijo de la misma como lo es el capital social y las formas de organización y toma de decisiones de la sociedad.

Finalmente, es válido precisar que se hizo especial énfasis en esta investigación en las consecuencias de esta ley referente a las sociedades mercantiles debido a la nueva supletoriedad del Registro Mercantil. Sin embargo, la Ley no dispone distinción especial para las sociedades mercantiles y solo hace referencia a “figuras establecidas en el Código de Comercio”, por lo que puede extenderse a la ejecución individual de actividades comerciales con fin de lucro. De igual manera, este fue un análisis general de lo que se dispone en el Código de Comercio con respecto al nacimiento y formalización de las sociedades mercantiles frente a lo establecido en la Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos, pero que no propone especial análisis con respecto a sus implicaciones a nivel práctico.

BIBLIOGRAFÍA

Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil, las Sociedades Mercantil. Tomo 2.* (Caracas: Abdiciones, 2017), 31-32.

Cueva, Franklin Duarte. “Emprendimiento, empresa y crecimiento empresarial.” *Contabilidad y negocios* 2.3 (2007): 46-55.

Francisco Hung Vaillant, *Sociedades, 6ta. Ed.* (Caracas: Vadel Hermanos, 2002), 11.

Sheraldine Pinto Oliveros, *Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista.* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N. 13, 2020), 705.

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

Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N°. 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

Ley de Registros y Notarías. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.668 del 16 de diciembre de 2021.

Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.656 del 15 de octubre de 2021.

Títulos valores: aspectos regulatorios en el mercado de capitales venezolano

Luis Ernesto Fidhel González*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 489-546

Resumen: Esta exposición tiene por objetivo el análisis de la regulación del mercado de capitales en referencia a la oferta de títulos valores, particularmente obligaciones o títulos de deuda producidas por la sociedad mercantil para financiarse de manera colectiva que deben cancelarse en el término establecido en el respectivo contrato. Se considera por el adquirente como una inversión por el pago de la tasa de interés. El negocio bursátil establece las obligaciones para el emisor e inversionista. Otro aspecto: los principios sobre derecho a la información patrimonial del emisor de las obligaciones para la transparencia de esta actividad.

Palabras clave: Títulos valores, mercado de capitales, acuerdo societario.

Securities: regulatory aspects in the Venezuelan capital market

Abstract: This presentation aims to analyze the regulation of the capital market in reference to the offer of securities, particularly obligations or debt securities produced by the commercial company to finance itself that must be paid within the terms established in the respective contract. It is considered by the acquirer as an investment due to the cancellation of the interest rate. The stock market business is specified in a contract that establishes the obligations of the issuer and investor. Other aspects: the principles on the right to asset information of the issuer of the obligations for the transparency of this activity.

Keywords: Securities, capital markets, corporate agreement.

Recibido: 17/5/2024
Aprobado: 31/5/2024

* 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- email: lefg1968@gmail.com.

Títulos valores: aspectos regulatorios en el mercado de capitales venezolano

Luis Ernesto Fidhel González*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 489-546

SUMARIO:

1. Acuerdo societario. 2. Emisión de obligaciones. 3. Oferta pública. 4. Registro Nacional de Valores. 5. Principios de información y transparencia. 6. Información privilegiada. 7. Calificación de riesgo. 8. Colocación. 9. Suscripción. 10. Desembolso. 11. Redención de la obligación. 12. Agrupación de obligacionistas. 13. Acciones de los tenedores. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La dimensión del estudio sobre los títulos valores como objeto de una emisión colectiva de deuda particularmente para el mercado de capitales, lo hace más complejo que cuando es emitido de manera individual. Es el caso, no solamente se ven comprometidos elementos propios del derecho de las obligaciones cartulares; también se conjugan de la economía, contabilidad, matemáticas financieras, estadística, informática y bursátiles. La actividad bursátil considerada de orden público y objeto del derecho de administrativo, es controlada por el estado a través del órgano rector respectivo, otorgándole una dimensión distinta a la naturaleza mercantil original de la oferta de títulos considerados en principio actos objetivos de comercio.

Esta exposición ha destacado el valor que tiene para la actividad bursátil y el derecho que la regula el denominado principio de transparencia e información eficaz y mejor ejecución de las ordenes de los sujetos que participan en éste mercado; siendo un agregado sobre la conducta que deben observar los sujetos que se desenvuelven en este ámbito, que trae consecuencias jurídicas en caso de vulneración como es el uso de la información privilegiada.

* 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- email: lefg1968@gmail.com.

Se destaca como parte de la concreción del negocio bursátil el carácter especulativo de la oferta de los títulos destacando su volatilidad que influye sobre su demanda; como la remuneración al préstamo a través del interés considerado como inversión para el obligacionista por asumir el riesgo que implica siendo un parámetro para su determinación.

El presente trabajo se orienta a través de las cuatro fases que destaca el negocio bursátil respecto a títulos valores: Acuerdo societario, emisión, colocación y suscripción. De estas fases emanan los principales temas de manera accesoria como: delegación en los administradores, principio de transparencia y mejor ejecución, asamblea de obligacionistas, ordenes bursátiles, calificación de riesgo, agente de colocación, entre otros.

1. Acuerdo societario

El acuerdo societario es la voluntad de los socios reunidos en asamblea manifestando la decisión de emitir títulos de financiamiento para ser ofrecidos a través de la oferta pública. Se crean por declaración unilateral de la voluntad creadora de la sociedad a través de la asamblea de accionistas bajo la atribución o función genérica de deliberar o someter a su conocimiento las materias que se le atribuyen. El funcionamiento de la asamblea como la eficacia de sus decisiones dependen del cumplimiento de los requisitos y formalidades, muchos de estos son imperativos de orden público societario. En este sentido, es la reunión de los accionistas con la finalidad de resolver en interés social los asuntos de su competencia con efectos de obligatoriedad para la sociedad.

Oswaldo Hundskopf Exebio, señala si bien el acuerdo societario de emisión de obligaciones o bonos es considerado por la mayoría de autores como un negocio jurídico o contrato; se trata -en su opinión- de un negocio colectivo, un acuerdo mediante el cual la sociedad emisora conviene realizar una oferta de bonos bajo determinadas condiciones y cumpliendo los requisitos de ley¹.

1.1. Regulación bursátil

Cuando una sociedad anónima vaya a decidir sobre la emisión de obligaciones, previamente debiese obtener la autorización del órgano administrativo regulador correspondiente; que en Venezuela es la Superintendencia Nacional de Valores, aun cuando se realice de forma privada. Interpretándose que una asamblea de accionistas para deliberar sobre la emisión de obligaciones, únicamente puede ser convocada con

¹ Oswaldo Hundskopf Exebio. "Las emisiones de obligaciones en el mercado de valores y su rescate anticipado". *Ius et Praxis*. N° 30. Sección empresarial (1999): 95-112.

la autorización administrativa correspondiente. Acotando que la asamblea de accionistas debe ser convocada para deliberar sobre este aspecto, pues legalmente es imperativa esta exigencia². De conformidad con la ley y resoluciones sobre mercado capitales, los emisores que realicen oferta pública de títulos valores deberán obtener autorización previa de la asamblea general de accionistas.

1.2. Asamblea

Es un órgano colectivo primario de formación de la voluntad social, siendo el único medio que tienen los accionistas para dilucidar y decidir sobre las situaciones que determinan el funcionamiento y organización de la sociedad anónima³. En el régimen societario las decisiones se adoptan bajo un régimen especializado que debe dar garantías a los socios para que manifiesten su voluntad bajo un sistema de decisiones mayoritarias y concurrencia mínima. La participación del socio en la formación de la voluntad social constituye un derecho inderogable, que de manera alguna podría ser limitado al menos que se prevean situaciones de excepción en la Ley.

Morles señala, en principio la asamblea de accionistas debe ser siempre convocada para deliberar sobre la emisión de obligaciones pues el Código de Comercio ha hecho imperativa esta exigencia. Asumiendo la tesis de la competencia que hace no incurrir en un desconocimiento de la función propia de los administradores como de los comisarios, invadiendo su campo de actuación en lo específico; la asamblea delibera sobre cualquier materia, pero debe ser propuesta por los administradores a través de la convocatoria, porque solo puede limitarse a asuntos particularmente sometidos a su consideración. En consecuencia, si un punto no se encuentra incluido en el orden de la convocatoria, la asamblea no puede discutirlo. Si lo hace la deliberación resultaría nula⁴.

1.3. Convocatoria

La propuesta sobre la emisión de obligaciones la realizan los administradores a través de la convocatoria para que sea considerado por la asamblea (Arts. 300 y 280, Código de Comercio). Los administradores deberían argumentar y justificar la conveniencia de emitir determinadas obligaciones. La convocatoria debe anunciar el objeto de la reunión indicándose de modo específico, no de manera genérica, por lo que toda

² Alfredo Morles Hernández. “Régimen legal del mercado capitales”. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1999), 353-354.

³ Teresa Sánchez González. “Acción de nulidad de las decisiones de la asamblea de accionistas”. (Trabajo Especial de Grado. Especialidad en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. 2012).

⁴ Alfredo Morles Hernández. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Tercera Edición. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989) 944-946.

deliberación no expresado en ella resulta nula (artículo 277, Código de Comercio). Además del orden del día, debe expresar la fecha, hora, la sede y lugar de reunión de la asamblea, de otra manera existiría imprecisión acerca de un elemento de información importante para los accionistas, pues la finalidad del aviso es informar, por lo que debe ser suministrada en forma clara, directa y expresa; de lo contrario sería nula la convocatoria, porque su forma y contenido debe ser apta para cumplir tal finalidad de información completa, suficiente y oportuna al realizarse en un tiempo y a través de los medios adecuados para la efectiva notificación de los socios⁵.

1.4. Delegación en los administradores

La dinámica de la sociedad mercantil y, particularmente, aquellas cuyas obligaciones como acciones son objeto de oferta pública, exige que sus órganos de decisión – asamblea- y de ejecución - la administración- dispongan en todo momento de los instrumentos más idóneos para dar respuesta adecuada a las exigencias que en cada caso demande la propia sociedad o necesidades del mercado de valores. Entre éstas se encuentran de dotarse de nuevos recursos económicos para hacer frente a tales demandas por nuevas aportaciones de capital o ingresos a través de contraer nuevas deudas por medio de la emisión de obligaciones.

En consecuencia, la dinámica de los mercados bursátiles como su volatilidad, la rapidez de la ejecución tienen una especial importancia y se convierte en un factor determinante para la exitosa consecución de una potencial captación de nuevos recursos. En este sentido, se atenúa las facultades de la asamblea de accionistas para deliberar y decidir sobre la emisión de nuevas obligaciones u acciones en los administradores.

Esta delegación legal de facultades surge para satisfacer la necesidad de muchas sociedades mercantiles de agilizar y hacer más eficaz el ejercicio de tareas que le corresponde a la asamblea de accionistas; consiste en la posibilidad de autorizar a uno o más miembros de la administración dentro de los límites previamente establecidos, funciones propias de la asamblea, sin suponer la pérdida por ésta de las competencias sobre las funciones delegadas ni la liberación de su responsabilidad en la gestión social. La delegación puede ser considerada como una institución típica del derecho de sociedades consistente en un acto por el cual, teniendo como base la autorización concedida por el legislador, se modifica la organización de la administración prevista por la Ley y por los estatutos, pero sin alterar sus rasgos esenciales; por ello un sector de la doctrina lo califica como “acto de organización”⁶.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional. Sentencia 1066, 09.12. 2016 (caso: Yasmín Benhamú Chocrón y otro)

⁶ María Carmen Ortiz del Valle. “La administración delegada de las sociedades anónimas. Estudio del artículo 141, de la Ley de Sociedades Anónimas”. (Tesis Doctoral. Universidad de Granada. 2005).

Para delegar esta atribución en principio le pertenece a la asamblea; se debería orientar por los siguientes parámetros: 1) plazo de tiempo para realizar las emisiones y límite cuantitativo de los montos de éstas. 2) Alcance de la delegación, considerándose la fijación de los distintos aspectos y condiciones de cada emisión, incluyendo a título enunciativo y no limitativo, el valor nominal de los títulos valores emitidos, precio del reembolso, tipo de interés, relación de canje, amortización, cláusulas de subordinación, garantías de la emisión, admisión a cotización, legislación aplicable y cualquier otra condición de la emisión.

1.4.1. Regulación bursátil

La asamblea de accionistas podrá delegar en el órgano de administración, la atribución de emitir obligaciones debiéndose establecer expresamente el monto máximo de éstas dentro de los límites fijados por la Superintendencia Nacional de Valores, como el plazo máximo del vencimiento de las obligaciones y retribución del representante común. Esta delegación no podrá exceder de los dos años. Deberán señalar las características, modalidades y condiciones de la emisión conforme a las normas e incluirlas en el prospecto.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Capitales. (en adelante DRVFLMC)⁷ Art. 48. Delegación en los administradores.

Normas Relativas a la Oferta Pública, Colocación y Publicación de Emisiones de Valores (en adelante NROPCPEV)⁸. Art. 57. Delegación en los administradores. Art. 58. Características, modalidades y condiciones de la delegación. Inclusión en el prospecto.

1.5. Aprobación

Debe ser aprobada por la mayoría requerida, con la presencia en asamblea de un número de socios las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que represente la mitad, por lo menos de ese capital. En caso, que no concurrieren un número de accionistas con la representación exigida por la ley o estatutos; se convocaría a otra asamblea, con ocho (8) días de anticipación por lo menos, expresando en la convocatoria, que la asamblea se constituiría, cualquiera que sea el número de los concurrentes a ella; y el voto favorable de los que representen la mitad por lo menos del capital que se hizo presente. Siendo eficaz a partir de la inscripción en el registro de comercio (Código Comercio arts. 280 y 301).

⁷ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Capitales. (en adelante DRVFLMC) Gaceta Oficial N° 6.211 Extraordinario. 30 de diciembre del 2015.

⁸ Normas Relativas a la Oferta Pública, Colocación y Publicación de Emisiones de Valores (en adelante NROPCPEV). Providencia N° 095. 28, de agosto del 2019, **Gaceta Oficial**. N° 41745. 24 de octubre de 2019.

1.5.1. Regulación bursátil

En este caso la asamblea de accionistas, debe estar representado por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del capital social con la finalidad de la respectiva autorización de la emisión e inscripción en el Registro Nacional de Valores. La decisión sería tomada con la mayoría simple del capital accionario presente, salvo que los estatutos exijan un quorum o mayoría superior.

DRVFLMC. Art. 48. Del quorum para la emisión de obligaciones.

NROPCPEV. Art. 56. Del quorum para la emisión de obligaciones.

1.6. Límites cuantitativos

Cesar Vivante, manifiesta para impedir que los administradores de la sociedad abusen de la proverbial credibilidad del público, la ley subordina la emisión a varias condiciones: 1) Se apruebe por la Junta General – asamblea de accionistas- aun cuando el caso este previsto por los estatutos. 2) La suma de las obligaciones emitidas no exceda del capital efectivo y existente aun según el último balance. Con estas precauciones se ha tratado de mantener una adecuada proporción entre el poder económico de la sociedad y la esfera de sus especulaciones⁹. Particularmente este límite cuantitativo, se encuentra referido al importe del capital social y de las reservas, con la finalidad de buscar cierto equilibrio entre los recursos propios de una sociedad y ajenos recibidos a través de este instrumento de deuda.

Ascarelli estableció con respecto a la legislación mexicana que no podría realizarse emisión alguna de obligaciones por cantidad mayor que el activo neto la sociedad emisora que aparezca según el balance; a menos la emisión se haga en representación del valor o precio de bienes cuya adquisición o construcción tuviera contratada la sociedad emisora; la sociedad no podría reducir su capital sino en proporción al reembolso que haga sobre las obligaciones por ella emitidas, ni puede cambiar su objeto, domicilio o denominación, sin el consentimiento de la asamblea general de obligacionistas. Las sociedades que emitan obligaciones deberán publicar anualmente su balance, certificado por contador público¹⁰.

Igualmente, Rodríguez Rodríguez, comentando la legislación mexicana, señala la fijación de un límite a la cuantía máxima de las obligaciones que pueden ser emitidas por una sociedad anónima, está señalada en función del capital de la sociedad

⁹ Cesar Vivante. *Derecho Mercantil*. (México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. La España Moderna, 2002), 129-131.

¹⁰ Tulio Ascarelli. *Derecho Mercantil*. (México DF, Biblioteca Jurídica, 1940), 183-184.

emisora. Si no existiese este límite sería fácil la realización de fraudes y la comisión de abusos en la emisión de obligaciones, que no tendrían garantía real alguna. Por eso, esta exigencia debe considerarse como una norma de derecho público en favor de los obligacionistas. Acota que la Ley belga del 18, de mayo de 1873, fue la primera que estableció un límite al disponer que las obligaciones con premio no pueden representar una suma mayor al capital desembolsado¹¹.

1.6.1. Flexibilización

La tendencia legislativa extranjera como es el caso de España, promueve la actualización y flexibilización del régimen de emisión de obligaciones adaptado a las circunstancias que la sociedad demande en un momento dado, han procurado romper la regla del límite de la cuantía sobre emisión de obligaciones - Ley 9/2012- Real Decreto Ley 4/2013 – aduciendo que facilitar al acceso a la financiación no bancaria, es necesario levantar la limitación impuesta en la Ley de Sociedades de Capital, que el importe total de las emisiones de las sociedades no puede ser superior al capital social desembolsado más las reservas imponiendo un límite máximo en relación a las obligaciones simples u ordinarias. Lo idóneo habría sido revisar en su totalidad una regla que durante muchos años cumplió una indiscutible función de garantía para el inversor obligacionista, pero que en la actualidad se encuentra – como tampoco ni siquiera discute la doctrina- totalmente superada, dado que las condiciones de solvencia del emisor ni deben ni pueden ser observadas únicamente mediante los citados parámetros¹².

En este sentido, Francisco José León Sanz, observa el establecimiento de una limitación cuantitativa a la emisión de obligaciones ordinarias, simples o no garantizadas, se dirige a asegurar un respaldo patrimonial mínimo a éstas. Se pretendería, establecer un umbral de cobertura mínima: la cifra de todas las emisiones de obligaciones ordinarias no puede superar el límite establecido. Si los fondos propios aumentan, la sociedad puede emitir nuevas obligaciones, si disminuyen por debajo de esa cifra, no se puede proceder a realizar nuevas emisiones en tanto no se supere de nuevo el umbral fijado. En la determinación de los límites de emisión convendría diferenciar en función de si la sociedad tiene beneficios o pérdidas; si se encuentra en pérdidas la emisión de obligaciones tiene como límite el capital social desembolsado. Este límite se amplía, en caso de que el activo sea superior al pasivo, a las reservas que figuren en el último balance aprobado. Sin embargo, se acota este tema tiene una importancia relativamente pequeña en la práctica, con respecto a las sociedades que cotizan en el mercado de

¹¹ Joaquín Rodríguez Rodríguez. “Derecho Bancario” (México, Editorial Porrúa S.A., 1964), 356-359.

¹² Mariza Aparicio González. “Flexibilización del régimen de emisión de obligaciones”. Noticias Breves /marzo 2013. <https://www.Gomezacebo-pombo.com> (consultada 8 de febrero del 2023).

valores, pues se ha considerado que los deberes de información establecidos en las normas particulares, ofrecen a los obligacionistas un sistema de protección suficiente para la tutela de sus intereses, aunado que esta limitación no está prevista en la actual regulación española¹³.

El Código de Comercio venezolano establece las compañías no se podrán emitir obligaciones por la cantidad que exceda el capital aportado y subsistente aún, con arreglo al último balance aprobado (art. 300).

1.6.2. Regulación bursátil

Las sociedades mercantiles podrán emitir obligaciones, hasta por un monto equivalente a tres veces su patrimonio (no determina si refiere a la cuenta de capital) excluyendo los apartados para finalidades específicas, reflejados en el último estado financiero dictaminado y aprobado por la asamblea de accionistas. Este límite patrimonial podría ser cubierto por garantías reales o personales a favor del representante común de los obligacionistas, de acuerdo al criterio de la Superintendencia Nacional de Valores.

El órgano administrativo rector podrá aumentar o disminuir este límite cuando a su juicio la naturaleza del riesgo derivado de la situación financiera real de la empresa y las condiciones del mercado lo ameriten. No puede haber más de dos emisiones calculadas sobre los mismos estados financieros dictaminados; en otras palabras, la tercera emisión debe realizarse en base a un nuevo estado financiero.

NROPCPEV. Art. 59. Límites cuantitativos.

1.7. Balance

El Código de Comercio establece el límite de la emisión de las obligaciones debe realizarse con arreglo al último balance aprobado; este constituye un documento contable que muestra la situación económica-financiera de las sociedades en un momento dado con evidencia o certeza manifiesta y exactitud o fidelidad. Entre sus funciones primordiales es la de fijar la posición financiera de la sociedad; por lo tanto, determinar si han existido utilidades y pérdidas en ésta. Refleja el patrimonio de la sociedad mercantil para un período determinado o ciclo contable, es decir, la confrontación entre el activo y el pasivo para poder determinar el estado del negocio, su capacidad de inversión, entre otras cuestiones¹⁴. Específicamente reflejaría el monto de la cuenta de

¹³ Francisco José León Sanz. "Las obligaciones en la LSC (Ley de Sociedades de Capital)". Notas Informativas. Cátedra Pérez-Llorca /IE de Derecho Mercantil. IE Law School y de Pérez-Llorca. Madrid.

¹⁴ Luis Ernesto Fidhel González. "El Balance: Dimensión contable y jurídica". Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 8. Homenaje al Dr. Pedro Pineda León, (2022), pp. 183-211.

capital que establecería los límites de la emisión. La aprobación por la asamblea de accionistas correspondería a una manifestación de conocimiento.

El análisis de estados financieros, comienza por el análisis del balance que presenta la situación patrimonial de la empresa, permitiría evaluar entre otros los siguientes aspectos: 1. situación de liquidez o capacidad de pago 2. endeudamiento. 3. garantía. 4. capitalización. 5. gestión de los activos.

1.8. Prospecto de la emisión

Es el documento básico a través del cual se realiza la oferta pública de valores negociables. Debe contener toda la información relevante de la sociedad que podría incluir, entre otras: información financiera, factores de riesgo, perspectiva operativa y financiera y descripción –términos y condiciones- de los valores negociables ofrecidos. Es un documento legal que reúne todas las características e información relevante de los valores, con la finalidad de que el inversionista pueda formarse una opinión clara previa a tomar la decisión de inversión. Es el principal documento destinado a la orden del público, con motivo de la colocación de una emisión¹⁵. También denominado, prospecto de colocación es el documento fuente de toda la información corporativa, legal y financiera relacionada con la empresa y los valores a listar que requiere ser revelada con anticipación a la oferta pública.

El emisor debe incluir toda aquella información necesaria como determine el ente administrativo rector para que los inversionistas puedan formarse una opinión acerca de las condiciones y características del valor ofrecido, de las condiciones de la oferta, de la actividad, funcionamiento, organización y expectativas del emisor, los proyectos futuros, así como los riesgos que se puede enfrentar; metodologías y fuentes de información para la valoración y destinación de los recursos a recibir por consecuencia de la emisión.

En concreto un prospecto debiese tener por mínimo la siguiente información que depende del objeto social de la empresa.

- 1) Información general sobre el emisor.
- 2) Descripción del negocio del emisor.
- 3) Características de la emisión.
- 4) Información económico-financiera del emisor.

¹⁵ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 315-317.-

5) Descripción de los principales activos productivos e improductivos existentes a la fecha con indicación de inversiones, adquisiciones y enajenaciones de importancia realizadas en el último ejercicio económico.

Los prospectos pudiesen contener anexos, tales como:

Estados financieros auditados con notas.

Opinión emitida por la compañía auditora externa.

Certificación del cálculo del monto máximo a emitir suscrito por los representantes legales.

Declaración bajo juramento de los activos libres de gravamen.

Fideicomiso de administración.

Informe completo de la calificación de riesgo.

Podrán incluir las denominadas “declaraciones a futuro” se basan fundamentalmente en opiniones, expectativas y proyecciones actuales respecto de los acontecimientos y las tendencias financieras que incidirán en el futuro en los negocios del emisor. Acotando muchos factores económicos importantes entre otros, además de los que se analizan podrían generar resultados reales marcadamente diferentes a los previstos en las declaraciones a futuro.

1.8.1. Regulación bursátil

La legislación prevé dos hipótesis: 1) Con la finalidad de la autorización de la oferta pública de títulos valores, se requerirá la elaboración de un prospecto que debe autorizarse por la Superintendencia Nacional de Valores y contener la información requerida por los instructivos y formularios dictados al respecto. 2) Con la finalidad de iniciar la oferta pública deberán presentar ante la Superintendencia Nacional de Valores un prospecto definitivo de la emisión debidamente impresos con todos los contratos debidamente notariados – no se refiere que tipo de contratos son – como la copia de la sesión de los administradores u hoja de términos que señalen las condiciones de la emisión.

El Prospecto comenzara a circular públicamente una vez que la emisión sea autorizada e inscrita en el Registro Nacional de Valores y se haya hecho la publicación del aviso del inicio de la publicación. Durante el proceso de colocación primaria el prospecto definitivo estará a disposición del público y deberá ser entregado a la persona que lo solicite. Antes que la emisión sea autorizada e inscrita, podrá el emisor suministrar privadamente copias del mismo a los agentes de colocación y distribución que pretenda participar, dándose por entendido que este no podrá circular entre personas distintas.

NROPCPEV. Arts. 28. Obligatoriedad del prospecto. 29. Presentación del prospecto 30. Circulación del prospecto. 31. Disposición al público.

2. Emisión de obligaciones

Con la finalidad del estudio sobre la regulación concerniente a la emisión de las obligaciones, es preciso realizar la distinción entre el aspecto interno o societario y el aspecto externo u obligacional. El primero, atañe a la capacidad de la sociedad mercantil para originar obligaciones y al proceso de formación del consentimiento. El segundo, atañe a las relaciones entre el emisor y los obligacionistas. Estas relaciones en principio tienen un fundamento contractual y se someten a las normas que rija la emisión¹⁶.

2.1. La colectividad del crédito

Cuando una sociedad necesita solicitar un préstamo de forma importante fracciona su deuda en un gran número de títulos, denominados obligaciones ofrecidos al público en determinadas condiciones previa y perfectamente establecidas, obteniendo el crédito por lo general para amortizarse a largo plazo según algún sistema particular de reembolso de préstamos. Este sentido, la obligación es un contrato financiero que da derecho al comprador a recibir una serie de contraprestaciones futuras a cambio de una inversión inicial. Las obligaciones con reembolso periódico de capital e intereses los importes de cada una de las cancelaciones se encuentran claramente determinados en las condiciones de emisión¹⁷.

Rodríguez Rodríguez manifiesta existe un crédito colectivo cuando una pluralidad de personas conviene en conceder el crédito a la sociedad; siendo este dato en efecto sustancial para definir la colectividad. Esta pluralidad de personas no es tanto real como potencial. Todas las obligaciones podrán estar en manos de una sola persona, porque lo decisivo es el fraccionamiento del crédito en porciones iguales, cada una de las cuales pueden tener distinto titular. Con relación a los obligacionistas de una emisión existe una deuda única y multiplicidad de acreedores, cada uno titular de una cuota fraccionaria ideal e igual del crédito colectivo; de una a otra serie pueden cambiar la cuantía de la obligación, incluso de las garantías ofrecidas, pero la posición jurídica de

¹⁶ Francisco Garcimartin. “Las novedades en materia de emisión de obligaciones bajo la ley extranjera”. Almacén de Derecho(blog) 25 de mayo del 2015. <https://almacendederecho.org/las-novedades-en-materia-de-emision-de-obligaciones-bajo-ley-extranjera>.

¹⁷ Aldo José Pittaluga. “El precio de las obligaciones, duración, volatilidad: Una aplicación de la matemática financiera”. 18º Jornadas de profesores universitarios de matemática financiera”. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional del Mar del Plata (Argentina) 1997.

los titulares es prácticamente la misma. Esta comunidad de intereses (unidad de crédito) y esta igualdad ante la ley, crea entre los obligacionistas lazos especiales.

La colectividad del crédito radica en el hecho de que exista un solo acto de creación de un número cierto de obligaciones iguales que se presenta en un negocio único, aunque desde el punto de vista de los obligacionistas, éstos podrían ser una pluralidad de personas, es decir, la sociedad emisora crea por un acto único de voluntad una pluralidad de puestos de acreedores que pueden ser ocupados por una o varias personas. Lo esencial del crédito colectivo es la unidad jurídica del negocio creador; la sociedad crea un número concreto (fijo y por cuantía exacta) y determinado de puestos de acreedores, en virtud de un solo negocio. Poco importa después de esta creación unitaria, las adhesiones que surjan de una sola vez o sucesivamente a lo largo del tiempo. La emisión de obligaciones es consecuencia de una declaración unilateral de voluntad. La unidad jurídica destaca el hecho de la redacción de un acta por cada emisión que se practique y una cuantía determinada, representada por un número fijo de títulos-obligaciones; existe una igualdad jurídica de las diversas facciones en que se divide la emisión. Puede realizarse por cualquier causa y representa un acto abstracto jurídicamente distinto de la relación fundamental por la que se efectúa¹⁸.

2.2. Concepto

Constituye un mecanismo que la sociedad mercantil emite valores representativos de deuda u obligaciones amparados con garantía general o específica, a un determinado interés y plazo y se ofrecen en el mercado de valores mediante oferta pública. Es una forma de financiación externa que consiste en emitir un empréstito, dividido en partes alícuotas (iguales) cada una de las cuales recibe el nombre de obligaciones. La emisión se realiza a través de un contrato que el emisor concede los títulos correspondientes¹⁹. El adquirente de una obligación recibe el nombre de obligacionista por derecho principal le concierne: 1) Percibir un interés, con independencia de que haya o no beneficios en la sociedad (por ello las obligaciones reciben el nombre de títulos de renta fija) 2) El derecho a obtener la devolución de la cantidad prestada, en el momento convenido.

¹⁸ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

¹⁹ Farah Torres García. "La regulación del representante de los obligacionistas en el ámbito en el mercado de valores". Asociación Civil Derecho & Sociedad. Num. 41 (2013), pp 57-65.

Torres García, señala la emisión de obligaciones es el acto societario mediante un contrato de emisión capta recursos (activos) de terceros contra el otorgamiento de un derecho de crédito (pasivo). Los terceros denominados obligacionistas adquieren la condición de acreedores de la sociedad emisora en mérito de la totalidad de la obligación mediante un instrumento representativo de deuda. Este acto consiste en la emisión de una pluralidad de obligaciones pueden ser adquiridas por uno o más titulares que tienen interés que la entidad emisora cumpla con satisfacer las obligaciones contraídas de acuerdo a las condiciones pactadas²⁰.

Morles señala, a este respecto, la emisión es un proceso que la sociedad anónima decide expresar su voluntad de crear un conjunto de títulos valores en masa que pueden ser acciones u obligaciones que posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase. También, se denomina a la emisión en general al conjunto de valores destinados a ser colocados en el mercado bursátil²¹. Conforme a las teorías contractuales sobre la naturaleza jurídica de los títulos valores y perfeccionamiento de las obligaciones derivadas, señala a través de la emisión del título conlleva su obvia entrega o tradición origina la fuente de obligación. Siendo el fundamento cartular que nace en la relación originaria entre el emisor y el tomador; en consecuencia, el acreedor se constituye con la entrega del título a éste²².

Para Garrigues la emisión de obligaciones significa la oferta de un contrato de préstamo que el futuro prestamista (obligacionista) acepta mediante la firma del boletín de suscripción; lo característico de la operación es la forma de su documentación: el crédito del prestamista a la devolución del préstamo se incorpora en un título -la obligación- que es transmisible sin necesidad del consentimiento del deudor²³.

Entre los elementos sustanciales de las obligaciones emitidas de manera colectiva destaca: 1) El valor nominal de la obligación. 2) La tasa de interés fijada al momento de la emisión. 3) forma de pago de los intereses periódicos. 4) Fecha de vencimiento de los servicios de capital e intereses. 5) Precio de la emisión de la obligación. 6) El precio de la obligación en un momento determinado.

²⁰ Torres García, “La regulación del representante de los obligacionistas en el ámbito del mercado de valores”, 57-65.

²¹ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 386-389-.

²² Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III., Tercera Edición. (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989) 1269-1340.

²³ Ricardo Beaumont Callirgos. “Títulos Especiales y Emisión de Obligaciones en la Nueva Ley General de Sociedad”. https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/catedra/1998_n3/tit_esp_em_oblig.htm.

2.3. Contrato de emisión

Es un documento legal formal que proporciona información sobre los términos del contrato asociados con una obligación de deuda. Da aviso sobre la naturaleza de la deuda y los términos acordados por ambas partes incluido el plazo, los intereses y otros asuntos. Su exigibilidad depende a las condiciones de su respectiva emisión. Es un contrato de naturaleza y características propias y especiales, por virtud que la sociedad se obliga a crear y entregar las obligaciones en las condiciones fijadas en el contenido, a pagar los intereses y a amortizar los valores en a oportunidad correspondiente.

Hundskopf Exebio, al respecto señala al contrato de emisión como un negocio jurídico que crea y transmite títulos de reconocimientos de deuda preexistentes o de nuevas deudas, destinados a su circulación y negociación. Es celebrado entre la entidad emisora y los obligacionistas o su representante²⁴.

Carrera manifiesta, se trata de un contrato de adhesión único, por ello los suscriptores no pueden alterar en el momento de la suscripción las condiciones fijadas por la escritura de emisión, sino que habrán de adherirse a ellas pura y simplemente, porque la suscripción lleva consigo la conversión del suscriptor en obligacionista. Formalmente sólo existe un contrato de emisión, tiene un contenido obligacional común y uniforme, que van ratificando los obligacionistas quienes ocupan jurídicamente una posición acreedora distinta e independiente frente a la sociedad²⁵.

2.4. Naturaleza jurídica

Vidal sostiene el proceso de emisión de obligaciones es una operación compleja en la que, para desentrañar su naturaleza jurídica debe analizarse cada una de sus fases; considerando este acto tiene por finalidad de ofrecer al público los títulos que representan las obligaciones, siendo obviamente un acto de naturaleza mercantil. El documento contiene cada una de las fracciones del empréstito ofertado, por ser representativo de un derecho creditorio, y estar destinado a la circulación, se constituye en un verdadero y genuino valor mobiliario, constituyéndose, además, en uno de los efectos de la emisión de obligaciones.

Se concibe como un contrato de préstamo de dinero o mutuo según elaboración de la doctrina francesa; concepción que tiene diversos matices, pues lo equiparan con un simple contrato de préstamo, que el mutuante es el obligacionista y el mutuario es la sociedad emisora. Otros autores consideran, si bien es un contrato de mutuo, tiene

²⁴ Hundskopf Exebio. "Las emisiones de obligaciones en el mercado de valores y su rescate anticipado", 95-112.

²⁵ Carrera Villagrán. "Las obligaciones: controversias de las obligaciones convertibles en acciones", 29-30. *Cathedra. Espíritu del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad Mayor de San Marcos. Vol. 2, N° 3, (1998).*

la característica especial de ser un mutuo colectivo, pues por su elevada cuantía y por dirigirse a una pluralidad de sujetos requiere, precisamente, de una pluralidad de mutuantas influyendo de manera importante en la naturaleza de la operación. Lo que caracteriza, entonces, a la emisión de obligaciones, considerada como un mutuo, simple o colectivo, es que el crédito se incorpora a un título negociable, no sólo como medio de prueba de la existencia del mutuo, sino para constituir un valor mobiliario.

También se concibe como una venta de créditos, siendo la posición de la doctrina alemana que la sustenta en la teoría de la voluntad unilateral como capaz de generar obligaciones. Esta concepción parte del supuesto que la sociedad emisora lo que hace es vender por un determinado precio, títulos negociables que representan créditos contra la misma y lo que el obligacionista adquiere es una promesa escrita de pago, o, más propiamente, de reembolso.

La emisión de obligaciones tiene su propia categoría jurídica que resulta de su propia nominación. No es necesario buscarle un sustento distinto del que fluye de su propia naturaleza, aun cuando indudablemente sea un mutuo que la sociedad emisora ofrece a cada una de las personas que toman los títulos obligacionarios y, como consecuencia de ello, se convierten en acreedores de la sociedad que debe cumplir con la prestación a su cargo con arreglo a las condiciones de la emisión²⁶.

2.5. Emisión pública y privada

Los valores objeto de oferta pública están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores en los términos de la Ley, como otros valores o derechos de contenido financiero, incluso aquellos que no estuvieren emitidos por personas que no estén expresamente reguladas por esta Ley o leyes especiales. Esto ha dado argumentos a discriminar sobre una emisión de carácter público que es regulada por las leyes de mercados de capitales y otra de carácter privado regulada por el Código de Comercio. En este sentido, Torres García en relación a la emisión de acciones mediante oferta pública o privada depende según las características de la difusión de la invitación por la sociedad emisora para adquirir los instrumentos de deuda a ser emitidos²⁷.

²⁶ Fernando Vidal Ramírez. "La oferta pública de valores". *THEMIS Revista De Derecho*, (9), (1987) 15-25.

²⁷ Farah Torres García. "La regulación del representante de los obligacionistas en el ámbito del mercado de valores". *Derecho & Sociedad*, 41(2013) 57-65.

2.6. Estructuración de deuda

El financiamiento en el mercado de valores consiste en emitir títulos de deuda a ser negociados en la bolsa de valores previa estructuración de los títulos que colocarían los emisores en ésta. La emisión de obligaciones es un procedimiento contable y económico que particularmente debe determinar y decidir la cantidad total de dinero que necesita recaudar y condiciones como la tasa de interés a pagar y plazo para devolver el capital. Los resultados del financiamiento por medio de obligaciones estarán en función del tipo de tasa que se ofrezca y los costos de la emisión, así como del tiempo y monto requerido. A la vez las emisiones recurren en costos destacando: Estructuración de la emisión, calificación de riesgo, representante de los obligacionistas, agente pagador, inscripción en el registro del mercado de valores y otros.

El análisis de la estructura de la deuda es el proceso de identificar los diversos componentes de una deuda y comprender sus relaciones entre sí. Esta información puede permitir a los prestamistas e inversores tomar decisiones más informadas sobre si invertir en una deuda o un préstamo, y también ayudar a los prestatarios comprender su situación financiera general. La estructuración financiera realizada por las casas de bolsa es un mecanismo estratégico que define entre otros aspectos, las características de la emisión de acuerdo a las necesidades de financiamiento del emisor, el modelo de proyecciones de los estados financieros que permita visualizar el destino que se le daría a los recursos captados y la capacidad de generar saldo de flujo efectivo o caja para el pago de obligaciones que se estarían contrayendo²⁸.

2.7. Garantía de las emisiones

En principio, el titular de una obligación es un acreedor quirografario: el pago del interés pactado y reembolso del capital tienen como sola garantía el patrimonio de la emisora. En algunos casos, la deudora deberá conceder garantías específicas con la finalidad de dar aliciente a la suscripción que serán las mismas para todas las obligaciones de una misma clase o serie. Las obligaciones con garantía especial son aquellas cuyo pago se asegura afectando uno o varios bienes determinados particularmente susceptibles de hipoteca.

Las emisiones garantizadas se originan cuando la entidad emisora constituye garantías específicas al servicio de sus compromisos de pago. La finalidad protectora que subyace al tope legal con respecto al capital de la sociedad, se hace innecesaria cuando

²⁸ Giannela Marianne Bonito Rivadeneira, “Estructuración financiera de una emisión de obligaciones, como mecanismo de financiamiento de una empresa del sector real, a través del Mercado de Valores” (Maestría en Gestión Financiera y Administración de Riesgos Financieros, Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Área de Gestión. 2021), 5 .

se afecta bienes o derechos específicos al cumplimiento de sus obligaciones económicas y cuando los obligacionistas garantizan sus posibilidades de cobro al margen de la situación económica de la sociedad. Por deuda garantizada se concibe al contrato de endeudamiento que el prestatario garantiza con un determinado activo el cumplimiento de sus compromisos financieros asignando al acreedor, en caso de impago o incumplimiento de alguna de las restricciones impuestas, el derecho a la liquidación del activo con objeto que el resultado de la operación se destine a la satisfacción de la deuda incumplida, reteniendo el acreedor, si los ingresos asociados a la venta del activo son insuficientes, un derecho de crédito no garantizado por el importe pendiente de amortizar²⁹.

2.7.1. Covenants

Las declaraciones y garantías se refieren a la formalización de hechos, opiniones y estimaciones, que los inversionistas exigen a los emisores que se establezcan por escrito como condición de financiamiento. Abarca aspectos tales como la existencia y solvencia del emisor, la capacidad para abordar la transacción, y estipulaciones de exigibilidad de los contratos de emisión. Los covenants son compromisos asumidos por el emisor con los tenedores de deuda, diseñados para proteger el instrumento financiero según lo establecido en el contrato de emisión. Se logra controlando posibles cambios que puedan ocurrir en la estructura de capital u operaciones que realice el emisor. Cuando los covenants estipulan que el emisor debe seguir una determinada acción, son denominados como positivos, los más frecuentes son aquellos donde el emisor debe pagar obligaciones hasta el vencimiento del contrato de emisión, y mantener su existencia como tal. Cuando los covenants no conllevan a una determinada acción son denominados como negativos; los usuales incluyen la prohibición de emitir deuda adicional o enajenar parcial o totalmente los activos del emisor. Los relacionados a la situación financiera de la sociedad son conocidos como financieros y pueden ser positivos o negativos.

Existen los covenants financieros se refiere que el emisor garantiza cumplir niveles de deuda, liquidez u otros indicadores de solidez financiera; desempeñando un propósito importante al determinar la holgura del emisor para cumplir la obligación financiera, o la capacidad para dar cumplimiento a ésta.

²⁹ Eduardo José Menéndez Alonso. "Por qué las empresas emiten deuda garantizada?". Boletín Económico de ICE n° 2643 colaboraciones del 14 al 20 de febrero de 2000

2.8. Regulación bursátil

Las normas al respecto señalan las garantías sobre una emisión pueden ser reales y personales; deben denominarse en la misma moneda que se emitan los valores. Las garantías personales serán aprobadas para cada emisor de acuerdo a las condiciones de la oferta pública. Las reales serán aprobadas previo avalúo ambas por la Superintendencia Nacional de Valores; en este último caso tomando en consideración la naturaleza del bien afectado y, condiciones de mantenimiento y custodia. Los bienes dados en garantía deben estar asegurados a favor de los tenedores de valores.

Se prevé las garantías personales bancarias de las instituciones financieras reguladas por las normas nacionales del sector bancario, como de bancos extranjeros, previa reconocida solvencia y calificación de riesgo. Estas deben cubrir el monto total de la emisión autorizada, los intereses y demás gastos que se generen por el proceso de ejecución de las mismas.

En caso de tener que ejecutarse la garantía, los garantes deberán de efectuar el pago de los títulos correspondientes, de sus intereses y honorarios del representante común de los tenedores de valores, dentro del plazo vigente de la respectiva garantía.

NROPCPEV. Art. 35. Garantías personales y reales. Denominación por la moneda. Art. 36. Garantías personales aprobadas por el emisor. Art. 37. Garantías reales. Previo avalúo. Art.38. Garantías personales bancarias. Art. 39. Banco extranjero garante. Sin condiciones. Art. 40. Garantías personales bancarias. Art.41. Garantías personales bancarias vigencia. Art. 42. Garantías emitidas a nombre del representante común de los tenedores de valores. Art.43. Ejecución de las garantías contenido.

3. Oferta pública

La oferta pública es la base del sistema bursátil que permite la negociación de diferentes valores, contribuyendo con el establecimiento de los precios de mercado de un determinado instrumento y el costo de la intermediación. Está constituido por un conjunto de oferentes y demandantes, que interactúan en el mercado facilitando el establecimiento de los precios de los distintos valores. Se considera a toda invitación, propuesta u ofrecimiento expreso o implícito que proponga emitir, colocar, negociar o comerciar valores y se transmita por cualquier medio de difusión masivo al público -general- o a grupos determinados -restringida-, sea personalmente o a través de intermediarios acreditados. Debe necesariamente estar autorizada y fiscalizada por la autoridad administrativa competente, y para que una emisión o negociación de valores sea considerada como tal, existen varios requerimientos que deben ser cumplidos con la Ley.

En principio la oferta o promesa es definida como la declaración de voluntad por la que el oferente manifiesta su interés en alcanzar la formación de un contrato estableciendo su contenido necesario de manera que este quedará formado si recae la aceptación³⁰. Siendo una manifestación de voluntad, hecha por una persona (oferente, solicitante, proponente) a un sujeto determinado (destinatario u oblado) o al público, con la finalidad de celebrar un contrato y debe contener los elementos para su existencia. El destinatario está en la libertad de aceptarla o no.

Según Morles, el público puede identificarse, como una pluralidad de personas que no son designadas individualmente y no han de estar necesariamente o representadas, es decir, un conjunto de personas indeterminadas. La composición del público depende del conocimiento que el conjunto que lo integra llegue a tener de la invitación. Para el oferente le resulta indiferente la condición o calidad del destinatario y éste ni siquiera está obligado a probar haber recibido la oferta. La oferta podría ser restringida a un conjunto de personas que reúna determinadas condiciones³¹.

3.1. Naturaleza jurídica

Morles establece que la oferta, entendida como propuesta o invitación a realizar un negocio jurídico, pertenece a la fase preparatoria del contrato, al igual que las conversaciones preliminares. Su caracterización corresponde a la de un negocio jurídico unilateral de eficacia provisional destinado a ser sustituido por el acuerdo bilateral definitivo³².

Vidal señala, la oferta pública de valores como propuesta dirigidas a personas indeterminadas, es una declaración unilateral de carácter receptivo, y, por lo tanto, sin fuerza vinculatoria mientras no se produzca la aceptación, difiriendo, así de la oferta contractual de la legislación civil. La manifestación de voluntad del oferente es expresa y puede dar contenido a las cláusulas generales de contratación como ocurre en la emisión de obligaciones. Debe ser un oferente con capacidad para realizarla, ser lícita la finalidad que persigue el oferente y los valores ser susceptible de ofertarse en público. Es un acto nominado desde que existe atribuyéndosele identidad propia y establecen un régimen legal. Es de naturaleza mercantil, pues queda comprendida en la categoría de actos de comercio. Las normas que rigen la emisión de susceptibles de oferta pública han previsto formalidades que deben observarse³³.

³⁰ Antonio Ismael Ruiz Arranz. "La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad". Anuario de derecho civil, Vol. 71, N° 4, 2018, págs. 1351-1486.

³¹ Morles Hernández. Régimen legal del Mercado de Capitales, 401-410-

³² Morles Hernández. Régimen legal del Mercado de Capitales, 401-410-

³³ Vidal Ramírez." La oferta pública de valores". 15-25.

3.2. Regulación bursátil

La oferta pública de valores deberá previamente obtener la correspondiente autorización administrativa de la Superintendencia Nacional de Valores aunado a la inscripción de la emisión correspondiente en el Registro Nacional de Valores, siendo condiciones previas e indispensables para ofrecerlos públicamente en el mercado de capitales. Se considera formalmente presentada cuando la solicitud reúna los requisitos previsto en la Ley como en los formularios e instructivos que dicte la Superintendencia en uso de sus atribuciones. Cumplidos los requisitos pertinentes, se autorizará la emisión y ordenará la inscripción.

La Superintendencia con la finalidad de autorizar la oferta pública, solicitará la información pertinente tomando en consideración el tipo de valor ofrecido, el objeto o ramo de explotación, el capital social del emisor o cualquiera otra circunstancia considerada necesaria. Deberá ser decidida dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que el interesado suministró toda la información requerida en las normas pertinentes, salvo se prorrogue dicho plazo. Vencido el plazo inicial o la prórroga otorgada deberá haber un pronunciamiento por el ente rector.

La oferta pública se iniciará dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción en el Registro Nacional de Valores salvo se disponga prorrogar por el lapso por tres meses más.

DRVFLMC. Art. 54- 55. Definición de oferta pública. Art. 56. De la información requerida para la autorización de la oferta pública de valores. Art. 57. Suministro de Información de empresas. Art. 58. Plazo para decidir sobre la solicitud de oferta pública de valores. Art.60. Del inicio de la oferta pública de valores.

NROPCPEV: Art. 7. Autorización previa de la Superintendencia Nacional de Valores para realizar la oferta pública. Obligación de suministrar la información requerida. Art. 8. Formalización de la solicitud de oferta pública. Art. Requisito indispensable: Autorización de la oferta pública por la Superintendencia Nacional de Valores e inscripción en el Registro Nacional de Valores. Art. 10. Inicio y prórroga de la oferta pública. Art. 11. Calificación de riesgo. Art. 12. Representación de los valores de la emisión: títulos individuales, globales, macro títulos, anotaciones en cuenta. 13.- Información de los títulos individuales, globales, macrotítulos. Art. 14. Agente de pago o caja de valores.

3.3. Suspensión y cancelación de la oferta

La suspensión de la oferta implica el retiro temporal de la misma en virtud constatare en su realización vicios establecidos por ley, por orden de la autoridad admi-

nistrativa. La Superintendencia de Valores podría suspenderla cuando existan indicios que en las negociaciones objeto de la oferta se ha procedido en forma fraudulenta, si la información proporcionada resulta insuficiente o no refleja adecuadamente la situación financiera y legal del emisor, incumpliendo la ley y las normas respectivas. La suspensión es temporal por treinta días continuos. Cuando las circunstancias que motivaron la suspensión subsisten se podría prorrogar por el tiempo que la autoridad administrativa la considera pertinente.

Existe la hipótesis de la cancelación de la oferta de valores y consecuentemente la inscripción respectiva en el Registro Nacional de Valores cuando no se han subsanado las causas de suspensión tomando las medidas necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de los respectivos inversionistas.

3.4. Retiro de la oferta

Se prevé el retiro de la oferta de títulos valores por el emisor siguiendo lo establecido por la Superintendencia Nacional de Valores una vez que el solicitante demuestre la culminación del proceso de oferta y notificado el resultado de la misma. En este caso, se prevé su realización por solicitud formal. Deberá ser acordada por la asamblea de accionistas con la representación del ochenta y cinco por ciento (85%) del capital social de la sociedad y en situaciones especiales en un setenta y cinco por ciento (75%); como la aprobación de la totalidad de los tenedores de la deuda.

3.5. Regulación bursátil

DRVFLMV: Art. 65. De la suspensión o cancelación de la oferta pública de valores. Art. 66. Del retiro de la oferta pública de valores.

NROPCPEV: Art. 126. Causales de revocación de autorización de la oferta pública. Art. 127. Solicitud de retiro de la oferta pública. Art. 128. Acuerdo de la asamblea de accionistas. Art. 129. Relación detallada del volumen de transacciones. Art. 130. Aprobación de la totalidad de los tenedores de la deuda. Art. 131. Reserva de solicitar cualquier otro documento. Art. 132. Cancelación de la inscripción en el registro nacional de valores.

4. Registro Nacional de Valores

Los registros son sistemas de publicidad concebidos para dar determinados efectos jurídicos a ciertos actos. El cumplimiento de la formalidad de registro podría constituir un requisito de validez. En este sentido, la institución del Registro Nacional de Valores aparece como un sistema de publicidad que facilita a los terceros el derecho

de enterarse del contenido de los asientos registrales, pero también ostenta rasgos de publicidad material³⁴. Es un servicio de registro obligatorio cuyo objetivo es el de inscribir las clases y tipos de valores, junto con los emisores y las emisiones realizadas.

Los valores materia de una oferta pública se deben registrar ante la autoridad administrativa competente con la finalidad que la colocación de los mismos se pueda realizar. El objetivo consiste que las características del valor a colocarse, así como los antecedentes de la sociedad emisora y la voluntad corporativa queden inscritos ante la autoridad administrativa, y así ésta, y los potenciales tenedores de los valores puedan hacer valer sus derechos en relación al Principio de Transparencia que debe existir en éstas³⁵.

Se trata de un sistema que permite la inscripción y supervisión de los valores emitidos como de los intermediarios bursátiles, proporcionando transparencia y confianza al inversionista al asegurar que las operaciones se realicen de manera adecuada y cumplan con las regulaciones establecidas. De manera general, es de carácter público en la que se inscriben los valores objeto de oferta pública e intermediación en el mercado de valores. En la actualidad, consiste en la asignación de folios electrónicos que constan los asientos relativos a la inscripción, suspensión, cancelación y demás actos relativos a las emisoras y a los valores inscritos.

4.1. Regulación bursátil

De conformidad con la Superintendencia Nacional de Valores una vez autorizada la oferta pública, procederá a inscribir los valores en el Registro Nacional de Valores. La autorización y la inscripción serán informados al público en general mediante la publicación en la página WEB de la Superintendencia.

DRVFLMC. Art. 59. Inscripción ante el Registro Nacional de Valores.

5. Principios de información y transparencia

Cuando el emisor decide emitir valores para la oferta pública, adquiere el compromiso de someterse a condiciones de información más severas, en razón que el mercado exige conocer con mayor precisión posible la situación económica y financiera de la empresa emisora para así permitir al público adoptar decisiones correctas de inversión. La obligación de informar es continua y permanente, no siendo suficiente con la remisión periódica de estados financieros sino con la divulgación de aquellos hechos

³⁴ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 429-423.

³⁵ Piaggio Torre Tagle, E. "La oferta pública primaria de valores". *THEMIS Revista De Derecho*, (40), 2000, 71-85.

que podrían influir en la toma de decisiones de los inversionistas que se conocen como hechos de importancia o relevantes. Siendo esencial la confianza de sus participantes donde la transparencia se convierte en factor fundamental para obtener y mantener una relación de confianza al tener a disposición del público inversionista o general información suficiente, oportuna y fidedigna que permita tomar mejores decisiones de inversión. Resulta de los mecanismos de acceso oportuno a una información adecuada respecto a los títulos que se negocian: 1) Estándares de contabilidad y de auditoría internacionalmente aceptados 2) Intermediarios honestos, capitalizados y supervisados adecuadamente 3) Posibilidad que los inversionistas formule sus reclamaciones. 4) Leyes que permitan la supervisión y sanción de los que operan en el mercado de manera no adecuada.

5.1. Concepto

El Principio de Transparencia consiste que el emisor u oferente de títulos valores debe informar correctamente al mercado no sólo respecto de los valores que desea colocar o vender, sino también la realidad de la sociedad emisora, el uso que se le darán a los fondos captados y manera cómo se venderán o colocarán. Tiene por objeto que los inversionistas realmente conozcan la seguridad o riesgo que implican los valores a colocarse pues algunos podrán traer más seguridad que otros para quienes los adquieran. Se exige que la información puesta a disposición debe ser igual para todos los inversionistas, sin quien tenga la obligación de informar se reserve para sí determinada porción de dicha información para obtener provecho propio³⁶.

5.1. La corrección

Morles, señala el valor preponderante de la legislación del mercado de valores es la corrección, para cuyo logro se pone en funcionamiento el principio del suministro de información, que tiene sus manifestaciones propias cuando se trata del intento de toma de control (takeover) de una sociedad cotizada en bolsa. En efecto, la Williams Act, incorpora como parte de la Securities Exchange Act en 1968, adoptó medidas dirigidas a asegurar la entrega y divulgación de información por el promotor de una oferta de compra (tender offer): quien es el oferente, de donde provienen sus recursos, que se propone con la oferta, la protección de los inversionistas. Al lado de esta legislación protectora, la jurisprudencia de los tribunales permitió la construcción de un régimen de acciones defensivas de los administradores y de los accionistas contra los intentos de toma de control hostil. La actividad de adquisición de títulos, inscrita en el principio de libre mercado, tiene como límites no sólo la corrección, sino el derecho de los afec-

³⁶ Piaggio Torre Tagle, E. "La oferta pública primaria de valores". 71-85.

tados a instrumentar medidas de defensa contra un acto hostil o simplemente inconveniente (principio de igualdad)³⁷.

5.2. Regulación bursátil

Las sociedades que hagan oferta pública de valores deben poner a disposición del inversionista y la Superintendencia Nacional de Valores toda la información financiera y legal exigida por las normas que a tal efecto se dicten, con la finalidad de formarse un adecuado juicio sobre la inversión, mediante la publicación de la página WEB de la sociedad emisora y de la Superintendencia Nacional de Valores. Estas deberán de hacer de conocimiento público y a la Superintendencia de manera inmediata todo hechos o evento que puedan influir en la cotización de algunos valores.

DRVFLMC. Art. 61. De la disposición de información.

6. Información privilegiada

Información que por su naturaleza puede afectar a la cotización de uno o varios valores, o al mercado en su conjunto y que no han sido objeto de publicidad y difusión. Aprovechar dicha información en beneficio propio por las personas que debido a su trabajo o posición tiene acceso a la misma constituye una práctica ilegal. Aquella información sobre la compañía, sus negocios o sus valores, no revelada al mercado y por su naturaleza pueda influir en la cotización de los valores obteniéndola y haciendo uso de estas constituye una práctica ilegal y abusiva.

Según Prado Purga, el concepto de información privilegiada, nace como una consecuencia de la necesidad de mantener los principios que ordena el buen funcionamiento, integridad y equilibrio de los mercados, como son la transparencia, igualdad y confidencialidad encaminados a tutelar eficientemente al inversionista y a la rentabilidad y liquidez de su inversión. Surge como instrumento preventivo, diseñado para evitar cualquier manipulación de pueda alterar la consecución de estos principios y preservar la neutralidad informativa. Doctrinariamente se define como la información con caracteres de relevancia y concreción, no ha sido aún divulgada al mercado, de manera que su conocimiento pertenece a un reducido número de individuos; al acceder a ella, sea por sus funciones o relaciones dentro del mercado de valores, se sitúan en un nivel privilegiado al conocer hechos o antecedentes de importancia por su impacto en el evento que sean divulgados. Es toda información sobre la empresa o mercado de

³⁷ Morles Hernández, Alfredo. "El dictamen de los profesores Romero Uria y Aurelio Menéndez", en El caso del Banco de Venezuela. Tomo III. Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N°8, 55-87. (Caracas, editorial jurídica venezolana, 1996). 55-87

sus títulos, de naturaleza tal que influya en el valor, sea precisa por su contenido cierto en cuanto a su realización y todavía desconocido para el público. Las normas sobre información privilegiada propenden la protección sobre mayor igualdad posible en que debe encontrarse los que negocian en el mercado de valores de tal manera que exista el máximo equilibrio la disponibilidad de información y el más justo uso que de ella se haga³⁸.

A través del concepto de información privilegiada se quiere evitar el abuso; significa cualquier conducta que perjudique la integridad de los mercados financieros y confianza pública en los valores y derivados. Incluye: 1) revelación indebida de información privilegiada. 2) negociación de valores a partir de información privilegiada. 3) uso inadecuado de información privilegiada. 4) manipulación de los mercados. Los abusos del mercado y el uso de información privilegiada, su comisión y alentar a otros hacerlo constituyen actividades ilegales.

6.1. Regulación bursátil

DRVFLMC. Art. 70. Es aquella inaccesible o no disponible al público, de carácter precisa y que, de hacerse pública, influya o pueda influir de manera apreciable sobre la cotización de los valores.

7. Calificación de riesgo

Son opiniones que reflejan la capacidad de pago de un emisor sobre una obligación determinada. Califica y evalúa de manera cuantitativa y cualitativa la solvencia de una institución. Son opiniones que evalúan la habilidad y disposición de realizar pagos en tiempo y forma de obligaciones presentes (ya sea principal y/o intereses) con respecto a los términos y condiciones de la obligación asumida. En ningún caso implica una recomendación para comprar, vender o mantener un título valor, ni una garantía de su pago, y debe ser vista como un insumo necesario, mas no único, que el inversionista debe considerar a la hora de tomar una decisión sobre la inversión ofrecida.

La opinión sobre el riesgo se realiza en base a la información suministrada por el cliente, debe ser precisa, confiable y transparente, para efectuar el objetivo de revelar los riesgos de una compañía o sector y así su capacidad para dar cumplimiento a las obligaciones con terceros. Siendo una de las principales responsabilidades de las calificadoras de riesgo asegurarse que la información recibida de los clientes se encuentre

³⁸ Arturo Prado Puga. Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno. Su alcance, contenido y límites. Revista Chilena de Derecho. Vol. 30. Sección Estudios. N° 2 (2003) pp 237-269.

soportada y documentada, aunque cabe mencionar su función no es llevar a cabo labores de auditoría o supervisión, pues esta les compete a otros como la revisoría fiscal, los auditores internos y externos.

7.1. Contenido

Evalúa el entorno y la empresa, el comportamiento financiero histórico y capacidad de generar flujos para cubrir sus obligaciones y objetivo de la emisión. Para desarrollar el análisis la metodología se basa en tres perfiles fundamentales: un perfil externo que analiza el entorno que se desenvuelve la compañía, un perfil interno que analiza el desempeño de la compañía y un perfil financiero que analiza mediante un modelo de regresión lineal el comportamiento de la empresa comparado con el comportamiento histórico de un amplio conjunto de empresas que han sido calificadas en el mercado de valores.

El proceso consiste en delimitar esta serie de factores que eventualmente podrían incidir negativa o positivamente sobre la capacidad de pago y evaluar la incidencia sobre las finanzas de la empresa y sus posibles efectos adversos. El riesgo es definido como la probabilidad que tiene la empresa de pagar sus obligaciones financieras conforme las condiciones pactadas. Para ello se analizan aspectos cualitativos y cuantitativos del emisor, así como el sector económico que pertenece, para posteriormente alimentar un modelo de riesgo para obtener una calificación final.

7.2. Regulación bursátil

Su objeto social exclusivo es otorgar una opinión independiente, objetiva y técnicamente fundamentada sobre la calidad crediticia de un determinado instrumento de deuda, como la solvencia y seguridad del emitente

DRVFLMV: art. 34.

8. Colocación

La colocación es el proceso que el sujeto emisor de valores en masa hace llegar éstos a través de la negociación, oferta pública o venta privada a los efectos de la suscripción por el público³⁹. Está referido a los mecanismos y estrategias puestos en marcha por el emisor para obtener el préstamo del público y se concreta en la suscripción del título ofertado. Se habla de colocación de deuda al momento que una empresa, obtiene financiamiento, es decir, dinero y recursos financieros a cambio de una obligación

³⁹ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 392-398

de pago asumida y que se emite a través de certificados bursátiles o bonos, que deberá pagar con un interés a los inversionistas, en un plazo determinado. Tiene por objetivo la venta de los valores a los inversionistas finales.

En un sentido estricto se habla de colocación en relación con la actividad directa de facilitar la suscripción o adquisición de los valores. Es considerado un servicio que comprende el diseño de la emisión, la distribución de los valores entre el público y el aseguramiento de la colocación. Conllevaría por lo menos las siguientes fases: 1) Salida formal a la bolsa de los títulos emitidos. 2) Colocación mayorista entre inversores institucionales. 3) Colocación minorista entre personas naturales. 4) Abono de los recursos captados en la cuenta del emisor.

8.1. Naturaleza jurídica

Desde el punto de vista de la ordenación del mercado financiero, el servicio de colocación de emisiones de valores negociables es un servicio de inversión y no una operación bancaria. Desde la perspectiva del derecho de las obligaciones y contratos, la actividad de colocación es una actividad de mediación por cuenta del oferente en la distribución al público de los valores mobiliarios objeto de una oferta pública. Las entidades colocadoras son auxiliares externos del emisor en la realización del negocio de emisión; siendo un mandato mercantil o comisión por consistir en la promoción de un producto, y la distribución en el mercado del mismo, se sitúa en las cercanías del contrato de agencia; considerándolo que el agente actuando en forma autónoma y en virtud de una relación estable, promueve contratos en nombre y genera clientela a favor de otra llamada proponente. La entidad colocadora puede actuar en nombre del oferente o en nombre propio, debiendo desempeñar por sí misma el encargo recibido y no puede delegarlo sin previo consentimiento del oferente. Cuando en el contrato queda reservado a la entidad colocadora la elección de la persona en que puede delegar, responde de la gestión del sustituto o subcolocador.

Morles señala la colocación de los títulos: suscripción o adquisición por el público; significa en todo caso, el perfeccionamiento de un negocio de mutuo entre el sujeto emisor y los suscriptores; pues es la intención de la declaración unilateral contenida en los títulos. Las relaciones entre los titulares de las obligaciones y emitentes serán las relaciones entre el mutuante y el mutuario. La posterior adquisición de valores en circulación es un negocio de compraventa de títulos, siendo en acto subyacente de la transferencia una venta o cesión de créditos, en base al artículo 1549, del Código Civil venezolano⁴⁰.

⁴⁰ Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, 915-917.

8.2. Intermediación

La complejidad, celeridad y variedad de las transacciones que se realizan en el mercado de valores hacen que resulte imprescindible la intervención de terceros, a quienes se les denomina intermediarios, dentro de la negociación de los valores mobiliarios. La problemática económica y financiera que encierra cada una de las operaciones para realizarse justifica, de una forma u otra, la intervención en las transacciones de agentes que cuenten con información superior a la del inversionista común, y con un mayor grado de conocimiento respecto del mercado que se desenvuelven las operaciones mercantiles⁴¹.

En este sentido los agentes de bolsa – incluye de colocación- es un profesional acreditado sobre mercado de valores o entidad especializada quien actúa como intermediario entre los compradores y vendedores de valores negociables. Realizan operaciones de compra y venta de valores en nombre de sus clientes recibiendo una comisión por servicios. Pueden proporcionar asesoramiento sobre inversiones y estrategias de inversión. Ayudan a sus clientes a establecer objetivos financieros y desarrollar planes para alcanzarlos. En general, son regulados por organismos gubernamentales para garantizar la protección del inversor e integridad del mercado estableciendo requisitos de preparación, licencias y regulaciones con la finalidad de asegurarse que estén capacitados y actúen de manera ética en el mejor interés de sus clientes.

Sus funciones se destacan: A) Asesoramiento sobre las oportunidades de inversión. Evalúa el perfil de riesgo del cliente, sus necesidades y objetivos financieros y ofrece consejos sobre cómo invertir su dinero. B) transacciones de compra y venta de activos financieros en nombre de sus clientes. C) análisis del mercado para identificar oportunidades de inversión y tendencias de mercado, y posibilidades de riesgo. D) ejecuta órdenes de compra y venta de activos financieros en nombre de sus clientes. E) gestiona la cartera de inversión de sus clientes, supervisando y evaluando regularmente su desempeño y realizando ajustes según sea necesario. F) investigaciones exhaustivas sobre el mercado financiero y activos en los que está invirtiendo para mantenerse actualizado.

8.3. Regulación bursátil

La colocación primaria podrá ser realizadas directamente por el emisor o por agentes de colocación contratados por este. El precio para la oferta pública o las metodologías de cálculo deberán establecerse en el prospecto aprobado en la emisión,

⁴¹ Aldo Reggiardo Denegri. "Intermediación bursátil, el contrato de comisión mercantil y su relación con los intermediarios bursátiles". Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) THEMIS Revista De Derecho, (40), 49-60.

debiendo mantenerse durante este periodo de la colocación. Se tendrá que establecer por el emisor el lapso o plazo de tiempo que realizara la colocación de la emisión no pudiendo exceder de seis meses, comenzando a correr a partir de la fecha de su inicio; indicada en el respectivo aviso publicado en algún diario de alta circulación digital, en la página WEB del emisor o representante común. La Superintendencia Nacional de Valores a solicitud del emisor podría prorrogar este plazo hasta por seis meses adicionales siempre y cuando se actualice la información contenida en el prospecto y los dictámenes de las calificadoras de riesgo si los hubiere.

NROPCPEV: Art. 15. Colocación primaria. Realización. Art. 16. Precio de la oferta pública. Art. 17. Publicidad de la oferta pública. Art. 18. Indicación del plazo que se realizara la colocación. Art. 19. Colocación primaria directa.

8.4. Tipos de colocación

8.4.1 Colocación primaria o directa

La colocación primaria es la venta de títulos valores que se realizan por primera vez entre los inversionistas, de modo la captación de recursos beneficia directamente a las compañías emisoras. A partir de ese momento pueden ser objeto de continuas y sucesivas negociaciones entre diversos inversionistas, mientras los derechos y obligaciones incorporados en los títulos se encuentren vigentes.

8.4.2. Colocación secundarias o indirectas

El emisor acude a una entidad profesional, conocedora y especializada en el mercado de capitales para encargarse en todos los aspectos y detalles necesarios para estructurar una emisión. Estos agentes conocidos como underwriters o bancos de inversión son mediadores entre las empresas que emiten los instrumentos y el público que los adquiere. Asumirían el compromiso de colocar o distribuir la emisión en algunas de las formas contractuales consagradas en las prácticas financieras, buscando reducir o minimizar los riesgos de espera, en la determinación del precio de la salida de la emisión u oferta y comercialización o distribución de la emisión.

8.4.2.1. Tipos de colocaciones indirectas

a) colocación en firme:

El intermediario adquiere la emisión de títulos (total o parcial) y asume el riesgo de la colocación. La entidad financiera realiza el pago de la emisión total a la empresa emisora, aunque pragmáticamente se realiza un depósito importante y no total con la finalidad que la diferencia obtenida por las colocaciones se constituya en la ganancia

por la operación para el intermediario. Rodríguez Rodríguez asevera la sociedad emisora puede contratar la entrega de todas las obligaciones y, por consiguiente la asunción del crédito integro que se le concede a un grupo de personas que las tomen en firme, bien con el propósito de conservarlas para mantenerse en calidad jurídica de acreedores de la sociedad, o bien con la intención de ir las lanzando paulatinamente al mercado, a medida que la situación financiera de la empresa la vaya aconsejando, para obtener un beneficio con esta retransmisión de las obligaciones. Es de carácter privado, instantánea o simultánea, resulta el más cómodo para la sociedad emisora⁴².

8.4.2.1.1. Regulación bursátil

Los agentes de colocación que actúen en firme deberán adquirir la totalidad de los valores al inicio de la emisión y ofrecerlos al público al precio y condiciones establecidas en el prospecto. Registrar contablemente estos valores adquiridos, conforme a lo previsto en los manuales y normas dictadas al efecto.

NROPCPEV: Art.23.

b) Colocación garantizada

El emisor, habiendo definido la emisión de las acciones u obligaciones requeridas, para asegurarse la suscripción total de la emisión, establece un contrato con el intermediario, donde se estipula la obligación de comprar los títulos o acciones remanentes una vez terminado el plazo del convenio.

8.4.2.1.2. Regulación bursátil

Una vez finalizado el plazo de colocación deberán adquirir el remanente de los valores no colocados, registrarlos contablemente y ofrecerlos al público, conforme a lo previsto en los manuales y normas dictadas al efecto. La Superintendencia Nacional de Valores podrá requerir la constitución de garantía real o fianza otorgada por una institución del sistema financiero nacional, hasta por una cantidad equivalente al cien por ciento (100%) del monto asignado a colocar.

NROPCPEV: Art.24.

⁴² Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

c) Colocación al mejor esfuerzo

El intermediario se obliga a desplegar sus mejores esfuerzos para colocar la emisión, sin asumir riesgos. No habiendo financiamiento inmediato⁴³.

8.4.2.1.3. Regulación bursátil

Los agentes de colocación bajo esta modalidad en ningún caso podrán adquirir los valores que integren la emisión que estuvieren participando, hasta tanto la misma no hubiere sido concluida.

NROPCPEV: –art. 25-

8.5. Contrato de colocación

Es el celebrado entre el emisor y uno o más agentes de colocación con el objeto de lograr la suscripción por el inversionista de los valores de una determinada emisión o series. El servicio comprendería el diseño de la emisión, la distribución de los valores entre el público y el aseguramiento de ésta. En un sentido estricto, está referida en relación con la actividad directa de facilitar la suscripción o adquisición de los valores. En sentido amplio, comprendería los servicios de inversión que consisten en la mediación por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación y en el aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta; como actividad complementaria consiste en prestar servicios relacionados con las operaciones de aseguramiento, entre otros.

En el contrato de colocación participan el emisor y la entidad colocadora; siguiendo a Morles, en el proceso deben distinguirse: las relaciones del emisor con los intermediarios y los intermediarios entre sí, a los efectos de la colocación de la emisión, y el negocio de suscripción. Los inversores no son parte del contrato de colocación⁴⁴.

8.5.1. Regulación bursátil

Los contratos de colocación primaria debidamente suscritos deberán ser remitidos a la Superintendencia Nacional de Valores con la finalidad de la autorización para hacer la oferta pública.

NROPCPEV: Art.21.

⁴³ Gustavo Ruiz Torres. "El contrato de underwriting". Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia. Año 3/Nº 8 (abril-julio 2005) 115-125

⁴⁴ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 392-398

8.6. Agente de colocación

Es el agente de valores o puesto de bolsa que actúa entre el emisor y el inversionista con el objeto de realizar la suscripción de una emisión de valores en el mercado primario. Este término refiere a las personas y empresas que prestan servicios de intermediación en los mercados de valores, tanto en el principal como en los secundarios, de manera que, facilitan e incluso realizan operaciones de compra y venta de valores que cotizan en tales mercados.

8.7. Orden bursátil

Es una instrucción o solicitud que el inversor envía a su intermediario financiero para comprar o vender valores en un mercado bursátil. La forma en que los inversores comunican su intención de ejecutar una transacción. La función principal es la de proporcionar instrucciones claras y precisas al colocador sobre cómo el inversor quiere operar con un activo financiero determinado. Especifica qué acción quiere realizar el inversor (comprar o vender), sobre qué instrumento financiero (acciones, bonos, derivados, etc.) en qué cantidad y bajo qué condiciones. Es una propuesta de negociación, gestionada en última instancia por un miembro del mercado, que se realiza bien a solicitud del inversor (cuenta de terceros) o por cuenta propia de una entidad. Debe especificar como mínimo el valor sobre el que se opera, el tipo de transacción (compra o venta), la cantidad y el precio.

8.7.1. principio de mejor ejecución

Cuando el inversor ordena la compra o venta de un producto financiero, la entidad debe ejecutar la orden tratando de conseguir el mejor resultado posible, es lo que se denomina “mejor ejecución”. El intermediario o colocador debe identificar los centros de negociación más adecuados teniendo en cuenta una serie de factores: el precio, los costes, la rapidez y la probabilidad de ejecución. El parámetro más importante particularmente para el pequeño inversionista es el precio y los costes totales de ejecución, o la cantidad total que se deberá desembolsar o que recibirá por la operación, incluyendo todos los gastos y comisiones de ejecución, compensación y liquidación, incluso las que puedan ser abonadas a otros intermediarios que intervengan en la operación. El intermediario bajo el parámetro del principio de transparencia debe informar y recabar al inversor bajo previo consentimiento la política de ejecución que tengan definida. Si la orden no se ha ejecutado en los mejores términos posibles, se podría solicitar al intermediario que justifique no haber seguido la política de ejecución aceptada.

Las empresas que prestan servicios de inversión, al ejecutar órdenes de clientes, deben adoptar todas las medidas suficientes para obtener el mejor resultado posible

para éstos, teniendo en cuenta diferentes variables: el precio, los costes, la rapidez, la probabilidad de ejecución y liquidación, el volumen, la naturaleza o cualquier otra consideración pertinente para la ejecución de la orden. Deberán aplicar una política de recepción, transmisión y ejecución de órdenes o cuando se ejecute directamente en un centro de ejecución o transmitiéndolas a otras entidades o intermediarios para su ejecución final⁴⁵.

En resumen, el principio de mejor ejecución abarca: 1) *Ámbito de aplicación de la política*: a) Instrumentos financieros. b) Clientes. 2) *Selección de los centros de ejecución e intermediarios*: a) Etapas para la selección que garanticen la mejor ejecución b) Aplicación de las etapas a cada instrumento financiero. 3) *Solicitud de cotización previa*. 4) *Consideración de las instrucciones específicas de los clientes*. 5) *Procedimiento de comunicación a los clientes de la política de ejecución*. 6) *Obtención del consentimiento del cliente de la política de ejecución*. 7) *Procedimiento de supervisión y control del cumplimiento de la política de ejecución*⁴⁶.

8.7.2. Enrutamiento de órdenes

Se refiere al mecanismo mediante el cual se dirigen las ordenas desde los inversores a varios centros de negociación, como bolsas o sistemas de negociación alternativos. Tiene en cuenta los siguientes parámetros:

1. *Algoritmos de enrutamiento*: los corredores emplean algoritmos sofisticados para determinar dónde enrutar una orden en función de reglas y parámetros predefinidos. Estos consideran factores como las oportunidades de mejora de precios, la liquidez disponible, la volatilidad del mercado y las obligaciones regulatorias.

2. *Enrutamiento de órdenes inteligente (SOR)*: evalúa dinámicamente múltiples centros de negociación en tiempo real para optimizar los resultados de la ejecución. Monitorean continuamente las condiciones del mercado y ajustan las decisiones de ruta en consecuencia.

3. *Acceso directo al mercado (DMA)*: Permite a los inversores evitar el proceso tradicional de enrutamiento de órdenes accediendo directamente a los lugares de negociación. Proporciona un mayor control y transparencia sobre el proceso de ejecución. Particularmente beneficioso para los inversores institucionales que requieren acceso a los mercados de alta velocidad y baja latencia.

⁴⁵ BBVA. Resumen de la Política de Ejecución de Órdenes. Febrero 2023.

⁴⁶ Cecaka bank. "Políticas de mejor ejecución de órdenes". Abril 2021.

4. Pago por flujo de órdenes (PFOF): Es una práctica controvertida en la que los corredores reciben una compensación de los creadores de mercado o proveedores de liquidez por dirigirles las órdenes de los clientes.

8.7.3. Libros de órdenes

Es una tabla, digital o a mano, en la que se recogen todas las órdenes de compra y de venta que se están realizando en tiempo real respecto a un instrumento concreto en el mercado de valores. En inglés se denomina order book. En general, refleja el sentimiento general del mercado respecto a un producto determinado porque muestra si la mayoría de los participantes quiere comprar o vender éste.

8.7.4. Motor de coincidencia

Es un software diseñado para conectar a compradores y vendedores en los mercados financieros. Una vez que se crea la orden, el motor de coincidencia la procesa y empareja. Es un instrumento informático que cuenta el intermediario extremadamente diligente y eficaz –en teoría– que procesa cientos de órdenes en fracción de segundo. El motor revisa las órdenes y conecta a los compradores y vendedores en función de sus criterios estipulados. La coincidencia funciona siguiendo dos reglas clave: precio y tiempo. El motor de coincidencia emparejará primero las órdenes con el mismo precio. Si hay varias órdenes con el mismo precio, las prioriza en función de la hora en la que se crearon. En el mundo del trading, esto se conoce comúnmente como “prioridad precio-tiempo”.

8.7.5. Emparejamiento

Una vez que la orden bursátil se ha enviado al colocador, este la transmite al mercado correspondiente, donde se empareja con otra orden que cumpla las mismas condiciones, pero en sentido contrario: si se envía una orden de venta, el sistema buscará una orden de compra que coincida con las condiciones, y viceversa. Este proceso de emparejamiento de órdenes se realiza de forma electrónica y automatizada en la mayoría de los mercados modernos. Cuando las órdenes se han emparejado, se realiza la transacción, y las acciones o valores se transfieren del vendedor al comprador, mientras que el dinero se transfiere en sentido contrario. Una vez completada la transacción, el agente de colocación informará al inversor sobre el resultado de la orden.

8.7.8. Ejecución de la orden

Una vez que se ha ejecutado la orden, la entidad debe proporcionar al cliente, de manera inmediata, la información esencial sobre esta, en la que destacan los siguientes datos: 1) Fecha y hora de la ejecución. 2) Tipo de orden. 3) Identificación del centro de ejecución y del producto financiero. 4) Indicador de compra o venta, volumen y precio unitario. 5) Suma total de los gastos y comisiones repercutidos.

El importe de los gastos y comisiones asociados a una operación en bolsa pueden tener una incidencia significativa en la rentabilidad final. Se pueden distinguir:

1) Costes de intermediación. Son los que cobra el intermediario por la recepción, transmisión, ejecución y liquidación de la orden; en resumen, por todos los pasos que tiene que realizar para recibir y verificar la orden del cliente, introducirla en el mercado y anotar en las cuentas del cliente los resultados de la operación.

2) Comisiones de administración y custodia. Deben estar detallados en el contrato de depósito que tenga firmado con el intermediario. En caso de la venta de valores, el intermediario quien los tiene en depósito, cobrará la comisión de administración y custodia que corresponda, según el periodo transcurrido desde la liquidación anterior hasta el momento de la venta.

3) Cánones de contratación de la bolsa. El intermediario traslada al cliente los corretajes y gastos que cobran los mercados, en función del efectivo negociado.

8.7.4. Regulación bursátil

DRVFLMV: Art. 6. Corredor público. Art. 7. Sociedad de corretaje. Art.8. Casa de Bolsa. Art. 9. De las formas de constitución de las Sociedades de Corretaje y Casas de Bolsa. Art. 10. De los requisitos de autorización de las Sociedades de Corretaje y Casas de Bolsa. Art. 11. Autorización de las personas extranjeras. Art. 12. De la tipología y actividades de las Casas de Bolsa y Sociedades de Corretaje de Valores. Art. 13. De las índices garantías de riesgo, fianza y/o garantías reales. Art. 14. De los sistemas de administración de riesgo. Art. 15. De las prohibiciones.

NROPCPEV: Art.19. El emisor debe apoyarse sobre agentes de colocación en caso de una emisión primaria. Art. 20. El emisor, agente de colocación y distribuidores deberán ajustarse estrictamente a las disposiciones relacionadas con la colocación primaria de la emisión establecidas en el prospecto como los contratos de colocación primaria y sus modificaciones autorizadas por la Superintendencia Nacional de Valores. Art. 22. Celebración de contratos de distribución con Sociedades de Corretaje y Agentes de Bolsas. Art. 26. Preferencia a pequeños y medianos inversionistas. Art. 27.

Registro diario de las ofertas de compra que reciban, las operaciones que realicen y consignación de la colocación. La Superintendencia Nacional de Valores podrá requerir información en cualquier oportunidad.

9. Suscripción

En virtud, de la emisión de títulos de deuda, la empresa emisora asume un pasivo frente a los oferentes de capital, que suscriben la referida emisión; toda vez, al suscribirla otorgan préstamo a favor de la emisora. Por consiguiente, la emisora aparte de estar obligada a devolver el capital prestado, dependiendo de los términos concretos de la emisión, se obliga también al pago de determinado interés (cupón) a favor de los suscriptores de dicha emisión (prestamistas). Este título de deuda, por lo general es identificado de renta fija, que la sociedad emisora está obligada a honrarlos a su vencimiento (plazo de redención) cualquiera que fuesen sus resultados económicos al término de determinado ejercicio. La razón de esto estriba, a diferencia de los títulos de renta variable, el inversionista suscriptor de los títulos de deuda no asume el riesgo inherente a la gestión social de la empresa razón por la cual el título debe ser pagado cualquiera fuese el resultado económico de dicha gestión social. El inversionista siempre tendrá derecho a recibir determinada rentabilidad (utilidad o ganancia), tenga o no éxito la inversión a la que se hayan destinado los recursos financieros⁴⁷.

El día de suscripción de la orden, se realiza el correspondiente registro informático de los movimientos de los valores; es decir, desde ese momento queda registrado el cambio consecutivo de titularidad de los valores como consecuencia de la compraventa. En todo caso, la comunicación de la ejecución implica la disponibilidad de los valores por el inversor y el dinero efectivo por el emisor desde el momento de la suscripción; por lo general, las entidades permiten al cliente operar sin agotar estos plazos, calculando el importe neto que corresponde cargar o abonar al cliente y dando mayor agilidad a la operación.

La declaración de aceptación de la oferta, emitida por el inversor constituye una declaración de voluntad contractual por la que su autor manifiesta al proponente de suscribirla de conformidad con los términos y de adherirse a la misma, dando lugar al nacimiento de un contrato de mutuo. Tratándose de una oferta al público dirigida a una pluralidad de destinatarios, no es único el contrato perfeccionado, sino se perfeccionan tantos contratos de compraventa como aceptaciones válidas se reciban de acuerdo con lo señalado en el prospecto de oferta. Se trata de un acto de adhesión, que el suscriptor se limita a admitir todas y cada una de las condiciones señaladas por la sociedad

⁴⁷ Percy Barreto Quineche. "La emisión de instrumentos representativos de deuda". *Ius et Veritas.*" 18, 182-193

emisora⁴⁸. Pudiéndose considerarse una declaración de voluntad dirigida a la sociedad tendente a la adquisición de la condición de obligacionista, mediante la adhesión al contrato de emisión. Se realiza en un período fijado por el emisor⁴⁹.

La oferta publica contiene una propuesta de suscripción de las obligaciones ofertadas. La aceptación por la suscripción genera la concreción de la relación jurídica con el oferente, extinguiéndose la oferta publica respecto del oferente en la medida que surjan nuevos aceptantes. La naturaleza de la relación jurídica que se entabla depende de las características de la emisión de los valores que fueron objeto de la oferta pública sean títulos sobre obligaciones o acciones⁵⁰. La suscripción de la obligación se considera una declaración de voluntad dirigida al emisor con la finalidad de adquirir la condición de obligacionista, mediante su adhesión al contrato de emisión.

Morles señala a través de la aceptación del suscriptor se perfecciona el contrato de mutuo colectivo que los títulos valores representan, y se rige; reconduciendo el acto de suscripción de una obligación a un contrato de compra-venta; el destinatario ocuparía el mismo lugar del comprador y el emisor el lugar del vendedor; apareciendo la oferta publica como una propuesta de venta⁵¹. A través de la suscripción se perfeccionaría el préstamo de dinero al ente emisor de la obligación.

9.1. Suscripción total

Rodríguez Rodríguez observa el hecho si la suscripción de las obligaciones por convocatoria al público presenta las mismas características que la emisión de acciones en iguales circunstancias. En materia de acciones el principio general es la suscripción íntegra del capital a excepción denominada acciones en tesorería. Se plantea si en la propuesta de una emisión por una cuantía determinada, debiese suscribirse todas las obligaciones para que el compromiso con cada obligacionista sea firme y válida la emisión o reducirse a la cuantía prevista si faltan suscriptores. Establece que todo dependería de lo dispuesto en el programa y en el acta de emisión, ya que, si estableció una posible reducción de la emisión, esta podrá hacerse lícitamente. Otros autores entienden por regla general, la suscripción de obligaciones es válida, aunque no cubra el monto previsto, salvo naturalmente una expresa manifestación en contrario; porque incumplida la suscripción de las obligaciones no afecta la esencia de la sociedad y la deficiencia de las suscripciones no agrava los riesgos de los suscriptores. Al contra-

⁴⁸ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

⁴⁹ Álvaro Carrera Villagrán. "Las obligaciones: controversias de las obligaciones convertibles en acciones" (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas- ICADE, abril 2014), 29-30

⁵⁰ Vidal Ramírez. "La oferta pública de valores". 15-25

⁵¹ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 401-410-

rio, hay tratadistas que defienden la suscripción no es perfecta y la obligación de cada suscriptor no es válida hasta efectuarse la íntegra colocación de todas las obligaciones previstas en el acta de emisión⁵².

10. Desembolso

Una vez suscritas las obligaciones, el obligacionista debe entregar el importe del desembolso, que puede ser total o parcial. La sociedad emisora queda obligada a entregar al obligacionista los títulos o practicar las anotaciones en cuenta, según los casos, y al cumplimiento de las obligaciones asumidas frente al obligacionista en la forma establecida en la emisión.

10.1. Precio de la obligación

El capital financiero, como recurso obtenido por intermedio del financiamiento, conlleva un costo por el capital invertido. Dicho costo equivale a la retribución obtenida por el capital financiero utilizado en la producción de bienes y servicios que se denominada rendimiento o interés. Los sujetos que disponen de dinero en efectivo pueden optar por invertirlo, con lo cual posponen la oportunidad de consumir en el momento, representando su costo de oportunidad, circunstancia por la que aspirarán obtener algún tipo de interés remuneratorio, como compensación por la no utilización propia de dichos recursos; se suele determinar como un porcentaje de la cantidad de dinero prestado, está esencialmente establecido en función sea del riesgo de la operación subyacente, según la garantía proporcionadas por el solicitante del crédito, y del plazo concedido por el referido financiamiento⁵³.

Con respecto al precio de la obligación puede considerarse como una inversión para quien adquiere los títulos, en la que se entrega el importe o precio con la finalidad de recibir en plazos futuros ciertos reembolsos en concepto de interés y capital, constituyéndose una deuda para el emisor del título. En este caso, partiendo del concepto básico que el precio es la cantidad de dinero que está dispuesto a pagar un comprador por un bien, sin embargo, en el área bursátil no siempre resulta fácil determinar ese precio. En el particular, existen una serie de “fórmulas” para determinar si un valor resulta barato o costoso; existiendo diferentes recursos que los inversores pueden consultar y sirven para operar de una forma más racional en los mercados. El precio de una obligación significa al que se cotiza en el mercado en un momento determinado.

⁵² Rodríguez Rodríguez. “Derecho Bancario”, 339-485.

⁵³ Fred Aarons. “Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada”. Revista de Derecho Mercantil. N° 11. Homenaje a José Muci Abraham. 2023, pp. 152-177.

La valoración o cálculo del precio teórico de un título tiene la finalidad de establecer una estimación razonable de su valor y dar una opinión sobre el nivel de cotización del título. Cuando el estudio de los datos económico y financieros de la empresa emisora, así como su comportamiento futuro, presenta rasgos favorables puede concluirse que es interesante comprar un título. La evaluación tiene por objeto determinar un valor razonable; puede o no llegar hasta el cálculo exacto de su valor, sino simplemente dar una opinión sobre si su cotización es o no demasiado alta.

Particularmente las obligaciones ofrecidas en bolsa se consideran un instrumento de renta fija, debido a que hay un monto exacto a pagar en una fecha delimitada; este comportamiento hace que el proceso de estipulación del precio sea bastante peculiar y se basa en el tipo de interés que recibirá el inversionista. En consecuencia, esta tasa de interés es la que determina si es rentable o no para la entidad que está comprando la deuda. Para calcularlo es necesario valorar la cantidad de obligaciones que ha hecho la empresa, prima de liquidez y el riesgo por falta de pago.

En principio, cuando mayor es el interés ofrecido por el emisor, particularmente porque el pago por la inversión se percibe o resulta riesgosa, el valor o precio de la obligación tiende a bajar; al contrario, y a menor tasa de interés, el riesgo del pago de la inversión es menor incluso nula; en consecuencia, el precio de la obligación tiende a aumentar. En conclusión; mientras mayor sea la tasa de interés el precio de la obligación disminuye y viceversa, a menor tasa de interés aumenta el precio del bono. Cuando sube la tasa de interés y cae el precio del bono, ello quiere decir que está aumentando la percepción del riesgo sobre el pago de ese bono y por tanto para el emisor el financiamiento se encarece. De esta forma, en el precio de un bono está contenida información sobre el riesgo particularmente de la economía en general.

10.2. Rendimiento de la obligación

Uno de los conceptos de importancia para la determinación del valor de la obligación se relaciona con el concepto de flujo de fondos que determina el dinero que ingresa por ventas, préstamos e inversiones. También, representa las salidas de efectivo de la compañía por concepto de dinero gastado en suministros, préstamos y personal. En perspectiva, el valor de una obligación, como cualquier otro activo, no es más que el valor actual de los flujos de fondos que va generar en relación con el tipo de interés al que se deben descontar esos flujos. El tipo de interés es la rentabilidad que obtendría el inversor exigido por el mercado particularmente por el nivel de riesgo y plazo del bono; varía a lo largo de la vida del bono. Flujo de Fondos o de Caja Futuro del bono será la suma de los servicios de interés y capital del instrumento. Será futuro, porque se calculan los pagos hasta su vencimiento. La rentabilidad de un título valor está referida al beneficio que se puede obtener durante un periodo de tiempo en función de la cantidad que se cancelada para la obtención de éste en la emisión.

En principio, el emisor de la deuda debe hacer los esfuerzos necesarios para que la inversión se concrete según el nivel previsto y los márgenes de ganancia proyectados sean los esperados. Si las premisas que sustentan las proyecciones económico-financieras de una alternativa de inversión no se cumplen, el riesgo de perder aumenta; la deuda en lugar de ser conveniente, se vuelve en un problema crítico para el empresario, llegando a poner incluso en peligro el futuro de la empresa. El endeudamiento para la inversión por el emisor tiene su proceso de maduración en el tiempo, por lo que la generación de recursos financieros tiende a ser gradual, razón por la cual el financiamiento de la inversión tiene que realizarse con productos o instrumentos de mediano y largo plazo, es decir, con recursos financieros cuyo periodo de devolución sea concordante con la evolución del negocio financiado. Monitorear a través de los diferentes indicadores un negocio y su evolución permite a las empresas ser más transparentes y se conozca realmente su situación. Permite conocer el modelo de amortización de la empresa en un determinado momento de tiempo.

10.3. Volatilidad de la obligación

La volatilidad del mercado financiero es definida como la tasa que el precio de un activo puede subir o bajar, teniendo en cuenta un conjunto particular de rendimientos. El método más común es observar la desviación estándar de los rendimientos anuales durante un período de tiempo determinado. Sirve como medida para evaluar el riesgo de una inversión en particular; a la vez para la fijación de precios de los activos para medir las fluctuaciones en los rendimientos. Cuando la volatilidad es alta, los riesgos son mayores y viceversa. A su vez, cuando se utiliza la volatilidad en la fijación de precios de los activos financieros, se puede ayudar a estimar las fluctuaciones que probablemente ocurran en el corto plazo. Si el precio de un activo fluctúa rápidamente en un corto período de tiempo, se considera altamente volátil. En la misma dirección, se entiende que un activo cuyo precio se mueve más lento durante un período de tiempo más largo tiene baja volatilidad.

10.3.1. Tipos de volatilidad

Existen dos enfoques clave para considerar la volatilidad de un título valor. La volatilidad implícita estimada de un activo y refleja la manera en la que el mercado ve dónde debería estar la volatilidad en el futuro, pero no pronostica la dirección en que se moverá el precio del activo. La volatilidad realizada / histórica: forma de medir estadísticamente cómo oscilan los rendimientos de un activo en particular cuando se analizan en un período de tiempo acotado. Normalmente, la volatilidad histórica se mide estableciendo la desviación promedio de un instrumento financiero de su precio promedio durante un período determinado.

La desviación estándar tiende a ser la medida más común de la volatilidad realizada, aunque existen otros métodos utilizados para calcular ese rendimiento. La seguridad de riesgo es aquella que tiene un alto valor de volatilidad histórica, aunque, en ciertos tipos de operaciones, no es necesariamente un factor negativo ya que las condiciones alcistas y bajistas podrían ser un factor de riesgo.

En relación con estas dos mediciones, la volatilidad histórica (mirando hacia atrás) sirve como medida de referencia, la volatilidad implícita (mirando hacia el futuro) define los valores relativos de los precios de los activos. Si las ambas mediciones muestran valores similares, se considera que el activo tiene un precio justo sobre la base de normas históricas. Por esta razón, los inversores suelen buscar las desviaciones de este equilibrio para lograr establecer si los activos están sobrevalorados o infravalorados.

11. Redención de la obligación

Es el proceso que se devuelve el dinero a los obligacionistas y la compañía emisora cancela el pasivo contraído. Las obligaciones son documentos que refieren el compromiso o constituyen una promesa escrita de pago de una cantidad de dinero a término determinado como valor y fecha de redención. Las obligaciones generalmente se emiten con un valor nominal, con una tasa de interés que se expresa como pagadera en fechas fijas. El valor de redención se refiere al monto que se les reembolsa a los tenedores de los mismos al terminar su vigencia, que es presentado como un porcentaje del valor nominal.

11.1. Reembolso

Es una operación económica que recibe de nuevo una cantidad de dinero o bienes que previamente se había abonado o entregado a un cliente, en circunstancias diversas. Representa el pago de dinero que el emitente está obligado a pagar al obligacionista en concepto de devolución de su préstamo. En las operaciones bursátiles, el reembolso se refiere a la recuperación de todo o parte del capital que un inversor colocó como fondo de inversión, es decir, la devolución o pago de una emisión de títulos o de una deuda. En consecuencia, en el título valor emitido, resulta esencial que se prevea la fecha en que deberá efectuarse el reembolso del importe del crédito concedido por los obligacionistas⁵⁴. El valor del reembolso es el precio que el emisor paga por el título en el momento de la amortización. Puede coincidir o no con el valor nominal y está previsto desde el origen de la emisión.

⁵⁴ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

11.1.1. reembolso por rescate

La empresa que emite las obligaciones devolverá el préstamo antes de su fecha de vencimiento (también conocido como amortización de las obligaciones). Este pago por anticipado se podrá realizar, entre otras, bien mediante la conversión de las obligaciones en acciones, por acuerdo entre la empresa y el sindicato de obligacionistas o por adquisición en bolsa de valores sin perjuicio de la fijación de un límite temporal máximo para reembolso de todas. Es el pago de todos los títulos existentes en un momento determinado, aun antes de que llegue el plazo límite de pago previsto en el acta de emisión.

Rodríguez Rodríguez plantea en caso de restitución anticipada por voluntad de la emisora de las obligaciones emitidas; si la emisora pudiese constreñir a los obligacionistas a recibir por anticipado el importe del préstamo realizado. Esta modalidad dependería de que se haya pactado o emitido en el acta de emisión una cláusula de restitución anticipada a favor de la emisora. Si en el acta de emisión, la deudora del crédito hizo constar de un modo expreso que en caso de conveniencia o necesidad podrá proceder a restituir por anticipado el crédito representado por las obligaciones, no cabría duda que podría realizarse el pago de las obligaciones existentes, cancelando por ellas las cantidades previstas en el acta de emisión para tal supuesto.

Pero si el acta de emisión guardase silencio sobre el particular es muy dudosa la solución que pueda aceptarse. Citando a Thaller quien ha defendido la conveniencia de admitir el reembolso anticipado como un derecho de la sociedad similar al Estado y ha criticado el decreto judicial contrario y el razonamiento de que si, el termino se presume establecido en favor del deudor, dejado de ser así, cuando resulte de la estipulación o de las circunstancias que han sido convenidas igualmente en favor del acreedor, de manera que los términos sucesivos de amortización de los títulos han sido fijados tanto en interés de los obligacionistas como en de la deudora. Igualmente opinan Houpin y Bosvieux y Leon Caen y Renault, el termino fijado para reembolso a largo plazo de obligaciones productivas de interés, debe presumirse estipulado en interés común de los acreedores y del deudor, y en consecuencia el reembolso anticipado no es posible contra la voluntad de los obligacionistas. En el derecho mexicano parecía imposible este último razonamiento; por lo que debería estimarse que en defecto de clausula expresa que autorice la amortización anticipada, el plazo preestablecido en ella debe considerarse fijado en interés común de ambas partes, sin que quepa el pago anticipado.

Así también se plantea que es lo que debería pagarse en los casos de amortización anticipada; estableciéndose que la sociedad debe abonar con las obligaciones la cantidad y prestaciones que se hayan previsto; pero en caso de silencio sobre el particular, deberá pagar lo mismo que si hubiesen sido amortizadas por sorteo, esto es,

cumpliendo todas las prestaciones previstas para este último caso. También podría considerarse la situación que se crearía si la sociedad se empañase en efectuar el reembolso anticipado sin derecho para ello; estimando Rodríguez sería un caso de incumplimiento, que daría derecho a los obligacionistas a pedir la rescisión del contrato de emisión y el pago de los daños y perjuicios, los que, desde luego, y sin perjuicio de la prueba de otros conceptos, alcanzaría a todos los intereses, cuyo pago se previó⁵⁵.

11.1.2. Reembolso a la fecha de vencimiento

Deberá realizarse por la sociedad emisora en el plazo convenido, de acuerdo con el plan o cuadro de amortización fijado al momento de la emisión. Puede acordarse el pago de la totalidad de las obligaciones en una única fecha, u optarse por un reembolso gradual y progresivo, que permita al emisor diluir en el tiempo los costes de la restitución del empréstito; en este caso, cabe prever el abono parcial y escalonado de todas las obligaciones o el pago total de cierto número de valores, que habrían de determinarse por sorteo.

11.1.3. Reembolso por sorteo

El reembolso se efectúa totalmente por su monto, pero para un cierto número de obligaciones señaladas por sorteo realizado en fechas determinadas, de manera que todos queden reembolsados en un cierto número de tiempo. Las obligaciones sorteadas dejarán de causar intereses desde la fecha del sorteo, siempre que la sociedad deposite el importe necesario para efectuar el pago⁵⁶.

11.2. Regulación bursátil

De conformidad con las NROPCPEV, el sorteo se realizará en la sede del emisor con la presencia del representante común de los obligacionistas notificando expresamente a la Superintendencia Nacional de Valores. Deberá anunciarse por la prensa, en un diario impreso y digital siendo remitida esta comunicación a la Superintendencia, que se efectuará por el emisor dentro de los quince (15) días anteriores a la realización del sorteo o fecha de redención; indicándose el lugar, día y hora de la celebración, las obligaciones a sortear, así como la serie y emisión a que pertenece; una vez realizado se levanta un acta que hará constar: 1) Lugar y fecha de la celebración del sorteo. 2) Identificación de las obligaciones que hayan resultado favorecidas. 3) Cantidad de series de la emisión. 4) Cualesquiera otras características, con la firma del emisor y el

⁵⁵ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

⁵⁶ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

representante común de los obligacionistas; remitiéndose a la Superintendencia en caso que las obligaciones redimidas estuviesen inscritas. - arts. 66-67-

11.3. Amortizaciones

Es la reducción gradual de la deuda a través de pasos periódicos sobre el capital prestado. La devolución de la deuda o de un capital tomado en préstamo (principal) más los intereses correspondientes si ellos existen por periodos de tiempo previamente establecidos. En el ámbito económico, se refiere a la disminución del valor del monto deudor a través del pago o cualquier otro medio de extinción de la obligación realizado en forma periódica programada previamente.

Rodríguez Rodríguez señala la restitución del importe del crédito es un elemento esencial en la definición de la obligación. Si esta es una parte fraccionaria de un crédito colectivo, es evidente que el crédito debe ser devuelto, de acuerdo con la fisonomía jurídica del mismo, cualquiera sea la forma adoptada. Siendo la amortización una forma de reembolso consistente en la reducción progresiva del monto de la deuda, de manera que estas obtienen por periodos determinados la restitución de una parte de su importe y quedan totalmente reembolsadas con el transcurso de un cierto periodo de tiempo- semanas, meses, años-⁵⁷.

11.4. Cancelación de intereses

La percepción de intereses es la causa de la obligación o se constituye el crédito con objeto de percibirlos; siendo un típico valor de inversión debido que las personas que consienten en colocar su dinero en obligaciones lo hacen con el deseo de percibir unos intereses constantes e invertirlos con seguridad⁵⁸. Es la ganancia o retribución del inversor que obtiene al adquirir un determinado instrumento de inversión. El tipo de interés consiste en el precio de solicitar o pedir prestado el dinero por el emisor.

La inversión en bolsa es el, manejo del dinero por el inversionista que busca obtener un rendimiento a futuro, es decir adquirirá valores o colocará su dinero disponible en instrumentos financieros de tal forma que le genere un rendimiento atractivo, por que recibirá una tasa de interés (en el caso de valores de deuda), un dividendo (en el caso de acciones), o mediante una ganancia de capital (es decir que venderá el valor a un precio mayor al precio al que lo adquirió).

⁵⁷ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

⁵⁸ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

11.4.1. Cupones

El pago de los intereses se hace contra entrega del cupón correspondiente. Son títulos valores accesorios, puesto que solo tienen valor y existencia jurídica en cuanto lo tiene el título de la obligación del que se desprenden. Sirven para el cobro de los intereses. El cupón representa el interés nominal que tienen derecho a percibir los titulares de un valor de renta fija. Suele pagarse con carácter trimestral, semestral o, de forma anual. El cupón puede ser de interés fijo o variable porque se encuentra ligado a la evolución de tipos de interés, índices bursátiles e inflación. En sentido físico, es la parte que se recorta de un título para poder percibir el dividendo o los intereses que dicho valor lleve aparejados, pero esta práctica dejó de funcionar desde el momento en que entró en funcionamiento la contratación electrónica en los mercados financieros. Díaz Bravo señala que los cupones desempeñan un papel semejante a los mismos títulos accesorios de las acciones, si bien se encuentra adheridos a la obligación principal atribuyen a sus tenedores el derecho a la percepción de los intereses pactados y, cuando así proceda, a la conversión de las obligaciones respectivas en acciones de la emisora⁵⁹.

11.4.2. Amortización financiera

11.4.2.1. Contabilidad

Desde el punto de vista económico, el término amortización hace referencia a la reducción del valor de un activo o un pasivo con el paso del tiempo. En consecuencia, es una forma de cuantificar la pérdida del valor de un bien o disminución de una deuda. Dependiendo si está referido al activo de una empresa sea cualquier tipo de bien o un pasivo sea una deuda u obligación, en el primer aspecto se estará refiriendo a la amortización en contabilidad, en el otro a la amortización financiera. Para el activo la amortización sería la disminución de su valor particularmente por depreciación a causa del paso del tiempo, el uso o disfrute o la obsolescencia hacen que pierda su valor inicial; mientras que para un pasivo sería la reducción de la deuda.

11.4.2.1. Concepto

En lo que respecta a la amortización financiera o pasivos consiste en la devolución de una deuda a lo largo de un periodo de tiempo acordado entre el prestatario y el prestamista. Con cada cuota que se paga se va amortizando progresivamente parte de la deuda restante. Es el reintegro o devolución de un préstamo habitualmente distribuyen-

⁵⁹ Díaz Bravo, Arturo. "Cupones como títulos accesorios a las obligaciones". En *Títulos y operaciones de crédito*. Quinta Edición. IURE Ediciones. Universidad Nacional Autónoma de México. 2016. pp 159-162.

do pagos de deuda en el tiempo. Suele ser producto de una prestación única, que genera una contraprestación múltiple con vencimiento posterior. En este caso, el pago de la obligación se hace a través de desembolsos escalonados en el tiempo, aunque también se puede acordar un solo pago final.

11.4.3. Sistema de amortización financiera

Al igual que la contable- existen varios sistemas de amortización; a saber:

11.4.3.1. Sistema francés

Consisten en el pago de cuotas fijas mensuales, en lo que se incluye una parte del capital del préstamo y una parte de los intereses. En este caso la cuantía de las cuotas, es decir la suma de la parte de capital amortizado, más los intereses correspondientes del periodo es siempre la misma durante la vida del préstamo., si bien en teoría en cada periodo se va pagando una menor proporción del interés, dado que el capital pendiente de amortizar se va reduciendo en cada cuota pagada, pues al principio se pagan más intereses que en los periodos subsiguientes. Se puede utilizar tanto interés de tipo fijo como variable.

En este caso la cuota anual no varía porque ha sido distribuida de manera similar o igual a lo largo del periodo de devolución del préstamo. La amortización del capital y los intereses tienen un comportamiento inverso entre sí, mientras los intereses decrecen cada periodo en virtud de la disminución de la cancelación progresiva del capital, la proporción de la cuota que se dedica a amortizar el préstamo es mayor. Siendo una de las fórmulas más utilizadas para la devolución de préstamos hipotecarios.

11.4.3.2. Sistema alemán

En este sistema la cuota de cancelación de la deuda correspondiente al capital es siempre constante, mientras los intereses disminuyen con la cancelación de los periodos o etapas del pago de la deuda. Es decir, la amortización del capital es siempre fija y la cuota comienza siendo elevada para ir disminuyendo según avanza el préstamo.

A diferencia del francés, el sistema de amortización alemán establece que los valores de las cuotas de cancelación de deudas resultan variables y decrecientes cada periodo hasta la cancelación total de la deuda. Esto se debe a que calculan los intereses sobre el saldo de capital que es más elevado al inicio del pago de la deuda y paulatinamente se van disminuyendo.

11.4.3.3. Sistema americano

Implica las cuotas periódicas se pagan solo los intereses, y el capital se amortiza en una única cuota al vencer el préstamo. Durante cada periodo de pago se cancela una cuota que recoge los intereses, pero que no amortiza el capital inicial, el cual en la última cuota incluye el interés y además amortiza todo el capital inicial.

12. Agrupación de obligacionistas

Rodríguez Rodríguez asevera, el carácter colectivo viene dado por la existencia de un vínculo asociativo entre las personas que realizan el préstamo a la sociedad; quedando perfectamente claro en el derecho mexicano, en que los obligacionistas constituyen una agrupación que actúa por conducto de un representante común y funciona como cuerpo colegiado con sus asambleas generales. La pluralidad de titulares de las obligaciones ha exigido una organización y ésta se ha tomado, por su mayor perfección técnica, de la sociedad anónima, sin que exista entre una y otra más similitud que la de una simple forma de organización y cómputo de votos en una colectividad⁶⁰.

Morles señala la doctrina ha debatido si la institución de un régimen de defensa común es del todo necesaria, pero la tendencia que se ha consolidado es sobre la defensa colectiva, regulada con características más o menos comunes en los distintos ordenamientos jurídicos⁶¹.

Brunetti manifiesta la organización de los obligacionistas desarrolla una institución haciendo de este conjunto homogéneo de acreedores de la sociedad un grupo unitario para el común interés de los individuos que lo componen. Reconociéndole el derecho de tener un representante propio y una asamblea propia⁶².

Torres García, señala dicha institución – también denominada sindicato de obligacionistas- tiene por finalidad reunir organizadamente a los titulares de los instrumentos representativos de deuda de una emisión, a efectos que se organicen para adoptar decisiones de manera colectiva y ordenada para proteger sus intereses, y consecuentemente, adquieran mayor capacidad de negociación con la sociedad emisora, a efectos de proteger sus acreencias derivadas de la emisión específica⁶³.

⁶⁰ Rodríguez Rodríguez. “Derecho Bancario”, 339-485.

⁶¹ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 354-355-

⁶² Brunetti. “Emisión de obligaciones”, 450-457

⁶³ Farah Torres García. “La Regulación del Representante de los obligacionistas en el ámbito en el mercado de valores”. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*. Num. 41 (2013), pp 57-65.

12.1. Naturaleza jurídica de la agrupación de obligacionistas

Según Morles, la agrupación de obligacionistas, convencionalmente, puede adoptar forma asociativa o societaria, o reconducirse a otras figuras contractuales, como el mandato recíproco. En ausencia de elementos convencionales suficientes para arribar a una conclusión se ha ensayado el recurso de la comunidad como explicación de ésta agrupación, fundamentado la interpretación en el carácter de préstamo colectivo sobre que recaerían los derechos comunes. Sin embargo, la explicación más aceptable parece ser suministrada la doctrina italiana, encarnada en Valeri⁶⁴. Rodríguez Rodríguez establece que no constituye una sociedad, ni una asociación, porque es esencial para uno u otro supuesto la voluntariedad del vínculo; particularmente en el caso mexicano esta agrupación se constituye en un imperativo de la Ley⁶⁵.

12.2. Asamblea de obligacionistas

Rodríguez Rodríguez señala, la asamblea de obligacionistas podría ser definida como la colectividad de los titulares de las obligaciones reunidos legalmente para decidir sobre asuntos de su competencia⁶⁶. Morles acota, únicamente tiene potestades expresa y limitativamente otorgadas por la ley o por los convenios de los obligacionistas. La organización forzosa de los acreedores debe interpretarse como una limitación de su libertad, por lo cual no podrá entenderse que la asamblea está facultada para decidir todo aquello que no esté previsto en la ley o no hubiere sido previsto por los obligacionistas⁶⁷. Torres García asevera la asamblea de obligacionistas es el órgano máximo del sindicato o agrupación de los obligacionistas, que es la reunión de todos los obligacionistas de una emisión determinada, a efectos de adoptar acuerdos de manera colectiva a nombre del sindicato⁶⁸.

12.3. Regulación bursátil

Conforme a las NROPCPEV, establece, la asamblea de obligacionistas no puede considerarse válidamente constituida sino se encuentra presente en ellas un número que represente más de la mitad del monto de las obligaciones colocadas. Será convocada por: 1) el representante común de los obligacionistas cuando éste así lo estime conveniente. 2) por la sociedad mercantil emisora 3) por un número de obligacionista que represente más del diez por ciento (10%) de las obligaciones en circulación. 4) la Superintendencia Nacional de Valores.

⁶⁴ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 355-356-

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

⁶⁶ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 356—357.

⁶⁷ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 356—357.

⁶⁸ Torres García. "La Regulación del Representante de los obligacionistas en el ámbito en el mercado de valores", pp 57-65.

Las asambleas de obligacionistas que acuerden prórroga en el término de la redención de las obligaciones o su conversión en acciones, como cambios en las condiciones de la emisión, será necesaria la presencia de un número que represente el setenta y cinco por ciento (75%) de las obligaciones en circulación y deberá ser decidida por mayoría simple.

Sí en la asamblea de obligacionistas convocada para discutir los puntos señalados en ella, no concurriere el número de obligacionistas indicado, se convocará para otra asamblea, con ocho (8) días de anticipación, de no concurrir el número requerido se convocará a una tercera asamblea cualquiera que sea el número de obligacionistas que concurran a ella y se tomarán las decisiones de esta asamblea por mayoría simple. Los gastos que se originen por la convocatoria y celebración de las asambleas de los tenedores de deuda serán sufragados por el emisor.

NROPCPEV: Art. 69. Constitución de la asamblea de obligacionistas. Art. 70. Convocatoria del representante común de los obligacionistas. Art. 71. Prorroga en el término de la redención de obligaciones o conversión en acciones.

12.4. Representante común

Según Ivo S. Cagliuffi Piercechi manifiesta que es un órgano de gestión y representación. Es una figura jurídica especial que se presenta únicamente dentro de una emisión de obligaciones; por imperio de la ley cumple el papel de intermediario o instrumento vinculante, exclusivo y excluyente entre la sociedad emisora y la agrupación o sindicato de obligacionistas siendo su principal finalidad de velar por el cumplimiento de los términos de la emisión en mérito a los lineamientos dispuestos por la ley y el contrato respectivo en relación con su actuación, los que determinan los parámetros de su responsabilidad, interactuando y colaborando con la asamblea con la finalidad de cumplir debidamente con la representación del sindicato y con sus funciones de gestión en beneficio del mismo⁶⁹.

Este representante común, también denominado comisario es el órgano de la agrupación de obligacionistas al que se confiere la gestión y representación de éste, debiendo tutelar los intereses comunes de los obligacionistas y cuidando del cumplimiento de los plazos y condiciones previstos en la emisión de estos valores. Es el órgano de relación entre la pluralidad de los obligacionistas y la sociedad emisora de los valores

⁶⁹ Ivo S. Cagliuffi Piercechi. "Reflexiones sobre el Representante de los Obligacionistas". THEMIS. Revista de Derecho. Segunda Época. N° 40 (2000), pp. 143-160.

12.4.1. Naturaleza jurídica

Morles acota que la ley mexicana califica expresamente la relación jurídica entre los obligacionistas y el representante común como un mandato, no así la ley venezolana, pero la naturaleza de la actividad cumplida, que obra por cuenta de otras personas, la retribución y la responsabilidad que la ley adhiere a sus funciones permiten concebir la relación como un verdadero mandato. Siendo la responsabilidad del representante común más que la del mandatario común pues este responde por dolo y culpa (1693 Código Civil), en tanto el primero con respecto a los obligacionistas es responsable por negligencia, imprudencia, culpa grave o dolo⁷⁰.

12.4.2. Regulación bursátil

Conforme a las NROPCPEV los obligacionistas tendrán un representante común provisional designado por la asamblea de accionistas del emisor o por la junta directiva autorizada para tal afecto, contando con la previa aprobación de la Superintendencia Nacional de Valores, ejerciendo dichas funciones hasta la conclusión de la colocación primaria de los valores o mientras no sea elegido el representante común definitivo; éste último será designado en asamblea de obligacionistas convocada por el provisional, dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la fecha de culminación de la colocación primaria. El representante provisional podría ser designado por la asamblea de obligacionistas como representante común definitivo.

La designación del representante común definitivo deberá ser sometida a la aprobación de la Superintendencia Nacional de Valores que procedería a analizar las relaciones existentes entre la sociedad mercantil emisora y representante propuesto. Si con posterioridad a la aprobación del representante común surgieren relaciones entre éste y el emisor que configuren un conflicto de intereses entre las partes, la Superintendencia Nacional de Valores nombrará un representante común interino provisional y exigirá la designación de otro representante común.

Será responsable por los daños que haya causado en el ejercicio de las atribuciones conferidas por las normas respectivas. Destaca que tiene por deber ejercer las acciones legales y judiciales que sean procedentes para la defensa y protección de los derechos de los tenedores de deuda, especialmente aquellas que tengan por objeto obtener el pago por concepto de los intereses o del capital debido o que deriven de las garantías señaladas para la emisión, así como ejecutar los actos conservatorios respectivos. Los gastos necesarios en que incurra el representante común, para el ejercicio de

⁷⁰ Morles Hernández. *Régimen legal del Mercado de Capitales*, 357—360

las acciones conservatorias de los derechos de los tenedores, o para hacer efectiva las obligaciones, los intereses o las garantías de las mismas, serán a cargo del emisor.

NROPCPEV: Art. 108. Representante común provisional y definitivo de los obligacionistas. Art. 109. Representante común de los tenedores de papeles comerciales. Art. 110. Representante común de los tenedores de pagarés bursátiles. Art. 111. Representante común de los tenedores de títulos de participación. Art. 112. Emisor: aprobación previa del representante común. Art. 113. Aprobación del representante común por la Superintendencia Nacional de Valores. Art. 114. Representante común interino provisional. Conflicto de intereses. Art. 115. Representante común provisional como definitivo. Art. 116. No se efectúa la asamblea para elegir al representante común definitivo. Art. 117. Convocatorias a las asambleas por el representante común provisional. Art. 118. Convocatorias de asambleas: supletoriedad del Código de Comercio. Art. 119. Representante común. Pertenencia al sistema financiero nacional. 120. Emisor: Mora de las obligaciones, atraso, renegociación de los términos de pago. Art. 121. Deberes del representante común. Art. 122. Responsabilidad del representante común. Art. 123. Libros de actas.

13. Acciones de los tenedores

Rodríguez Rodríguez asevera cuando la agrupación de obligacionistas está referida a una emisión de obligaciones puede hablarse de una cotitularidad o copropiedad respecto del crédito colectivo que representa la emisión. Cada uno de ellos, es, sin duda, titular individual de una fracción del crédito; pero ello no suprime su carácter de cotitulares del crédito, que es, considerado jurídica y contablemente, una sola unidad. Por eso, los obligacionistas tienen ciertas acciones individuales, en casos muy concretos, mientras que para el ejercicio de los derechos que afectan al crédito colectivo, deben actuar de común acuerdo, y éste se establece en virtud del juego de las mayorías⁷¹.

13.1. Regulación bursátil

Conforme a las NROPCPEV, los tenedores cuentan con acciones para exigir al representante común el cumplimiento de sus atribuciones y deberes; como hacer efectiva la responsabilidad en que incurra este. Así también individualmente podrían requerir al emisor el pago de las obligaciones sorteadas, intereses y capital vencidos, en casos en que, habiéndose exigido el cumplimiento de dicha acción al representante común, éste no la hubiere ejercido en la forma y condiciones establecidas en el contrato respectivo. Art. 124.

⁷¹ Rodríguez Rodríguez. "Derecho Bancario", 339-485.

CONCLUSIÓN

En las distintas fases examinadas en lo referente a la constitución de títulos valores mobiliarios particularmente obligaciones, para ser objeto de oferta pública en el mercado de capitales; resulta ser un proceso complejo que abarca desde la formación de la voluntad societaria de crearlos hasta la extinción de la deuda por su redención. De cada fase – voluntad societaria, emisión, colocación y suscripción- conlleva a la conformación del contrato bursátil como medio de financiamiento de la sociedad emitente e inversión al obligacionista que adquiere. Es destacar, desde el inicio de este proceso se requiere la intervención del ente rector estatal expresión del derecho administrativo especial; como es el caso de autorizar la asamblea de accionista convocada para emitir los títulos de deuda, y requerir la información patrimonial oportuna reflejada en los estados financieros – particularmente el balance- y la observancia de los límites patrimoniales de emisión.

Es menester destacar, esta particularidad de financiamiento es de carácter colectivo, en virtud que estos títulos valores son emitidos en masa para ser ofrecidos, constituye una sola deuda fraccionada en partes iguales, que permite varios futuros acreedores o tenedores particularmente organizados –sindicato de obligacionistas- para la defensa de sus derechos patrimoniales, sin menoscabo de las acciones individuales que pudieran ejercer. Es decir, la pluralidad de acreedores propio del mercado bursátil no menoscaba la calidad de acreedor individual.

Si bien, pudiera considerarse que se rebasaría el campo derecho, resultaba importante acotar lo relativo a la conformación del precio de la obligación bursátil en base a ciertos parámetros, destacando particularmente el riesgo de no cancelación o solvencia del emisor que el inversionista asume al adquirirlos como el lapso de tiempo para el pago. La utilización de instrumentos de la informática facilita concretar el contrato bursátil, destacando en el mercado de capitales se caracteriza por ser particularmente especulativo; en la mayoría de los casos los precios de los títulos son altamente volátiles. Por ello se conforma el parámetro elemental que a menor interés se encarece el título, lo contrario sucede, es decir se abarata cuando se ofrece un mayor interés.

El mercado bursátil se desarrolla bajo el parámetro de transparencia sobre el estado patrimonial de los oferentes y las perspectivas de rentabilidad de los instrumentos financieros para ser obtenidos. En este caso, la actividad administrativa del estado a través de la Ley respectiva y el ente rector deben procurar que los emisores proporcionen la mayor información veraz al público lo que comprende la elaboración del respectivo prospecto como los dictámenes de las calificadoras de riesgo, entre otros. Se sanciona el uso de información bursátil que crea ventajas por determinadas circunstancias a futuros inversores calificada por privilegiada. Queda por el ente rector el examen de

la veracidad de esta información patrimonial como establecer las reglas de su difusión y sanciones respectiva, como suspender la oferta publica en marcha si se corrobora información no fidedigna.

La actividad bursátil es especializada pues, requiere de intermediarios calificados en esta área, que la respectiva Ley los regula y atribuye competencias, como es el caso de los agentes colocadores encargados de ejecutar las denominadas ordenes bursátiles de manera óptima y diáfana en beneficio de los respectivos emisores y obligacionistas.

Otro aspecto de estudio es la cancelación del préstamo al inversionista, es decir la extinción de obligación contenida en el titulo valor mobiliario, que se denomina en doctrina la redención de la deuda bursátil. Esto implica la amortización del capital e intereses y las maneras que se realizan. Destaca en este aspecto lo relativo al sindicato o agrupación de obligacionistas como organización que busca la defensa de los derechos patrimoniales cartulares de los obligacionistas sin detrimento de las acciones individuales que puedan ejercer los tenedores de deuda.

BIBLIOGRAFÍA

Libros texto

- Ascarelli, Tulio. *Derecho Mercantil*. México DF, Biblioteca Jurídica, 1940.
- Brunetti, Antonio. *Sociedades Mercantiles*. Serie Clásicos del Derecho Societario. Vol. 1. México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Díaz Bravo, Arturo. “Cupones como títulos accesorios a las obligaciones”. En *Títulos y operaciones de crédito*. Quinta Edición. IURE Ediciones. Universidad Nacional Autónoma de México. 2016.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Tercera Edición. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989.
- Morles Hernández; Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III. Tercera Edición. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989.
- Morles Hernández, Alfredo. “El dictamen de los profesores Romero Uria y Aurelio Menéndez”, en *El caso del Banco de Venezuela*. Tomo III. Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N°8, 55-87. Caracas, editorial jurídica venezolana, 1996.
- Morles Hernández, Alfredo. “Régimen legal del mercado capitales”. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. “Operaciones de intermediación en el crédito. Emisión de obligaciones.”, en *Derecho Bancario*. México: Editorial Porrúa S.A., 1964.

Vivante, Cesar. “Sociedad Anónima”, en Derecho Mercantil. Madrid: La España Moderna, 1913.

Revistas

Aparicio González. Mariza. “Flexibilización del régimen de emisión de obligaciones”. Noticias Breves /marzo 2013.[https://www. Gomezacebo-pombo.com](https://www.Gomezacebo-pombo.com) (consultada 8 de febrero del 2023).

Aarons Fred. “Las tasas de interés y el rol de los Bancos Centrales: Una visión comparada”. Revista de Derecho Mercantil. N° 11. Homenaje a José Muci Abraham 2023, pp. 152-177.

Barreto Quineche, Percy. “La emisión de instrumentos representativos de deuda”. Ius et Veritas.” 18, pp 182-193

BBVA. Resumen de la Política de Ejecución de Órdenes. Febrero 2023.

Beaumont Callirgos, Ricardo. “Títulos Especiales y Emisión de Obligaciones en la Nueva Ley General de Sociedad”.

Cecaka bank. “Políticas de mejor ejecución de órdenes”. Abril 2021.

Cecaka bank. “Políticas de mejor ejecución de órdenes”. Abril 2021.

Luis Ernesto Fidhel González. Luis Ernesto. “El Balance: Dimensión contable y jurídica”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 8. Homenaje al Dr. Pedro Pineda León, (2022), pp. 183-211.

Gagliuffi Piercechi; Ivo. S. “Reflexiones sobre el Representante de los Obligacionistas”. THEMIS. Revista de Derecho. Segunda Época. N° 40 (2000), pp. 143-160.

Fidhel González, Luis E. “El Balance: Dimensión contable y jurídica”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 8. Homenaje al Dr. Pedro Pineda León, (2022), pp. 183-211.

Garcimartin, Francisco. “Las novedades en materia de emisión de obligaciones bajo la ley extranjera”. Almacén de Derecho(blog) (25 de mayo del 2015). [https://almacendederecho.org/ las-novedades-en-materia-de-emision-de-obligaciones-bajo-ley-extranjera](https://almacendederecho.org/las-novedades-en-materia-de-emision-de-obligaciones-bajo-ley-extranjera).

Hundskopf Exebio, Oswaldo. “Las emisiones de obligaciones en el mercado de valores y su rescate anticipado”. Ius et Praxis. N° 30. Sección empresarial (1999): pp.95-112.

León Sanz. Francisco José. “Las obligaciones en la LSC (Ley de Sociedades de Capital)”. Notas Informativas. Cátedra Pérez-Llorca /IE de Derecho Mercantil. IE Law School y de Pérez-Llorca. Madrid.

Menéndez Alonso. Eduardo José. “Por qué las empresas emiten deuda garantizada?”. Boletín Económico de ICE n° 2643 colaboraciones del 14 al 20 de febrero de 2000.

Piaggio Torre Tagle, E. “La oferta pública primaria de valores”. *THEMIS Revista De Derecho*, (40), 2000, pp 71-85.

- Pittaluga, Aldo José. “El precio de las obligaciones, duración, volatilidad: Una aplicación de la matemática financiera”. 18º Jornadas de profesores universitarios de matemática financiera”. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional del Mar del Plata (Argentina) 1997.
- Prado Puga, Arturo. “Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno. Su alcance, contenido y límites”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 30. Sección Estudios. N° 2 (2003) pp. 237-269.
- Reggiardo Denegrí, Aldo. “Intermediación bursátil, el contrato de comisión mercantil y su relación con los intermediarios bursátiles”. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) *THEMIS Revista De Derecho*, (40), pp 49-60.
- Ruiz Arranz, Antonio Ismael. “La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 71, N° 4, 2018, pp. 1351-1486.
- Ruiz Torres, Gustavo. “El contrato de underwriting”. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3/N° 8 (abril- julio 2005) pp. 115-125.
- Torres García, Farah. “La regulación del representante de los obligacionistas en el ámbito en el mercado de valores”. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*. Num. 41 (2013), pp 57-65.
- Vidal Ramírez, Fernando. “La oferta pública de valores”. *THEMIS Revista De Derecho*, (9), (1987) pp. 15-25.

Tesis

- Bonito Rivadeneira, Giannela Marienne: “Estructuración financiera de una emisión de obligaciones, como mecanismo de financiamiento de una empresa del sector real, a través del Mercado de Valores”. Maestría en Gestión Financiera y Administración de Riesgos Financieros, Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Área de Gestión. 2021-
- Carrera Villagrán, Álvaro. “Las obligaciones: controversias de las obligaciones convertibles en acciones”. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas- ICADE, abril 2014.
- Ortiz del Valle, María Carmen. “La administración delegada de las sociedades anónimas. Estudio del artículo 141, de la Ley de Sociedades Anónimas”. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. 2005.
- Sánchez González, Teresa. “Acción de nulidad de las decisiones de la asamblea de accionistas”. Trabajo Especial de Grado. Especialidad en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. 2012.

Leyes

- Congreso de la República de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 475. De 1955. Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio.

Presidencia de la República de Venezuela. Gaceta Oficial. Extraordinario N° 6.211 del 30-12-2015. Decreto N° 2.176 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores.

Superintendencia Nacional de Valores. Gaceta Oficial N° 41745 del 24-10-2019. Normas relativas a la Oferta Públicas, Colocación y Publicación de las Emisiones.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional. Sentencia 1066, 09.12. 2016 (caso: Yasmín Benhamú Chocrón y otro)

La rendición de cuentas de una administración de facto

Walther Elías García S.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 547-579

Resumen: Existen escenarios que pueden dar lugar a que, en el giro comercial de una sociedad mercantil, se produzca una administración no autorizada formalmente por la asamblea general de accionistas, debido a circunstancias irregulares, de emergencia, familiares, o incluso, por desacuerdo entre socios. Para conocer cómo ha sido el comportamiento financiero de la sociedad en un período con estas características, que bien podría considerarse cuestionable y sospechoso, debe acudir al procedimiento de rendición de cuentas previsto en el Código de Procedimiento Civil, como la única vía procesal para lograr una inspección y análisis contable efectiva, pero, para lograrlo, deben necesariamente atenderse antes unas especiales consideraciones procedimentales.

Palabras clave: administración de facto, administración de la compañía, rendición de cuentas, sociedad, sociedad mercantil, sociedad anónima, asamblea de accionistas, derechos de los accionistas, empresa, empresa familiar.

The rendering of accounts of a de facto administration

Abstract: *In the set of operations of a company, some scenarios could give rise to an administration that has not been formally approved by the general shareholders' meeting, due to irregular, emergency, or family circumstances, or even, due to disagreements among the shareholders. The financial behavior of a company during any such period, which may be considered as questionable and suspicious, should be established through the procedure of rendering of accounts set forth in the Civil Procedural Code, as the only mechanism to achieve an effective accounting analysis and inspection; however, to achieve this, some special procedural considerations must be taken into account.*

Keywords: *De facto administration, company administration, rendering of accounts, company, corporation, shareholders' meeting, shareholders' rights, enterprise, family business.*

Recibido: 16/5/2024
Aprobado: 28/5/2024

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Abogado litigante, miembro asociado de Borges Schnell & Asoc., e-mail: wegslegal@gmail.com

La rendición de cuentas de una administración de facto

Walther Elías García S.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 547-579

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El régimen natural de la administración de una sociedad mercantil, las empresas familiares, las administraciones de facto y sus elementos. 2. El procedimiento de rendición de cuentas aplicado a este particular supuesto.* CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El universo mercantil venezolano, podría considerarse bastante atípico y peculiar, en cuanto a los fenómenos y situaciones de hecho que en él suelen producirse.

Lamentablemente, no son pocos los casos en donde la compañía se desenvuelve y desarrolla su giro comercial de una forma bastante separada a la realidad que figura en las actas de su expediente en la oficina de registro mercantil. Esto es muchísimo más frecuente de lo que pudiéramos imaginar.

Además, existen centenares de casos en los cuales:

- i. La compañía funciona sin que se hayan aprobado balances, ejercicios contables o ajustes de capital en determinados períodos;
- ii. La compañía funciona aun después de vencido su régimen de administración, autoridades y directivos, e incluso, donde hasta la misma duración de la empresa como tal, ha expirado de acuerdo a lo establecido en su documento constitutivo estatutario;
- iii. En medio de desacuerdos entre los socios, se producen vías de hecho que han atentado directamente contra el funcionamiento administrativo de la compañía;
- iv. Se han producido abandonos de cargos, así, sin mayor formalidad;
- v. Hay una ausencia total de ungimiento de las facultades idóneas al personal administrativo que desempeña y ejecuta -de hecho y en la realidad- verdaderas funciones de factores mercantiles;

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Abogado litigante, miembro asociado de Borges Schnell & Asoc., e-mail: wegslegal@gmail.com

- vi. A los socios minoritarios se les ignora por completo y se les deja de informar sobre el funcionamiento del giro comercial de la compañía;
- vii. Hay compañías familiares donde a pesar de haber múltiples cargos directivos, unos socios están simplemente “de relleno” mientras otros son los que concentran -a veces de forma mezquina- el poder de decisión y ejecución de sus directrices en el giro comercial.

Tampoco resulta poco común que las actualizaciones en el expediente mercantil, se hagan de forma tardía, anacrónica y extemporánea, cuando las circunstancias así lo obligan, o bien, porque las autoridades gubernamentales (tributarias especialmente) amenazan a sus representantes legales con sancionar pecuniariamente el irregular funcionamiento de la sociedad de comercio.

No dejan tampoco de ser escasas las situaciones donde -al no haber acuerdo entre los socios sobre el control o manejo de la compañía- uno de ellos se desligue de hecho de la misma por completo (sobre todo en las sociedades tipo binomio, o aquellas donde existen dos socios y cada uno detenta un cincuenta por ciento del capital accionario total), y el otro socio actúa a sus anchas asumiendo el control de la compañía, sin dar cuenta al otro socio del funcionamiento y del comportamiento contable, financiero y económico de aquella. Incluso, vale decir que situaciones como éstas se acentuaron bastante en su momento durante la emergencia sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19 y posteriormente.

Complejos y bastante recurrentes son también los casos donde motivado al fallecimiento de alguno de los socios, los sucesores de éste dejan de asumir oportunamente su participación en la sociedad, por la complejidad y costos asociados a la obtención de la solvencia sucesoral correspondiente; o cuando, aun haciéndolo, asumen una posición contraria y distinta al *animus societatis* o espíritu societario que en su momento dio origen al nacimiento de la compañía mercantil, y obliga luego a la partición de los bienes o a la cesión de las acciones o cuotas de participación, lamentablemente, no en los mejores términos.

Tristemente, estos escenarios suelen también ser más frecuentes en una categoría especial de compañías, es decir, aquellas cuyo origen es familiar (también llamadas empresas familiares o sociedades familiares, tal y como han sido denominadas por la doctrina), y más allá de las heridas y cicatrices que pueden provocar los desacuerdos societarios en los vínculos que unen a los socios, la realidad es que cuando situaciones como las descritas comienzan a producirse, ocurren casos donde la compañía puede perfectamente empezar a navegar sin un timón dirigido por la verdadera voluntad de su órgano máximo, válidamente constituido, es decir, la asamblea de accionistas.

Debemos entonces decir de entrada que casos como los ya enunciados, y otros tantos más, han producido en nuestro país -en múltiples ocasiones- administraciones de facto dentro de las sociedades de comercio, que no son otra cosa que tomas de control, de cargos de dirección o mandato que han asumido uno o varios socios de forma improvisada, ilegalmente, de forma ilegítima y, a veces, con visos autócratas, sin un control interno desde el seno de la sociedad de comercio, y más importante, sin que para su elección hubiese mediado un proceso de votación ni designación de parte de la asamblea general de accionistas como máximo órgano decisorio de la compañía, a través de una asamblea válidamente celebrada, lesionándose así el derecho de participación a voz y voto del resto de los socios, y naturalmente, sus derechos patrimoniales.

Sumado a lo anterior, y para más gravedad, las soluciones que ofrece nuestro Código de Comercio vigente, han demostrado no ser del todo suficientes para zanjar toda la gama de situaciones abusivas que se pudieran producir en el seno de una sociedad mercantil, limitándonos a las acciones establecidas en los artículos 291 y 310 del citado Código, sin que por ello, pueda el juez de comercio suplir tampoco la voluntad de la asamblea de accionistas a través del ejercicio de estas acciones judiciales.

La rendición de cuentas, por otra parte, ha resultado entonces ser en la práctica forense -con sus bemoles- una vía procedimental de apoyo para lograr algún tipo de presión (judicialmente hablando) en la administración de la compañía, sobre todo, ante el latente desacuerdo entre los socios. Y no en pocos casos, esta vía tampoco resulta ser del todo efectiva cuando dejan de atenderse los criterios jurisprudenciales establecidos para su ejercicio, su fin, su esencia, y sobre todo, cuando la administración que se pretende sea sujeto pasivo de su ejercicio, se ha dado en una forma irregular, sospechosa, violenta, impuesta, apresurada, ilegal o ilegítima, o como hemos dicho, de facto, siempre en todo caso ajena a la forma como tradicionalmente debe asumirse la administración en una sociedad mercantil, que manifieste sanamente la voluntad de sus accionistas a través de una asamblea válidamente convocada, constituida, y sin vicios.

Lo cierto es que, preferiblemente, una vez se logre hacer cesar el funcionamiento de esta administración de facto, resulta importante conocer algunas aristas procesales que ayudarán a los accionistas víctimas de una administración de este tipo a exigir por vía judicial la rendición de cuentas por la gestión de quienes en su momento se abrogaron el mando y control de una compañía de comercio sin arribar al ejercicio de su cargo por las vías ordinarias y tradicionales según lo dispuesto en su documento constitutivo estatutario o en el Código de Comercio, puesto que, como es lógico pensar, obtener una explicación detallada y formal de todos los movimientos económicos y contables ejecutados durante una gestión administrativa con estas características, no se hará ni voluntaria ni espontáneamente, y menos sin la coerción que pudiera emanar de un pronunciamiento judicial en este sentido.

1. El régimen natural de la administración de una sociedad mercantil, las empresas familiares, las administraciones de facto y sus elementos

Bajo un esquema deductivo, comenzaremos a pasearemos muy someramente por algunos conceptos inherentes a la figura de la sociedad, la sociedad mercantil, la sociedad anónima, la asamblea de accionistas y el administrador, para luego, analizar los casos puntuales de las empresas familiares y conceptualizar finalmente desde su esencia a una administración de facto.

Así, dentro de todo el espectro de formas societarias existentes en nuestro ordenamiento jurídico, la favorita por la gran mayoría de las personas que se animan a dedicarse a actividades de lucro no es otra que la sociedad mercantil, y más específicamente dentro de sus categorías, se prefiere siempre también a la sociedad anónima, tal y como se verá de seguidas.

La sociedad, no es más que el reconocimiento de dos o más individuos de querer alcanzar un objetivo que les resulta común, a sabiendas que por sí solos, no les será fácil, o al menos inmediato, alcanzarlo, y por eso, surge así lo que se denomina el *animus societatis*, que no es otra cosa que la intención de cada uno de ellos de colaborar y aportar tiempo, recursos y esfuerzo de manera conjunta para materializar este fin u objetivo y disfrutar de los beneficios que les genere, a la par que se mitigan -también en conjunto- los riesgos propios que entrañe su búsqueda.

La sociedad mercantil -partiendo de las nociones más básicas- se distingue de las sociedades cooperativas, de las sociedades civiles, de las sociedades civiles con forma mercantil, de las sociedades profesionales, de las empresas públicas con forma mercantil y de las sociedades unipersonales, y, la más útil, común, formal y confiable en la praxis de acuerdo a nuestra idiosincrasia, es la sociedad mercantil.

Su definición, nos la comparte el profesor Morles de esta manera:

El concepto genérico de sociedad mercantil formulado por el artículo 1.649 del Código Civil, según el cual aquella está constituida por el aporte de dos o más personas para contribuir a la realización de un fin económico común, se complementa con los elementos suministrados por los artículos 10 y 200 del Código de Comercio, para llegar a la noción de sociedad mercantil, noción según la cual la sociedad mercantil no sólo es un contrato sino que es además un comerciante. (...)

Los diversos tipos de sociedades mercantiles responden a las finalidades económicas que los socios desean satisfacer, a cuyo efecto la ley suministra variadas formas de organización, sumadas a un distinto grado de responsabilidad de sus integrantes.

La sociedad mercantil, al igual que la sociedad civil, tiene personalidad jurídica, sólo que ésta se adquiere mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por el Código de Comercio.¹

Dentro de los tipos de sociedades mercantiles existentes, y a los efectos de delimitar el ámbito de estudio del presente trabajo, nos circunscribimos a la sociedad anónima, que, además, representa también por excelencia la forma societaria mercantil mayoritariamente escogida en Venezuela para desarrollar actividades comerciales, debido a la ventaja que representa la creación de una persona jurídica con un capital distinto al de sus accionistas.

En su sano funcionamiento, la sociedad anónima manifestará su voluntad como persona jurídica a través de la asamblea de accionistas, que, a su vez, tendrá como representante en su giro comercial a uno o varios administradores, cuya designación debe siempre llevarse a cabo de acuerdo a lo establecido en el documento constitutivo estatutario de la compañía y con el respaldo de la voluntad mayoritaria de sus accionistas.

Así, tenemos que la asamblea de accionistas es el órgano de mayor jerarquía en la sociedad mercantil, y así también lo es por supuesto en la sociedad anónima. De su suprema voluntad debe depender el funcionamiento y giro comercial de la sociedad, y al respecto, la especializada doctrina sobre la materia, aludiendo al poder de decisión de la asamblea de accionistas, ha dicho que:

Nuestro Código de Comercio, de manera apropiada, no se pronuncia sobre la definición de lo que es una asamblea de accionistas, limitándose a determinar los requisitos para su convocatoria, instalación, toma de decisiones e impugnación.

En la doctrina, por otra parte, se tiende a definir a la asamblea de accionistas, atendiendo más a sus objetivos que a su esencia; se suele decir que es “el órgano mayor de la sociedad”, que es el “centro de toma de decisiones”, el “gobierno de toda sociedad”.

Al ser la sociedad mercantil una persona jurídica, la formación de su voluntad debe ocurrir a través de un órgano que conocemos comúnmente como asamblea de accionistas. No es posible admitir que la persona jurídica tenga voluntad propia al carecer de sustrato real, así como tampoco es posible admitir que esa voluntad societaria sea distinta a la de sus asociados.

(...)

¹ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles. Tomo II* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), con ocho ediciones, 795-797.

Compartimos sin reservas la posición de la doctrina mayoritaria, en el sentido que la asamblea de accionistas es el “órgano soberano de formación de la voluntad societaria”. En otras palabras, la asamblea de accionistas, solamente la asamblea de accionistas y nadie más que la asamblea de accionistas, es quien toma las decisiones que determinan la conducción de una sociedad mercantil.²

En la misma línea, y respecto a la importancia de las decisiones de las asambleas y la relevancia del principio mayoritario, se ha apuntado lo siguiente:

... de los artículos 257, 280 y concordantes, se deduce sin mayor esfuerzo que la formación de la voluntad social y, para la validez de los acuerdos, éstos deben ser tomados por mayoría de votos. Se debe, pues, aplicar el principio mayoritario. La asamblea funciona bajo el principio democrático de la mayoría combinado, con el principio capitalista. La mayoría no se forma por personas, sino por participaciones de capital (principio real en oposición al principio viril). (...)

El principio de la mayoría, necesario para la formación de las deliberaciones de la sociedad anónima es un criterio que se estima razonable de organización de los intereses dispares y, en cada caso, encontrados de los socios. Además, “ante la imposibilidad de conseguir la formación de la voluntad social por el camino de la unanimidad”, se adopta el principio mayoritario, que obedece a razones de carácter práctico y que, permite, por el libre juego del derecho de voto que la mayoría integre colectivamente una voluntad de mayoría.

El valor de la voluntad de la asamblea se atribuye a la mayoría de sus componentes: sólo excepcionalmente se exige una mayoría calificada o a la unanimidad de votos, lo que implica que la decisión ha sido aprobada por todos los accionistas presentes en la reunión.³

Asimismo, sobre los supuestos requeridos para que se materialice un acuerdo válido dentro de la asamblea, haciendo alusión a su convocatoria, al quórum y al levantamiento del acta, se ha señalado:

La asamblea supone reunión de varias personas. En orden a su válida constitución (arts. 272, 273, 276 etc., 281) se exige un número plural de concurrentes (dos cuando menos) para que pueda reputarse constituida la Asamblea. No obstante, la posibilidad jurídica de la existencia de una sociedad unipersonal nos permite entender que, la asamblea puede constituirse con la presencia de un solo accionista que ha de tomar sus decisiones dentro de un procedimiento regular de Asamblea. Ello supone cumplir con todas las formalidades que la ley establece.

² Mario Bariona Grassi, «Régimen de las asambleas de accionistas», en *Ensayos de Derecho Mercantil. Libro homenaje a Jorge Enrique Núñez*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 15, 2004), 152-153.

³ Luis Corsi., «Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.», en *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, coord. por Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008), 710-711.

Rigen, pues, el principio de mayoría y de presencia: por el primero, las decisiones de la asamblea con más de un socio se adoptan por mayoría de votos; por el segundo, los presentes en la reunión manifiestan la voluntad social (art. 289).

Los supuestos de un acuerdo válido de asamblea descansan en la observancia de determinadas formas establecidas por la ley.

Se exigirá:

- a. Una convocatoria regular, cuyo fin es consentir a todos los accionistas a estar informado de que la asamblea está llamada a deliberar sobre aquellos determinados asuntos. Hay que convocar a todas las personas que conforme a la ley, tenga derecho a participar en la respectiva reunión. La notificación debe hacerse a todos los accionistas aunque no tengan voto, si tienen voz en la reunión.
- b. La constatación de la presencia del número de accionistas (quórum de presencia). La generalidad de las legislaciones siguen el criterio según el capital concurrente a la Asamblea. El quórum es presupuesto de validez de la instalación de la Asamblea y, consecuentemente, de las deliberaciones y de las decisiones tomadas. Salvo lo que disponga en los estatutos, en los que está permitido fijar un quórum superior al exigido por la ley (art. 273). Podrán, V.gr. exigir quórum de cabezas y quórum de capital; la concurrencia de un porcentaje superior de capital, en lugar de más de la mitad, etcétera, a menos que dicho reforzamiento “puede significar una parálisis de la asamblea”.

La Asamblea sólo puede considerarse válidamente constituida para deliberar si “se halla representada en ella, un número de accionistas que represente más de la mitad del capital social” (art. 273), salvo que se requiera un quórum mayor (art. 280).

- c. La redacción de la correspondiente acta.

La deliberación de la asamblea deberá constar en acta suscrita por todos los presentes en la reunión (art. 283).

De dicho precepto y del artículo 260 resulta explícitamente la obligación de levantar acta de la asamblea y de la determinación del contenido del documento.

Las actas a su vez aprobadas y firmadas, se transcribirán en el libro correspondiente (art. 260).⁴

Es entonces la asamblea de accionistas, celebrada conforme a todo este elenco de formalidades necesarias para su validez, quien por supuesto, debido a sus potestades y a su naturaleza, es la única llamada a escoger y definir orgánicamente cómo ejecutará su actividad comercial, designando por supuesto desde su seno a quien la represente ejecutivamente para todos sus efectos, y ahí es cuando cobra preponderancia la figura del administrador.

⁴ Corsi., «Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.», 711-713.

Sobre la noción del administrador social, la doctrina nacional más autorizada, en la voz del profesor Hung Vaillant, ha dicho lo siguiente:

La sociedad manifiesta la voluntad social hacia el exterior a través de sus administradores. Los administradores son las personas físicas que tienen como función esencial expresar frente a terceros la voluntad social. Igualmente tienen a su cargo las facultades de representación del ente social y la facultad de concluir en su nombre negocios jurídicos. En otras palabras, todas las personas jurídicas de carácter moral necesitan personas físicas que realicen en su nombre actos jurídicos tendientes a la defensa de sus intereses, bien a la asunción de derechos y obligaciones.⁵

Por su parte, más concretamente y atendiendo también a la figura del administrador en la sociedad anónima, el profesor Morles Hernández ha señalado que:

Los administradores constituyen el órgano permanente al cual está confiada la gestión de la actividad social y la representación del ente colectivo. A ellos les corresponde el ejercicio del poder ejecutivo, calificado por la doctrina como un amplio poder decisorio, a cuyo lado se colocan poderes de iniciativa para convocar la asamblea y fijar el contenido del orden del día, así como para formular el balance y proponer el destino de los beneficios.

(...)

En Venezuela, a pesar de que en forma benévola la doctrina (Acedo Mendoza) haya atribuido al legislador venezolano la idea de rechazar la construcción del mandato para explicar la situación jurídica de los administradores, el molde en el cual está vaciado nuestro ordenamiento jurídico mercantil es del antiguo sistema francés, el cual los concibe como mandatarios revocables, designados por la asamblea y responsables como tales (artículo 243 del Código de Comercio: los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la ley les impone). Dentro de este contexto, la jurisprudencia ha venido cumpliendo una saludable función reparadora, pretendiendo a través de la teoría orgánica ampliar las facultades de los administradores y aumentar simultáneamente su responsabilidad, para hacer eficaz la regla de que a mayor poder mayor responsabilidad, fórmula que los anglosajones han encontrado en el principio de los deberes fiduciarios de los administradores.⁶

A su vez, sobre los límites y la noción de la actividad del administrador en la sociedad mercantil, se ha dicho también:

La actividad del administrador abarca dos campos: el interno y el externo de la sociedad. En ambos el objetivo primario es el de obtener beneficios mediante la aplicación de los fondos a la realización del objeto social. En el interno los destinatarios son los socios o accionistas; en el externo la sociedad y los terceros en general. En esta materia la regla consiste en que el administrador no contrae obligación personal por los negocios sociales, salvo la personal y subsidiaria que afecta a los socios colectivos

⁵ Francisco Hung Vaillant, *Sociedades* (Valencia: Vadell hermanos editores, 2005), con seis ediciones, 239-240.

⁶ Morles, *Curso de Derecho Mercantil...*, 1403-1406.

de la comanditaria por acciones (art. 236, Cód. de Com.); y por lo que se refiere a la Anónima y la S.R.L., la personal respecto de socios y de terceros por violación de la prohibición de ejecutar operaciones no establecidas expresamente en el estatuto social, o por infracción de las disposiciones de la Ley y del contrato (arts. 243, aparte único, y 324, eiusdem). También es regla que la administración podrá ser ejercida por socios o no socios, salvo en la comanditaria por acciones en que deberá recaer sobre uno o varios socios colectivos, y nunca sobre personas extrañas a la sociedad.⁷

Luego, sobre el nombramiento y remoción de los administradores, también ha señalado el profesor Hung Vaillant que su competencia reposa única y exclusivamente en cabeza de la asamblea de accionistas, no pudiendo ni siquiera el juez de comercio a suplir esta función, ni aun a través de una denuncia por graves irregularidades. Veamos:

El nombramiento y la revocación de los administradores de las sociedades mercantiles es materia que corresponde de manera exclusiva y excluyente a los socios de la compañía respectiva; ya sea que, según el tipo de sociedad, adopten la resolución pertinente sin la formalidad de la asamblea en aquellas formas societarias en las cuales dicha figura no está prevista, sea que la resolución respectiva se adopte, con todas las formalidades previstas en la ley, el documento constitutivo o los estatutos, en la reunión de la asamblea. En este sentido, conviene recordar además en este lugar que tratándose de compañías en nombre colectivo y sociedades en comandita, el carácter de administradores corresponde a personas que tengan la cualidad de socios de la compañía (Arts. 230, último apte. y 236 CCo). En las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, la atribución del nombramiento de administradores a la asamblea, aparece determinada en forma mediana por el ordinal 3º del Art. 323 eiusdem; disposición legal esta última que expresamente señala que para la revocación de los administradores, cuando éstos sean socios, se requiere el voto de una mayoría calificada.

La competencia exclusiva y excluyente de la asamblea para la revocación de los administradores es tan de la esencia del Derecho de Sociedades que aun en el caso de que sea denunciada ante el Tribunal competente la comisión de graves irregularidades imputadas a los administradores y aun cuando el Tribunal encontrare pruebas de los hechos denunciados, su actividad o ámbito de competencia en la materia se reduce, conforme al último aparte del Artículo 299 CCo, a convocar inmediatamente la asamblea. El Tribunal no está autorizado -ni siquiera en el supuesto señalado-, a revocar o sustituir a los administradores.

Por otra parte, una solución paralela está consagrada en el Artículo 310 del Código de Comercio para el caso de que los socios denuncien a los comisarios hechos censurables cometidos por los administradores. En efecto, dispone la citada norma legal que si los comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de los accionistas que representen un décimo del capital social, deben convocar inmediatamente una asamblea de accionistas que decidirá sobre el reclamo.⁸

⁷ Rafael Ángel Briceño, *De las irregularidades administrativas en las sociedades mercantiles (Art. 291, Código de Comercio Venezolano)* (Caracas: Gráficas Tao, S.A., 1998), con tres ediciones, 73-74.

⁸ Hung, *Sociedades...*, 242-243.

Partiendo de todos estos conceptos, idealmente la actividad comercial de una sociedad mercantil, y más específicamente a nuestros efectos, en una sociedad anónima, debe entonces como se ha visto, originarse desde la voluntad societaria máxima y soberana materializada en la asamblea de accionistas. Dentro de esta -surgiendo el voto mayoritario válidamente manifestado de su capital accionario- deberá surgir la figura del administrador, quien vendrá a representar a la compañía y a ejecutar todos los actos necesarios para la consecución de su objeto social a través del giro comercial en el día a día.

Sin embargo, aun siendo ideal el escenario descrito, lo más querido, lo más correcto y lo más sano desde la teoría y desde el espíritu del legislador mercantil, como hemos ya dicho, múltiples situaciones de distinta índole pueden originar atípicamente las llamadas administraciones de facto en el seno de una sociedad de comercio, entendiendo como tal a aquellas direcciones y mandatos que han asumido uno o algunos socios de la compañía, apoderándose improvisadamente del control y la gestión ejecutiva de la compañía mercantil, sin atender para su elección y designación a los mecanismos idóneos establecidos tanto en el documento constitutivo estatutario como en el Código de Comercio, resultando por tanto ilegales e ilegítimas.

Un marco descriptivo apto para que se produzca una administración de facto, lo apreciamos en la radiografía que hace el autor venezolano Luis Guillermo Govea U. en el manejo (no poco frecuente, lamentablemente) que se hace en nuestro país de las compañías anónimas:

... La ductilidad en el manejo de las compañías anónimas.

Ahora bien, si la voz *ductil* es según la Real Academia Española lo “*acomodaticio, de blanda condición o lo condescendiente*”, la situación actual en Venezuela en particular (no se excluye el fenómeno en innumerables países) de las compañías anónimas y de otros entes asociativos es, en buena parte, la de un manejo laxo, instrumentalizado, simulado en muchos casos, que hace posible fraudes, logros lucrativos usurarios y mendaces en relación con los *rendimientos sociales*, aislando la actividad del conjunto y lo que es peor, desplazando, tras el empleo de artimañas y truculencias, a socios, familiares, acreedores, relacionados o allegados, cónyuges, hijos.... Esta conducta es *fuerza de pobreza económica y moral*, de litigios, de retrocesos, porque se desvirtúa la finalidad, la esencia misma de la compañía anónima, minando las bases que posibilitan el cumplimiento de actividades económicas duraderas, vigorizantes, prósperas. *La prosperidad es el Norte de toda compañía anónima*, no la búsqueda y logro de fraudes, extravíos o producción de ilícitos de diversa especie.

Sociológicamente considerado, tras la actitud nacional de manipulación o ductilidad en la creación, desenvolvimiento o liquidación de una compañía anónima, se esconde una suerte de “*viveza caribe atávica*” que consiste en aprovechar hasta donde sea posible (y a veces hasta lo imposible...) la actividad emprendida, en algunos casos, *llevándose por delante* al socio, al amigo, al compadre, a los acreedores, al Fisco, a la

cónyuge, al cónyuge, al hijo! Y con esta conducta del “perfecto idiota latinoamericano”, la prosperidad nacional... a la vista está...

Por lo general, la cultura axiológica del venezolano en materia del ejercicio real y cabal de su derecho asociativo, no se halla entre los primeros lugares. Esta posición es un dato que alimenta el acervo de las tantas penas y fracasos nacionales. Y es que no hay actividad económica por pequeña que sea que no exija *orden y un sentido sostenido de rectitud, visión y claridad* y no sólo de las cuentas o rendimientos, *sino de los proyectos y acciones de cada día*. Son estas las compañías que prosperan y perduran, familiares o no.⁹

Para más abundamiento, según la voz del mismo autor, encontramos una categoría particular dentro de la puesta en escena de la sociedad anónima venezolana, y es la llamada empresa familiar o sociedad familiar, la cual, en su operatividad, resulta ser no pocas veces bastante accidentada, no logrando siempre obtener los resultados queridos o el clima societario más anhelado, siendo el caldo perfecto para que también se produzcan en ellas las mencionadas administraciones de facto.

Asimismo, acerca de la noción de empresa familiar, la doctrina ha confirmado una vez más la realidad de la práctica afirmando que la forma societaria de mayor predominancia en Venezuela, suele ser la sociedad anónima.

Al analizar funcionamiento material de este tipo de sociedad, encontramos que sus características se condicionan y determinan de acuerdo a su sustrato subjetivo, adquiriendo matices a veces disímiles y a veces similares en la práctica, aun cuando su forma societaria es exactamente la misma de acuerdo a la ley. Veamos:

La Empresa Familiar (EF) es la organización y concertación del conflicto de intereses entre familiares o parientes y sus afines ejerciendo una actividad comercial o civil, cualquiera que sea el tipo asociativo elegido para su desarrollo.

Claro, hemos de asumir que la pervivencia o desaparición de las Empresas Familiares es directamente proporcional al grado de desarrollo y cultura cívica y económica que reine al interior de cada grupo familiar, por lo que puede decirse que son los buenos y arraigados valores de familia o sus carencias en casa lo que determina la longevidad o fin de la Empresa Familiar en sentido estricto. (...)

El conflicto de intereses entre familiares o parientes puede trasladar (o traslada) a la actividad comercial el día a día que se vive en el seno de las familias con las armonías o fricciones que se construyen en su interior; y esas vivencias sembradas en la conducción o gobierno de la Empresa Familiar vería definitivamente comprometido sus logros al no poder, objetivamente, conducirse conforme las

⁹ Luis Guillermo Govea U., «La compañía anónima dúctil. Manipulación y extravíos en la función económica y legal de las compañías mercantiles. El caso Transporte Saet, S.A.», en *Ensayos de Derecho Mercantil. Libro homenaje a Jorge Enrique Núñez*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 15, 2004), 418-419.

reglas que dictan las distintas disciplinas profesionales y que hacen posible la plena y sólida organización que demanda para hacer de la actividad ejercida una Empresa en sentido propio.

Se comprenderá que nuestra visión de la Empresa Familiar se construye, en especial, sobre los nexos familiares en un sentido real, biológico, ético, antropológico y sociológico forjada a través de la dura y confrontada lucha de la vida cotidiana, que mueve al fundador (es) o sucesor (es) a desplegar su intelecto y a activar sus músculos o curvar su espalda para socorrer necesidades familiares.

Jurídicamente, en Venezuela, la Empresa Familiar tradicionalmente se organiza bajo la forma de compañía anónima, pertenecen al grupo de las sociedades de capital; y curioso es que en la interpretación y aplicación del régimen dispuesto para aquel tipo asociativo en donde lo que importa es el capital, los jueces no “levantan el velo” para que, en vista de la conformación accionaria en donde predominan accionistas unidos por lazos de familia o afinidad “ajusten” o “desapliquen” aquellas normas de imposible estimación en los distintos supuestos de hecho juzgables y que demanda un veredicto en donde es familia, o buena parte de sus miembros, el centro de gravedad de la controversia.

(...)

La Empresa Familiar adquirió carta de naturaleza con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y aun cuando no ha sido concebido por el legislador su organización o estructura, debe ser tutelada como una entidad inmersa en el Orden Público Económico de la República. La sociedad o compañía anónima es el tipo asociativo por excelencia seleccionado para la explotación de la Empresa Familiar que constituye no menos del 97% de las empresas del país.¹⁰

Y es que, como se ha dicho, no son pocos los comportamientos irregulares y atípicos que pueden caracterizar el funcionamiento de una sociedad mercantil en Venezuela, más específicamente -y más acentuadamente- en el caso de la compañía anónima familiar.

Tan solo por mencionar la concepción de las asambleas y su importancia, o también el derecho de información que asiste a los socios, independientemente del porcentaje de su participación, la doctrina nacional ha sido eco de situaciones como las que ahora se delatan:

El espíritu que reina en buena parte en estas sociedades es la desinformación al socio no administrador; y sin información a todos los socios no puede haber asamblea de accionistas lícitamente sana. Y al no haber información completa, veraz y disponible para el socio no administrador y con indiferencia hacia éste,

¹⁰ Luis Guillermo Govea U., «La empresa familiar y sus desviaciones: en particular la disolución o reducción del haber accionario del socio inconforme», en *Libro homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Volumen II. Derecho de Sociedades*, coord. y comp. por Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia (Caracas: UCAB, ULA, UMA, UCV y ACPS, 2012), 150-151, 171.

la cadena de pasos para llegar al cuórum de constitución de la asamblea y el voto de la mayoría, se cumple en no pocas ocasiones con manifiesto sesgo, ficción y abuso de derecho, mala fe incluida.

En Venezuela la sociedad anónima familiar sigue siendo elementalmente contractualista y unilateral; en donde la satisfacción al ejercicio del derecho a la información del accionista o socio no administrador encuentra obstáculos insuperables; y el suministro de información, de obtenerse, es incompleta, sesgada, reticente, displicente, evasiva y hasta completamente negada. Esto se explica en buena medida por el modo de ejercicio unilateral y autocrático de la empresa social que impide a los socios ajenos a la administración el formarse adecuado conocimiento del curso de la gestión social, de sus resultados económicos, del real valor de sus acciones, de las operaciones sociales y de sus inversiones, y no se diga del conocimiento de informes relativos a la valoración de la empresa, esto es, de cuánto vale la empresa.

La comunión de intereses y riesgos que demanda toda forma asociativa se halla imbricada por un sentimiento exacerbadamente egoísta y jerarquizado que impide o aplaza el desarrollo de verdaderas instituciones asociativas con fines perdurables. La compleja organización que todo cuerpo social demanda para llevar adelante la empresa con éxito se desvanece o mediatiza por gobierno de único mando.¹¹

Y, por si fuera poco, se pone de manifiesto que situaciones como las descritas, son tan comunes como irregulares en nuestro contexto mercantil y societario:

Los estatutos sociales de la inmensa mayoría de las compañías anónimas en el país declaran que las asambleas son “soberanas” con un alcance que, de hecho, puede borrar la clásica división de los órganos societarios en: deliberativos (asambleas), administrativos (gobierno ejecutivo y gestión) y de control (comisarios).

Esta “soberanía” conduce a una virtual irresponsabilidad de quienes gobiernan la Empresa social desde sus puestos ejecutivos: los administradores; y no se digas de los licenciados comisarios quienes se hallan subordinados a éstos con manifiesto desconocimiento de su primer rol en la organización social, cual es el de servir de órgano natural de defensa de los intereses del universo de los accionistas.

(...) La anticuada legislación nacional que rige estas especies asociativas, superpuestas a la realidad, exige de una interpretación en todos sus ámbitos audaz y ponderada en el sentido de proporcionar protección eficaz y veraz a todos los intereses en juego y alcanzar la prosperidad y fuentes confiables de enriquecimiento. El abuso de derecho, por una parte, y el formal “apego” a una letra normativa que rige los distintos actos en la marcha de la empresa social, por la otra, convierten de hecho, por lo general, a la compañía anónima familiar, es un mero disfraz y artificiosa maquinaria para defraudar al interior de la sociedad y a los terceros. Esto es indiscutible.

¹¹ Luis Guillermo Govea Urdaneta., «Las asambleas de accionistas ilícitas en las compañías anónimas familiares (Protección del socio no administrador)», en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015. Tomo IV*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015), 2866.

Este modo de operar elementalmente censurable, en buena parte tiene su fuente en la ausencia de información y de acceso documental al accionista, especialmente al que no administra o coadministra la sociedad.

(...)

Así las cosas, nos hallamos ante una auténtica calamidad nacional en el mundo interno de las sociedades anónimas familiares por la ausencia o irregular información al accionista acerca de la marcha de la sociedad, de su valoración, del precio real de sus acciones, de sus conflictos de intereses, sin poder destrabar o dar remedio eficaz y oportuno a las conductas que hacen posible los fraudes y la manipulación normativa. Se exige, pues, imaginación en la interpretación normativa ante los eventos sociales que no colman los bienes jurídicamente protegidos y, la más de las veces, gracias a lo anticuado de los preceptos normativos que los cubren y al desarticulado análisis y decisión por los jueces colocando los preceptos normativos de espaldas a un sistema coherente que responda a la realidad de los intereses que juzgan.

(...)

Se sabe que entre nosotros, por lo general, la celebración de las Asambleas ordinarias de accionistas para conocer los resultados de los ejercicios económicos anuales no son convocadas en la oportunidad que fijan los estatutos, acumulándose dos, tres o más años sin que sus administradores presenten cuentas ni den sus obligados informes de gestión. También sabido es que el comisario marcha tras las exclusivas iniciativas de éstos y no mueve un dedo para señalar estas omisiones.¹²

Conforme a estas apreciaciones, ciertamente ratificamos nuestra opinión acerca de que pueden ser múltiples los casos en los cuales sólo los accionistas mayoritarios -quienes generalmente tienen también una alta participación en el capital accionario- administren la sociedad en total desprecio del resto de sus socios, haciendo nugatorios los derechos que les son propios de acuerdo al documento estatutario, y además, sin contar con la correspondiente vigilancia que emana de la figura del comisario, quien se supone debería ser el policía contable de la sociedad.

Es así como, han surgido en no pocas oportunidades, de acuerdo a lo que se ha podido ver en la práctica forense, casos donde la administración de la sociedad se designa “a dedo”, o se produce bajo circunstancias irregulares, sospechosas, y en el mejor de los casos, contando sólo con el respaldo de un cincuenta por ciento del capital social, mientras el otro cincuenta por ciento desaprueba tal designación, por solo mencionar algunos ejemplos.

¹² Luis Guillermo Govea Urdaneta., «Las asambleas de accionistas ilícitas en las compañías anónimas familiares (Protección del socio no administrador)», 2867-2868.

Además de todas estas realidades, es propicio sin embargo aclarar también que no necesariamente todos los escenarios que pueden dar lugar a que una administración de facto se imponga asumiendo el control de una compañía, deben necesariamente producirse por efecto de maniobras o de manipulaciones fraudulentas, sino que también, pueden obedecer a medidas y situaciones de emergencia, como fallecimientos, enfermedades, migraciones no planificadas, crisis familiares de cualquier otra índole, entre otras.

Así pues, en sintonía con todo lo expuesto, y ante la escasa o inexistente doctrina o referencias jurisprudenciales que traten de manera específica el fenómeno de las administraciones de facto y sus características, nos permitimos opinar que cuando uno o varios de los socios de una sociedad mercantil, más específicamente, de una sociedad anónima, han asumido de hecho funciones de control y de gestión en la compañía, de una manera ajena y separada al mecanismo establecido para ello en el documento constitutivo estatutario y el Código de Comercio, o bien, lo que debería ser lo mismo, a través de la celebración de una asamblea de accionistas, donde sanamente quede manifestada la voluntad de éstos mediante el voto mayoritario para su elección, y, por el contrario, tal socio (o tales) se han apoderado de la administración de la compañía en una forma que sea de alguna manera irregular, sospechosa, subrepticia, violenta, impuesta, apresurada, ilegal o ilegítima, sin contar con la mayoría del voto aprobatorio de los accionistas, diremos entonces que la misma es una administración de facto.

En este mismo orden de ideas, nos inquirimos: ¿Qué elementos creemos entonces podrían ser considerados como especialmente necesarios para que exista una administración de facto?

Pues pensamos que principalmente cuatro, y con carácter concurrente: un elemento subjetivo, un elemento sustancial, un elemento fáctico y un elemento temporal.

Acerca del elemento subjetivo, nos parece que siempre debería hablarse de una toma de control de la compañía por parte de uno o varios socios de ésta, como personas naturales, claro está, sin dar lugar a que podamos referirnos a administraciones de facto en manos de personas naturales que no posean participación en el capital accionario, ya que en ese caso, siendo un tercero a la compañía, nos encontraríamos ante una usurpación de funciones, o hasta quizás una apropiación indebida, cuyo estudio excede -por sus características y sus consecuencias- el alcance de este estudio. Estimamos así pertinente limitar entonces el aspecto subjetivo exclusivamente a la condición de socio de la compañía, sin que el porcentaje de participación que tenga éste en el capital accionario de la misma, resulte relevante a estos efectos.

Respecto al elemento sustancial, como hemos dicho, debería consistir en el hecho cierto que uno o varios socios se abroguen y se apoderen de la autoridad directiva de la compañía, con las funciones de un órgano ejecutivo, asumiendo el control del giro comercial de ésta, sin contar con un proceso de votación que emane del quórum societario requerido conforme al documento constitutivo estatutario y a la ley, sin que exista, por lo tanto, ningún respaldo de su elección o designación por parte de la asamblea general de accionistas a través de ningún acta de asamblea que justifique su posicionamiento en el poder ejecutivo de la compañía.

Luego, el elemento fáctico, que consistiría en que esta administración de facto ejecutare efectivamente operaciones en nombre de la compañía, independientemente de si se encuentran relacionadas o no con el objeto social de ésta, pero conscientes -por supuesto- que serán más graves aquellas operaciones o actividades ejecutadas que sí guarden relación con su objeto social, habida cuenta del impacto que esto puede tener en su giro comercial, en el patrimonio de la empresa como unidad de producción, y más externamente, en sus relaciones comerciales, sin contar las consecuencias sobre la reputación de los mismos socios de la compañía.

Finalmente, atendiendo al elemento temporal, debería configurarse a través de una cierta prolongación de tiempo en el cual se perpetúe esta administración de facto sobre el control de la compañía, lo suficientemente apreciable cronológicamente para ser determinada en toda su extensión, a fin de poder exigir posteriormente las responsabilidades legales a que haya lugar por sus autores. Es decir, esto se traduciría en un tiempo suficiente de permanencia de esta administración en ejercicio de las funciones de control y dirección en el giro social de la compañía.

Más allá de todo esto, la duración de cualquier administración de facto en el giro social de una compañía indiscutiblemente dependerá del nivel de pasividad del resto de los socios ante esta irregular situación, o de qué tan efectiva y oportunamente sepan ellos usar los mecanismos procesales a su disposición para que cese esta situación irregular; y, naturalmente, dependerá también del comportamiento que asuma el comisario de la compañía.

Vale decir, que algunos remedios procesales que pudieran considerarse ante una administración de facto, de acuerdo a la gravedad de cada caso, podrían comprender más allá de las acciones mercantiles a que se contraen los artículos 299 y 310 del Código de Comercio, demandas por cumplimiento de contrato, acciones extraordinarias de amparo constitucional o incluso denuncias ante el Ministerio Público si hubiera visos penales. Pero, lo más importante de todo esto, es que habiendo cesado la administración de facto, debe a todas luces producirse una rendición de cuentas por la gestión operativa que tuvo lugar en ese determinado período de tiempo, en pro de la transparencia

en la trayectoria de la compañía; sin embargo, como es natural pensar, esto no se hará de forma voluntaria, amistosa, ni mucho menos espontánea, obligando así a los socios víctimas de la misma, a accionar una rendición de cuentas, en aras de conocer de forma transparente el comportamiento contable y financiero de la empresa en dicho período.

2. El procedimiento de rendición de cuentas aplicado a este particular supuesto

Y digamos pues que al producirse una situación como la descrita (que como hemos dicho no es para nada inverosímil en nuestro contexto venezolano), el ala societaria que no ha consentido ni la designación ni la gestión de quien se ha abrogado la administración de la compañía de la cual es accionista, logra recuperar por vía legal el control de la misma, y pretende luego conocer los intrínquilis del manejo de la sociedad mercantil durante dicho período, sin que exista el ánimo del o los socios depuestos de coadyuvar a este proceso de auditoría o fiscalización contable y financiera. ¿Qué resta por hacer?

Lo lógico, será partir de la esencia del mandato que obliga al administrador frente a la sociedad, desde su propia naturaleza, y en virtud de esto, una vez comprendido el régimen legal aplicable para exigir la responsabilidad de una administración, electa o designada en circunstancias normales, será más fácil adentrarnos al tratamiento de una rendición de cuentas cuando se trate de una administración de facto.

Entonces, sobre la responsabilidad de los administradores, nos explica Hung Vaillant:

De acuerdo al sistema acogido por nuestro Código de Comercio, entra la sociedad y sus administradores existe una relación contractual Conforme a tal relación, los administradores responden a la ejecución del mandato y de las obligaciones que la Ley les impone (Art. 243 CCo). La disposición legal citada, formulada a propósito de las sociedades anónimas, resulta más claramente expresada en materia de sociedades de responsabilidad limitada por el Artículo 324 CCo. A tenor de esta última norma, los administradores son responsables por la infracción de las disposiciones de la ley y del contrato social, así como por cualquier otra falta cometida en su gestión. En otras palabras, del Artículo 324 se desprende que las infracciones de la ley y del contrato social constituyen respecto a la sociedad faltas de gestión, es decir, violaciones del mandato.

La ley o el contrato social pueden imponer deberes a todos los administradores (en caso de administración pluripersonal) o deberes a un administrador determinado. En el primer caso la responsabilidad de los administradores es en principio solidaria; en el segundo caso la responsabilidad será personal del administrador singular. En todo caso, en los supuestos de responsabilidad solidaria, cualquier administrador puede salvar su responsabilidad si estando exento de culpa ha hecho constar su disconformidad y dado aviso a los comisarios (Art. 268 CCo).

(...)

Extensión de la responsabilidad.

El Artículo 266 del Código de Comercio señala que los administradores son responsables de la verdad de las entregas hechas en caja por los accionistas; de la existencia real de los dividendos pagados; de la ejecución de las decisiones de la asamblea; y en general del exacto cumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos. La norma legal citada prevé la responsabilidad solidaria; responsabilidad que no opera en el supuesto señalado en el Artículo 268. Recientemente y con base en el Art. 26 del COT la jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones fiscales de la sociedad en aquellos casos en los cuales tales administraciones han actuado con «dolo» o «culpa grave».

Nuestra doctrina se ha pronunciado acerca del régimen de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad de los administradores. Bajo este aspecto se distingue entre obligaciones determinadas u obligaciones de resultado y la obligación general de ejercer la gestión con la diligencia del mandatario, lo cual constituye una obligación de medios. En la hipótesis de la obligación de resultado, la sociedad debe probar: la existencia de la obligación, su incumplimiento y el daño causado en razón del incumplimiento; mientras que al administrador incumbe la prueba de que el incumplimiento se debió a causas extrañas que no le son imputables. En los casos de obligaciones de medios, la sociedad debe probar: el incumplimiento, el daño causado y la negligencia.

Legitimados activos para la solicitud de rendición de cuentas.

En atención a que la relación de los administradores es una relación frente a la sociedad, los socios singulares no están legitimados para solicitar a los administradores la rendición de cuentas de su gestión; tal legitimación corresponde a la asamblea. Puede ser considerada como reiterada y pacífica la doctrina de nuestros Tribunales en el sentido de que la acción para obtener la rendición de cuentas corresponde a la asamblea.¹³

Debemos entonces distinguir acá dos vertientes: la exigencia de la rendición de cuentas, de la exigencia de la responsabilidad de los administradores de facto, asumiendo que la primera, debe tener prelación respecto a la segunda, que bien pudiera dar lugar a acciones por responsabilidad extracontractual.

Luego, necesariamente, si el socio o socios que asumieron una administración de facto se niegan voluntariamente a dar cuenta de las operaciones ejecutadas en nombre de la compañía durante el período de tiempo que duró su gestión, debería accionarse entonces por vía judicial esta pretensión, traducida en una demanda de rendición de cuentas, cuyo especial procedimiento contencioso, se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Civil.

¹³ Hung, *Sociedades...*, 261-263.

Su aplicabilidad a la materia mercantil, así como su legitimidad activa, han sido discutidas por la jurisprudencia nacional, con el aval y sustento de autores como el profesor Alfredo Morles Hernández, Francisco Hung V. (ya citado), y Abdón Sánchez Noguera:

Sentencia del 16 de diciembre de 2008 (T.S.J. – Casación Civil)

R. Adarfio y otros contra Empresas Educativas, C.A. (EMPEDUCA)

Sobre la legitimación activa para solicitar la rendición de cuentas en el caso de las sociedades mercantiles (Ref.: 1535-08)

...El formalizante alega que el juez de la recurrida infringió por errónea interpretación el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, al declarar la falta de cualidad e interés de las partes, cuya decisión considera equivocada, pues -según el recurrente- los socios de una sociedad mercantil tienen cualidad e interés para exigir a la sociedad que le rinda cuentas, por cuanto, según sus dichos "...la Asamblea de Socios es la autoridad máxima de la sociedad porque en ella están representados todos los socios y es la que da mandato al administrador, es evidente que quien exija la rendición de cuentas judicialmente debe demandar a la sociedad, ya que no puede hacerlo contra el administrador y no puede deducir sus derechos internamente porque su condición de socio ha sido negada por la propia empresa...".

Por último, señala el recurrente que la infracción fue determinante en el dispositivo del fallo, ya que "...si el Juez (sic) de la sentencia recurrida no la hubiese cometido él no habría declarado que los demandantes no tienen cualidad o interés para intentar el presente juicio y que la demandada no tiene cualidad o interés para sostenerlo...".

Ahora bien, tratándose de una denuncia por infracción de ley, la Sala no puede descender a las actas que conforman el expediente para verificar cuál fue el petitorio de la demanda incoada por la parte demandante, hoy recurrente. De manera que para resolver la presente denuncia la Sala tomará en cuenta lo que al respecto señala la recurrida, a saber: ...

De lo antes transcrito se deduce que los ciudadanos..., en su carácter de herederos del ciudadano... demandan a la sociedad mercantil... de la cual su causante es accionista, para que le rindan cuentas desde el año de 1984 en que éste ingresó como socio hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 21 de mayo de 1995 y, desde esta fecha hasta el cierre del año de 1997. Ahora bien, respecto a la legitimación activa para solicitar la rendición de cuentas en el caso de las sociedades mercantiles, esta Sala en sentencia N° 111, de fecha 8 de mayo de 1996, caso: Bernardo Baudillo Juárez contra Juan José Fuentes Cunemo, expediente N° 94-450, señaló lo siguiente:

"...El artículo 310 del Código de Comercio dice: ...

La más acreditada doctrina sostiene el criterio de que la acción compete a la Asamblea y no a los accionistas en particular. En efecto, el autor patrio Alfredo Morles Hernández, en su obra *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, pág. 800, dice:

“La acción ‘compete a la Asamblea’ (artículo 310 del Código de Comercio), es decir, requiere una deliberación y una decisión válida de este órgano. La Asamblea puede ejercer la acción a través de los comisarios o de personas especialmente nombradas. En nuestro ordenamiento jurídico los accionistas no pueden, individualmente, ejercer acción contra los administradores en beneficio de la sociedad (acción social *ut singuli*) tampoco existen las ‘class actions’ del *comon law*, por medio de las cuales un accionista ejerce una acción contra los administradores en beneficio de un grupo de accionistas...”.

De la misma forma, esta Sala en Sentencia N° 304, de fecha 10 de octubre de 1986, caso: Alfonso Hernández Reyes contra Agustín Expósito González, expediente N° 85-364, dejó establecido lo siguiente:

“...La Corte observa: ...

En primer lugar, debe destacarse que la interpretación del juzgador, en el sentido de que la legitimidad para exigir cuentas al administrador de la sociedad anónima corresponde a la Asamblea y no a los accionistas en forma individual, es correcta y ajustada a derecho. La misma resulta de la interpretación armónica de los textos legales conducentes (*sic*) y, si bien parece chocar con la letra del artículo 266 del Código de Comercio, que hace a los administradores responsables ante los accionistas, es de todo acorde con las concepciones que maneja la doctrina mercantil venezolana a este respecto.”. (...)

Asimismo, en relación a la legitimidad activa para solicitar la rendición de cuentas en materia mercantil, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, mediante sentencia N° 2052, de fecha 27 de noviembre de 2006, caso: Homero Edmundo Andrade Briceño, dejó establecido lo siguiente:

“...Ahora bien, la cualidad para el requerimiento de dichas cuentas o para la exigencia de la responsabilidad de las gestiones que hayan sido cumplidas en perjuicio de la sociedad, corresponde a la asamblea de conformidad con lo que preceptúa el artículo 310 del Código de Comercio. En consecuencia, el ejercicio de la referida pretensión por un socio sería inadmisibles, por cuanto carecería de cualidad para la interposición de la demanda. ...”.

En este mismo sentido, el autor patrio Francisco Hung Vaillant, en su obra *Sociedades*, sexta edición, Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A. Año 2002, expresa lo siguiente:

“...En atención a que la relación de los administradores es una relación frente a la sociedad, los socios singulares no están legitimados para solicitar a los administradores la rendición de cuentas de su gestión; tal legitimación corresponde a la asamblea. ...”.

De igual manera, el autor venezolano Abdón Sánchez Noguera, en su libro *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, Editorial Ediciones Paredes Libros, C.A., agosto de 2006, considera al respecto lo que sigue: ...

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia *ut supra* transcrita, queda evidenciado que los administradores en las sociedades mercantiles son los obligados a rendir cuentas de su gestión ante la asamblea de socios o accionistas y no ante un socio

o accionista en particular, por tanto, la cualidad para demandar la rendición de cuentas o exigir su responsabilidad por las gestiones que hayan sido ejecutadas en perjuicio de la sociedad, corresponden exclusivamente a la asamblea a través de sus comisarios o de personas que nombre especialmente para tales fines y el juicio de rendición de cuentas se llevara a cabo por el procedimiento especial contencioso (de rendición de cuentas) previsto en el Código de Procedimiento Civil, previo el cumplimiento de las formalidades que al respecto estipula dicho procedimiento para el ejercicio de tal pretensión.

En consecuencia, la acción de rendición de cuentas ejercida por un socio o accionista contra la compañía con fundamento en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil sería inadmisibles, ya que carecería de la cualidad necesaria para la interposición de la demanda.

Ahora bien, los accionistas pueden ejercer sus derechos en resguardo de sus intereses de una manera indirecta, mediante la denuncia ante los comisarios de las irregularidades que tengan conocimiento, y que hayan sido cometidas por los administradores, al respecto, el artículo 310 del Código de Comercio, prevé un procedimiento especial de índole administrativo para tramitar dicha denuncia, el cual establece lo siguiente: (...)

Ahora bien, de la transcripción de la recurrida se puede observar que en el presente caso estamos en presencia de un juicio de rendición de cuentas en contra de una sociedad mercantil denominada... y, en la cual los demandantes alegaron el carácter de herederos del ciudadano..., quien en vida fuera accionista de dicha empresa, cuya demanda la fundamentaron en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil y la misma tiene como propósito que se rindan cuentas en el período que va desde el año 1984, fecha en la cual su causante ingresó como socio en dicha sociedad, hasta el 21 de mayo de 1995, fecha de su fallecimiento y, desde esa fecha hasta el cierre del años de 1997, de lo que se evidencia que se trata de una acción de rendición de cuentas ejercida por un accionista, ya que los demandantes se subrogaron en los derechos que tenía su causante en la referida sociedad mercantil, hoy demandada.

De ahí que, considera la Sala que la recurrida incurre en la errónea interpretación del artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, al dejar establecido que: "... aquí se demandó a rendir cuenta a la empresa demandada..." y pese a que la recurrida reconoce que la parte demandante aduciendo su carácter de herederos del ciudadano..., alegaron tanto en su libelo de demanda como en los informes en segunda instancia su condición de accionistas de la sociedad mercantil, hoy demandada, sin embargo, declaró la falta de cualidad e interés de las partes con fundamento en que la parte demandante debía demostrar "...que el causante y la empresa son socios en esa relación, ya que no es lo mismo ser socio con una empresa a ser socio o accionista dentro de ella...", sin tomar en cuenta la condición de accionista que fue alegado por los demandantes, pues, éstos no alegaron ningún tipo de relación contractual que permita evidenciar "...alguna relación de socios, administrador...", así como tampoco señalaron que la demandada fuese "...curador o tutor...", como lo indica la recurrida.

En consecuencia, la recurrida habiendo reconocido el carácter de herederos y de accionistas de la parte demandante, ha debido declarar la falta de cualidad de éstos en base a que la acción para demandar judicialmente la rendición de cuentas

corresponde exclusivamente a la asamblea, a través del comisario o de personas que nombre especialmente al efecto y la ejerce en contra de los administradores, ya que un accionista (como ocurre en el presente caso) no puede demandar judicialmente la rendición de cuentas a la sociedad en la cual tiene tal carácter, pues, dicha legitimación corresponde exclusivamente a la asamblea y no el accionista considerado individualmente.

Sin embargo, considera la Sala que dicho error de juicio en el que incurrió el sentenciador de alzada, no es determinante en el dispositivo del fallo, ya que tal como quedó evidenciado, el mismo ha debido declarar que los demandantes no tenían cualidad para la interposición de la pretensión de rendición de cuentas contra la sociedad mercantil... como socio accionista, toda vez que es la asamblea la legitimada para el ejercicio de la misma contra los administradores a través de sus comisarios o de personas que nombre especialmente para tales fines, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 del Código de Comercio. (...)¹⁴

La anterior sentencia, fue ratificada posteriormente en la decisión N° 00151 del 30 de marzo de 2009 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Dra. Yris Armenia Peña Espinoza, en el proceso seguido por Ingsa Ingenio La Troncal S.A. y otro contra C.H. Sequera, en el expediente N° AA20-C-2008-000388; y posteriormente, siguiendo la misma línea argumentativa, la misma Sala de Casación Civil, estableció:

Sentencia del 23 de junio de 2010 (T.S.J. – Casación Civil)

L.F. Bohórquez contra F. de la Ch. Caldera

La acción de rendición de cuenta corresponde exclusivamente a la asamblea, a través del comisario o de personas que nombre especialmente al efecto y no al accionista considerado individualmente. (Ref. 517-10)

...Al respecto, la Sala ha determinado (tal como lo afirma el sentenciador con competencia funcional jerárquica vertical), que los administradores en las sociedades mercantiles son los obligados a rendir cuentas de su gestión ante la asamblea de socios o accionistas y no ante un socio o accionista en particular; por tanto, la cualidad para demandar la rendición de cuentas o exigir su responsabilidad por las gestiones que hayan sido ejecutadas en perjuicio de la sociedad, corresponden exclusivamente, a la asamblea, a través de sus comisarios o de personas que nombre especialmente para tales fines. Y el juicio de rendición de cuentas, se llevará a cabo por el procedimiento especial contencioso (de rendición de cuentas) previsto en el Código de Procedimiento Civil, previo el cumplimiento de las formalidades que al respecto estipula dicho procedimiento para el ejercicio de tal pretensión.

En consecuencia, la acción de rendición de cuentas ejercida por un socio o accionista contra la compañía con fundamento en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil sería inadmisibles, ya que carecería de la cualidad necesaria para la interposición de la demanda.

¹⁴ Ramírez & Garay: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay: Tomo CCLIX, 2008, noviembre - diciembre*. (Caracas: Ramírez & Garay), 585-589.

En este sentido, la Sala Constitucional del Alto Tribunal en decisión N° 2052, de fecha 27 de noviembre de 2006, Exp. N° 06-1259, en el caso de Homero Edmundo Andrade Briceño, citada por el tribunal con competencia funcional jerárquica vertical, determinó lo siguiente: ...

...: “el socio o accionista no tiene cualidad para demandar en rendición de cuentas, independientemente de que sea o no socio o accionista para el período en el cual se solicita la rendición de cuentas o que tenga la condición de socio o accionista para el momento en el cual se ejerce la acción de rendición de cuentas, es decir, el socio o accionista de una sociedad mercantil no tiene cualidad para demandar la rendición de cuentas en ningún momento, pues, la misma corresponde exclusivamente a la asamblea a través del comisario o de personas que nombre especialmente al efecto y no al accionista considerado individualmente...” (...)

En atención a los presupuestos de hecho y de derecho anteriormente expresadas, es concluyente afirmar que en el caso sometido a consideración de la Sala, el ad quem actuó ajustado a Derecho, al determinar que el accionante en su carácter de socio carece de la cualidad necesaria para interponer la demanda de rendición de cuentas y declarar la inadmisibilidad de la misma, toda vez que, tratándose de una sociedad mercantil, la acción de rendición de cuentas no puede ser ejercida por un socio o accionista considerado individualmente, pues, dicha legitimación corresponde exclusivamente a la asamblea de la sociedad, a través del comisario o de personas que nombre especialmente al efecto, por lo que no incurrió en la errónea interpretación delatada. ...

Exp. N° AA20-C-2010-000040 – Sent. N° 000221.

Ponente Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.¹⁵

En este punto, resulta de capital importancia analizar lo concerniente a la legitimación para demandar la rendición de cuentas.

Así, debemos poner de manifiesto que estamos absolutamente contestes con todo lo que ha señalado tanto la doctrina más autorizada como la pacífica jurisprudencia nacional en este sentido, apuntando a que la rendición de cuentas no puede ser demandada por un socio o accionista considerado individualmente, correspondiendo la legitimación necesaria para esta acción exclusivamente a la asamblea de la sociedad, a través del comisario o de personas que nombre especialmente al efecto.

No obstante, no pareciera posible materialmente que esta misma regla aplique al caso de las administraciones de facto, debido a que:

Preliminarmente, debería contarse en la asamblea con el voto favorable del mismo socio que asumió arbitrariamente la administración; y segundo, porque la figura del comisario en nuestro país, prácticamente, se ha reducido a figurar en los documentos de

¹⁵ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo CCLXIX, 2010, mayo – junio*, 602-603.

la oficina de registro mercantil sin cumplir en modo alguno su función de policía dentro del funcionamiento de la compañía, adhiriéndose a quien se encuentre en control de la administración, para asegurar su propia permanencia dentro de la compañía.

Por ello, bien merece la pena recalcar que, justamente por tratarse de una asamblea de facto, ya de entrada parecería imposible o nugatoria la posibilidad de celebración de una asamblea de accionistas para demandar la rendición de cuentas, o encargarle dicha misión al comisario a través de dicha asamblea. Ahí encontramos la primera traba.

Entonces: ¿Cómo traducir esta situación a un proceso judicial con alguna certeza de obtener una sentencia favorable? ¿Cómo quedarían los derechos del socio individualmente considerado ante la necesidad de accionar la rendición de cuentas de una administración de facto, si no cuenta con la legitimidad necesaria para ello?

Creemos que la doctrina y la jurisprudencia tendrán acertadamente alguna respuesta, centrándose exclusivamente en el aspecto relativo a la legitimación activa, buscando como es debido una alternativa que se ajuste a nuestras normas procesales de jerarquía constitucional, que consagran la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la eficacia procesal, establecidos en los artículos 26, 49 y 257 del Texto Constitucional, en el mismo orden enunciado.¹⁶

¹⁶ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, G.O. Extraordinaria N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales en G.O. Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en G.O. N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

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

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

Artículo 49. – El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Por lo pronto, proponemos lo siguiente:

Tomando en consideración la especialidad del procedimiento de rendición de cuentas, pareciera que la única posibilidad sería demandar previamente a través de una acción mero declarativa¹⁷ el reconocimiento del hecho¹⁸ que se produjo una administración de facto en la compañía, para que, con una sentencia definitivamente firme en ese proceso, se pueda proceder luego a demandar la rendición de cuentas por el socio individualmente considerado, pues intentar ambas pretensiones en una misma demanda, acarrearía indiscutiblemente una inepta acumulación de pretensiones y una flagrante incompatibilidad de procedimientos.

Resulta claro además que estamos plenamente conscientes de que abrir esta vía, que otorgaría al socio accionista individualmente considerado la posibilidad de demandar una rendición de cuentas por sí solo, sería sumamente peligroso si se aceptara deportivamente, sobre todo, considerando los antecedentes de cómo hacemos que funcione en Venezuela una compañía anónima. Es por ello, que debe serse muy respetuoso en lo que ha sido la interpretación hasta ahora dada por la doctrina y la jurisprudencia al artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, sobre todo cuando se trate de una sociedad mercantil, pues, de no hacerlo, se correría el riesgo de abrir la compuerta para que un número incalculable de accionistas individualmente considerados, puedan pretender sabotear el giro comercial de cualquier compañía a través del ejercicio de acciones como éstas.

Por lo tanto, la única respuesta que pareciera ser viable, con las debidas garantías procesales, aun cuando implique no un proceso judicial, sino dos, o hasta tres (si sumamos la evacuación de una inspección judicial extra litem), sería primero la de evidenciar judicialmente que se produjo una administración de facto mediante una

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas. Artículo 257. – El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

¹⁷ *Código de Procedimiento Civil*, G.O. Extraordinaria N° 4-209 del 18 de septiembre de 1990. Artículo 16. – Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica.

No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente.

¹⁸ “...La acción intentada tiene el carácter mero declarativa, la cual, como lo expresa la doctrina en general que las define y la jurisprudencia de la Corte que las ha admitido en forma pacífica, tiene por objeto declarar la existencia o no de un derecho, o de una situación jurídica o el verdadero alcance de una determinada relación jurídica...” Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 27 de abril de 1988, ponente Magistrado Dr. Adán Febres Cordero, juicio Carlos Luis Santos Vs. Sindicato Unión Obrera del Puerto de La Guaira; G.F. 1988, 3ª E. Vol. II, N° 140, pág. 1125 y ss; O.P.T. 1988, N° 4, pág. 81; R&G 1988, Sgdo. Trimestre, Tomo CIV (104), N° 410-88, pág. 433.

acción mero declarativa, para así, con una sentencia a favor definitivamente firme, el socio individualmente considerado pudiera proceder después a demandar la rendición de cuentas por ese período en el que la administración de facto ejerció el control de la compañía.

¿Resultaría práctica esta solución?

Pues sabemos todo el costo físico, mental, emocional, monetario y de tiempo que implica asumir un proceso judicial, ni pensar dos (!) pero, creemos que de nada más pensar en medidas y soluciones como éstas, la respuesta lógica sería invitar a pensar a todo socio accionista en cómo evitar que llegase a producirse una administración de facto en la compañía de la cual forma parte, y más aún, exhortarlo a que aprenda a llevar de la manera más sana posible el giro comercial de ésta, asumiendo cabalmente toda la responsabilidad que implica ser socio de ella, acorde con el propósito económico y social para el cual la misma fue constituida.

¿Existiría con esta solución una garantía para subsanar la falta de legitimidad activa?

Creeríamos que sí, tentativamente y salvo mejor criterio, pues lo cierto es que igualmente existe un derecho de libertad económica y un derecho de propiedad conforme al Texto Constitucional (artículos 112 y 115)¹⁹ que pudieron haber resultado lesionados al socio afectado por la administración de facto, a quien además le asiste un derecho de acción, que, en este caso, no pareciera posible ejercer a través del comisario. Sin embargo, será solamente la doctrina y la jurisprudencia quienes nos den luces al respecto al abordar específicamente este supuesto de hecho, debiendo reconocer, ojalá, que existe una latente necesidad de reformar la figura del comisario para garantizar efectivamente un control interno dentro de las sociedades mercantiles, acorde a nuestra realidad país.

Entonces, ¿Cómo se vislumbraría esta propuesta en la práctica forense?

¹⁹ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*

Artículo 112. – Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Artículo 115. – Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Primero, como dijimos, debería demandarse a través de una acción mero declarativa, al socio o socios que haya asumido mediante una administración de facto el control de la compañía, y consideraríamos que los recaudos pertinentes para fundamentar esta demanda serían:

- Fundamentalmente, copias certificadas de todo el expediente mercantil que reposa en la oficina de registro correspondiente, a fin de crear en el juez la convicción de la veracidad de los hechos alegados, que apuntan a la denuncia de la existencia de una administración de facto. Con esta prueba documental, se demostraría la condición del socio solicitante, y, asimismo, se evidenciaría quién debería estar en la administración real de la compañía, conforme a lo que haya sido la última acta de asamblea general de accionistas, válidamente celebrada.
- El libro de accionistas, de ser posible, también con el objetivo de demostrar la cualidad de socio tanto de la parte demandante como de la parte demandada.
- Una inspección judicial extra-litem, o cualquier otro medio probatorio idóneo, que demuestre quién se encuentra para el momento de la interposición de la demanda, a cargo de la administración de la compañía, ojalá, evidenciándose los cuatro elementos caracterizadores concurrentes que ya hemos mencionado precedentemente para apuntar a que se trata de una administración de facto.
- En este mismo orden de ideas, y también de ser posible para la parte demandante, debería presentarse ante el juez mercantil el libro de actas de la compañía, a fin de evidenciar la ausencia del acta que avale desde el seno de la asamblea de accionistas, la designación de quien se hubiere apoderado de la administración de la compañía.

Así las cosas, una vez demostrado entonces con una sentencia favorable, definitivamente firme, que reconozca y establezca la existencia de una administración de facto, es cuando se debería poder proceder a demandar la rendición de cuentas correspondiente, haciéndose constar con las resultas de aquel proceso, que no es factible cumplir -ab initio y tradicionalmente- con los extremos del artículo 673 del Código de Procedimiento Civil,²⁰ por las especiales características inherentes al sujeto pasivo

²⁰ *Código de Procedimiento Civil...*

Artículo 673 – Cuando se demanden cuentas al tutor curador, socio, administrador, apoderado o encargado de intereses ajenos, y el demandante acredite de un modo auténtico la obligación que tiene el demandado de rendirlas, así como el período y el negocio o los negocios determinados que deben comprender, el Juez ordenará la intimación del demandado para que las presente en el plazo de veinte días, siguiente a la intimación. Si dentro de este mismo plazo el demandado se opone a la demanda alegando haber rendido ya las cuentas o que éstas corresponden a un período distinto o a negocios diferentes a los indicados en la demanda; y estas circunstancias aparecieren apoyadas con prueba escrita, se suspenderá el juicio de cuentas, y se entenderán citadas las partes, para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de

procesal, valiendo destacar, que solamente a través de esta manera, es que podría darse cumplimiento a la exigencia de este mismo artículo, alusiva a que se requiere acreditar con la demanda la existencia de un instrumento en el cual conste -de manera auténtica- la obligación del demandado de rendir las cuentas que se demandan, así como el período de tiempo por el cual deben rendirse. Si no, ¿De qué otra forma?

Como corolario, finalizamos estas disertaciones con unas breves y puntuales notas resaltantes sobre el especial procedimiento de rendición de cuentas, esbozadas por la más calificada doctrina nacional; así:

Las partes en el juicio de rendición de cuentas son el administrador de bienes o intereses ajenos, y el acreedor a favor del cual la administración se dio. Como es característico en todo procedimiento ejecutivo, el juicio de rendición de cuentas requiere la existencia de un instrumento en que conste, en forma auténtica, la obligación del legitimado pasivo de rendirlas. Este es, precisamente, el soporte fundamental de una demanda dirigida a una sentencia en que se defina la entidad del monto a satisfacer. De manera que, verificada la obligación, el paso subsiguiente será la definición de la cuantía y la formación del título ejecutivo contenido en la sentencia. (...)

En cuanto a las sociedades mercantiles, a las que se equiparan las formas atípicas que nacen de los contratos de colaboración empresarial, la prestación de cuentas normalmente se hace con la periodicidad determinada y bajo la forma prevista en los contratos o los estatutos sociales.²¹

La cuenta será la explicación detallada y justificada que el administrador deberá dar al administrado por los actos realizados con motivo de la actividad encomendada.

Legitimado activo, esto es titular del derecho a exigir la rendición de cuentas, será toda persona por cuya orden o a favor de quien fueron administrados los bienes objeto de la gestión encomendada al administrador.

Legitimado pasivo, esto es sujeto obligado a rendir cuentas, será toda persona a quien por disposición de la ley o convencionalmente se encomiende la realización de determinados actos de simple gestión, de administración o de disposición de bienes (...)

El Código de Comercio establece igualmente la obligación que tienen de rendir cuentas, entre otros: el vendutero a su comitente (Art. 92); los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada (Art. 329); los administradores de las sociedades en comanditas por acciones y las compañías anónimas (Art. 266), los administradores de compañías en comandita simple y en nombre colectivo a los liquidadores (Art. 348); los síndicos provisionales a los síndicos definitivos (Art. 977); los síndicos definitivos salientes en todo caso (Art. 989); los liquidadores de sociedades mercantiles a los socios (Art. 350, numeral 8).²²

los cinco días siguientes a cualquier hora de las indicadas en la tablilla a que se refiere el artículo 192, sin necesidad de la presencia del demandante, continuando el proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

²¹ Tulio Alberto Álvarez, *Procesos Civiles Especiales Contenciosos. Tomo II* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012), con cuatro ediciones, 175,180.

²² Abdón Sánchez Noguera, *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos* (Caracas: Ediciones Paredes, 2008), con dos ediciones, 281-282.

CONCLUSIONES

- No necesariamente, una administración de facto puede haberse producido por efecto de maniobras o de manipulaciones de alguno de los accionistas de la sociedad mercantil, sino que puede provocarse por situaciones coyunturales de emergencia; y en estos casos, por el bienestar del ambiente societario de la compañía, debería primero mediar el reconocimiento voluntario de que hubo un apoderamiento de la administración, asumiéndose este hecho por todos los socios; más que para dar legitimidad, para establecer con claridad lo que fue parte del decurso del giro comercial de la compañía, y asimismo, señalar con certeza el período de tiempo a través del cual se mantuvo la administración de facto controlándola, ejecutando las actividades de mando en la empresa, y proceder luego a rendir cuentas de forma voluntaria y espontánea.
- El concepto de administración de facto consiste en el hecho que uno o varios de los socios de una sociedad mercantil, haya asumido funciones de control y de gestión en la misma, de una manera ajena y separada al mecanismo establecido para ello en el documento constitutivo estatutario y el Código de Comercio, es decir, a través de la válida celebración de una asamblea de accionistas, donde quedase manifestada la voluntad de éstos mediante el voto mayoritario para su elección; pudiendo caracterizarse esta toma de control o apoderamiento de la administración como irregular, sospechosa, subrepticia, violenta, impuesta, apresurada, ilegal o ilegítima.
- Los elementos necesarios para que exista una administración de facto, deberían ser en principio cuatro, y con carácter concurrente: un elemento subjetivo, un elemento sustancial, un elemento fáctico y un elemento temporal: (1) Elemento subjetivo: que la toma de control de la compañía se haga exclusivamente por parte de uno o varios socios de la misma; (2) Elemento sustancial: que uno o varios socios se abroguen y se apoderen de la autoridad directiva de la compañía, con las funciones de un órgano ejecutivo, asumiendo el control del giro comercial de ésta, sin contar con un proceso de votación que emane del quórum societario requerido conforme al documento constitutivo estatutario y a la ley, sin que exista, por lo tanto, ningún respaldo de su elección o designación por parte de la asamblea general de accionistas a través de ningún acta de asamblea que justifique su posicionamiento en el poder ejecutivo de la compañía; (3) Elemento fáctico: que esta administración de facto ejecutare efectivamente operaciones en nombre de la compañía, independientemente de si se encuentran relacionadas o no con el objeto social de ésta; y, (4) Elemento temporal: una cierta y suficiente prolongación de tiempo en el cual permanezca esta administración de facto sobre

el control de la compañía, lo suficientemente apreciable cronológicamente para ser determinada en toda su extensión.

- No existe un mandato que vincule a una administración de facto con la sociedad; siendo este uno de los motivos por el cual no podría válidamente demandarse la rendición de cuentas de una administración de facto, pues se incumpliría el mandato del artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, que exige acreditar con la demanda la existencia de un instrumento en el cual conste -de forma auténtica- la obligación del demandado de rendir las cuentas que se demandan.
- En circunstancias de normal funcionamiento de la administración en una sociedad mercantil, la legitimación activa para demandar la rendición de cuentas corresponde única y exclusivamente a la asamblea de accionistas, tal y como pacíficamente lo ha señalado tanto la doctrina nacional más autorizada como la jurisprudencia.
- Para poder abrir la posibilidad de que un socio, individualmente considerado, pueda verdaderamente tener la legitimidad activa necesaria para exigir la rendición de cuentas de una administración de facto, debería demandar previamente a través de una acción mero declarativa el reconocimiento del hecho que ésta se produjo en la compañía, y contar con una sentencia favorable para sí en ese proceso, que, además, haya quedado definitivamente firme.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina:

- Álvarez, Tulio Alberto. *“Procesos Civiles Especiales Contenciosos. Tomo II”*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012).
- Bariona Grassi, Mario. «Régimen de las asambleas de accionistas» en *“Ensayos de Derecho Mercantil. Libro homenaje a Jorge Enrique Núñez”*, ed. por Parra Aranguren, Fernando (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 15, 2004).
- Baudín L., Patrick J. *“CPC. Código de Procedimiento Civil Venezolano”*. (Caracas: Ediciones Paredes, 2010-2011).
- Briceño, Rafael Ángel. *“De las irregularidades administrativas en las sociedades mercantiles (Art. 291, Código de Comercio Venezolano)”* (Caracas: Gráficas Tao, S.A., 1998).
- Corsi, Luis. «Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.», en *“Bicentenario del Código de Comercio Francés”*, coord. por Morles Her-

nández, Alfredo y De Valera, Irene (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008).

Govea Urdaneta, Luis Guillermo. «La compañía anónima dúctil. Manipulación y extravíos en la función económica y legal de las compañías mercantiles. El caso Transporte Saet, S.A.», en *“Ensayos de Derecho Mercantil. Libro homenaje a Jorge Enrique Núñez”*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 15, 2004).

Govea Urdaneta, Luis Guillermo. «La empresa familiar y sus desviaciones: en particular la disolución o reducción del haber accionario del socio inconforme», en *“Libro homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Volumen II. Derecho de Sociedades”* Coord. y comp. por Uzcátegui Angulo, Astrid y Rodríguez Berrizbeitia, Julio (Caracas: UCAB, ULA, UMA, UCV y ACPS, 2012).

Govea Urdaneta, Luis Guillermo. «Las asambleas de accionistas ilícitas en las compañías anónimas familiares (Protección del socio no administrador)», en *“Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015. Tomo IV”* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015).

Hung Vaillant, Francisco. *“Sociedades”* (Valencia: Vadell hermanos editores, 2005).

Morles Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil. TOMO II. Octava edición (Caracas: UCAB, 2006).

Sánchez Noguera, Abdón. *“Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos”* (Caracas: Ediciones Paredes, 2008).

Legislación:

Código de Comercio. G.O. N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

Código de Procedimiento Civil. G.O. Extraordinaria N° 4-209 del 18 de septiembre de 1990.

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

Jurisprudencia:

Ramírez & Garay: “Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay”. (Caracas: Ramírez & Garay):

Tomo CCLIX, 2008 (noviembre – diciembre).

Tomo CCLXII, 2009 (marzo – abril).

Tomo CCLXIX, 2010 (mayo – junio).

Breve análisis sobre Big Data y la protección al usuario del Sistema Bancario Venezolano

Kimberly K. González Rojas*
Génesis D. Gutiérrez Rosales**
Daniela Linares Gatti***

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 581-611

Resumen: El surgimiento de la sociedad de la información y el empleo de la Big Data ha permitido que las instituciones del sector bancario accedan a cada vez mayores volúmenes de datos personales sobre sus clientes y usuarios, lo que permite tomar decisiones más efectivas que incrementen la calidad del servicio prestado y de los productos ofrecidos. Ante esto, la legislación debe proporcionar al individuo la debida protección a sus derechos fundamentales, dentro de un compás de apego a los principios que orientan un correcto tratamiento de datos y reduciendo los riesgos por un eventual procesamiento indebido.

Palabras clave: Big data, Sistema Bancario, Protección de Datos, Habeas data.

Brief analysis of Big Data and user protection of the Venezuelan Banking System

Abstract: *The emergence of the information society and the use of Big Data has allowed institutions in the banking sector to access increasing volumes of personal data about their clients and users, allowing them to make more effective decisions that increase the quality of the service provided and products offered. Given this, legislation must provide the individual with due protection of their fundamental rights, within a compass of adherence to the principles that guide correct data processing and reducing the risks of possible improper processing.*

Keywords: *Big Data, Data Protection, Financial System, Habeas Data.*

Recibido: 17/5/2024
Aprobado: 31/5/2024

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2012. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios.

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2018. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios.

*** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2018. Licenciada en Estudios Internacionales, UCV 2022. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil, de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior y de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado en la misma Casa de Estudios.

Breve análisis sobre Big Data y la protección al usuario del Sistema Bancario Venezolano

Kimberly K. González Rojas*
Génesis D. Gutiérrez Rosales**
Daniela Linares Gatti***
RVDM, nro. 12, 2024, pp. 581-611

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Big data. Su importancia y utilización por las instituciones del sector bancario. 1.1 Futuro de la Big Data en la banca 2. Protección de datos. Derechos del titular de la información. 2.1 Principios que orientan el tratamiento de datos. 2.2 Riesgos a los que se encuentran sometidos los datos personales en la banca. 3. El caso venezolano: el procesamiento de datos y la protección al usuario del sistema bancario. 3.1. Habeas data en la Sentencia SCTSJ N°1318 de fecha 04 de agosto de 2011. 3.2 Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI). 3.3. Aplicación del régimen sobre la protección de datos de los usuarios en la banca.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual la información resulta una pieza clave, lo que convierte a la recolección, procesamiento, almacenamiento y tratamiento de los datos personales en un tema de gran relevancia. El incremento del uso de la tecnología, el avance del Internet de las Cosas o *IoT* y la penetración cada vez mayor del comercio electrónico y las redes sociales, aparejadas del uso de la inteligencia artificial, han ubicado al sistema bancario en una situación estratégica en cuanto a la captación de información sobre sus clientes y relacionados, respecto a sus transacciones, patrones de consumo e historial crediticio.

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2012. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios.

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2018. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios.

*** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Año 2018. Licenciada en Estudios Internacionales, UCV 2022. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil, de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior y de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado en la misma Casa de Estudios.

Por su función de intermediación en el sistema financiero, las instituciones bancarias reciben de sus clientes una gran cantidad de información personalísima, que con la entrada en funcionamiento de la tecnología a gran escala, forma parte de grandes bases de datos o sistemas de información que reportan a la banca numerosas utilidades al permitirles conocer de manera más precisa las necesidades e intereses de sus clientes o potenciales clientes, sus patrones de consumo, los productos financieros acordes con su capacidad económica e inclusive la necesidad de una sucursal o agencia bancaria en una determinada localidad.

Para obtener utilidad de toda esta información, conocida como Big Data, los bancos recurren al procesamiento de datos con mecanismos que cada vez exigen mayor eficiencia, exactitud y celeridad, lo que en modo alguno debe resultar perjudicial para el usuario, quien es el único propietario y titular de la información contenida en dichos sistemas, los cuales deben contar con las garantías adecuadas que le permitan ejercer sus derechos de contraloría sobre tales datos que deben ser verosímiles, exactos, completos y vigentes, contando en caso contrario con las vías legales para ejercer oportunamente sus pretensiones, a fin de que la información errónea sea rectificadada e incluso eliminada a la mayor brevedad posible.

En Venezuela, la Constitución de 1999 consagra en su articulado la protección de los derechos a la información, a la intimidad y a la autodeterminación informativa o habeas data. No obstante, hasta la fecha de elaboración de esta investigación el ordenamiento jurídico venezolano no cuenta con una ley especial en materia de protección de datos. Sin embargo, tímidamente han surgido ciertas disposiciones legales aisladas que hacen una mención tangencial a la materia, pero sigue existiendo una mora del legislador venezolano hacia el desarrollo de la protección de este derecho fundamental, como ha sido el caso de los países europeos y ciertos países latinoamericanos.

En el presente trabajo, abordaremos la definición de la Big Data, su importancia actual y el futuro de su utilización por las instituciones del sector bancario. Asimismo, consideraremos la protección de datos, el alcance de los derechos de los particulares en esta materia, los principios que rigen el tratamiento de datos, así como los riesgos a los cuales se encuentran sometidos los datos personales suministrados a la banca, haciendo una especial referencia al caso venezolano, aportando finalmente nuestras conclusiones sobre el tema planteado.

1. Big data. Su importancia y utilización por las instituciones del sector bancario

Desde el nacimiento de la *World Wide Web* (www) ha aumentado significativamente el nivel de información al que estamos expuestos, ya que se define como una red de datos interconectada a nivel mundial. Hoy en día no puede imaginarse el desarrollo de distintos procesos sin la asistencia de esta herramienta, pero es difícil calcular los niveles de información que ésta es capaz de generar y el miedo inicial es no saber cómo procesar tanta abundancia de datos.

Actualmente, la información es poder para las grandes empresas y la banca no escapa de esta realidad. Con base en esta premisa, es que se genera la carrera por la obtención de la mayor cantidad de información de calidad posible, por lo que hoy en día todos buscan la Big Data¹.

La Big Data se define como el conjunto de datos cuyo tamaño, complejidad y crecimiento acelerado dificultan su análisis a través de medios tradicionales, tales como una base de datos simple, estadísticas convencionales, métricas simples, entre otros. Debido al contenido tan grande y variado que maneja, se ha convertido en una nueva fuente de valor para las empresas, ya que el análisis certero de la misma es lo que permite su utilización final.

Una forma sencilla de saber si estamos en presencia de Big Data, es por el peso de los datos. Muchos establecen que van desde 30-50 Terabytes a varios Petabytes. Muchas veces son datos no estructurados o clasificados en conjuntos de datos, lo cual dificulta en un primer momento su análisis. Depende mucho de los procesos de digitalización que lleven a cabo las empresas, los cuales son algo corriente en los tiempos modernos, lo que ha llevado a buscar apoyo en sistemas más complejos, como aquellos que trabajan con datos biométricos o inteligencia artificial.

La mayoría de dispositivos que se utilizan en la cotidianidad generan data: laptops, celulares, aplicaciones, correos electrónicos, uso de tarjetas de crédito o débito, entre otras, que se generan en todo momento y lugar. Con base en esto, lo más importante es la capacidad de procesamiento de la misma a la mayor velocidad posible, por lo que se han desarrollado programas como CRM (*Customer Relationship Management*) o ERP (*Enterprise Resource Planning*)² para poder desglosar la misma y aprovecharla, reduciendo costos de trabajar con programas más tradicionales, que requieren mucho más tiempo y energía para funcionar.

¹ S/A. Big Data: “¿En qué consiste? Su importancia, desafíos y gobernabilidad”. Power Data, 2023 *Power Data*. 2023. <https://www.powerdata.es/big-data>. (último acceso: 04 de diciembre de 2023).

² S/A. Big Data: “¿En qué consiste? Su importancia, desafíos y gobernabilidad”. Power Data, 2023 *Power Data*. 2023. <https://www.powerdata.es/big-data>. (último acceso: 04 de diciembre de 2023).

Estos programas tienen una base preestablecida por los usuarios de cada módulo del mismo, con el fin de adaptarlos a sus necesidades y obtener la data y métricas necesarias para mejorar en sus funciones y gestionar la prevención de riesgos, aumentando la efectividad a la hora de dar respuesta. Se busca que la Big Data sea variada y veloz, pero también veraz y de valor, para poder analizarla adecuadamente.

La importancia de la Big Data hoy en día radica en la posibilidad de procesar dichos datos a gran velocidad para detectar necesidades, intereses y oportunidades con la información que dan los usuarios en relación a preferencias, incidencias, calidad de los productos y servicios, entre otras variables diversas. La idea principal es la anticipación a la resolución de posibles incidencias, métricas de productos actuales y futuros, así como el manejo de control de calidad. También puede ejercer una función de prevención de incidencias al verse reportadas como una anomalía, lo cual permite su rápida reversión y prevención en casos futuros.

A través de las redes sociales y aplicaciones móviles, también se permite una mejor publicidad con reducción de costes y enfocada directamente a los clientes que ya se tienen, aumentando las posibilidades de recompras de productos o servicios, contratación de nuevos elementos en los catálogos de las empresas y una sensación de inmediatez con el usuario, aumentando de este modo sus niveles de satisfacción.

Para la banca, el Siglo XXI ha sido un período de muchos cambios en poco tiempo, lo cual la ha obligado a adaptarse si no quiere perder relevancia, como se ve en los procesos de digitalización, mejores medios de pago, adaptación a las criptomonedas bajo sus propios términos (CBDC: Central Bank Digital Currency), entre otros. Parte de esa adaptación se encuentra en el uso y aprovechamiento de la Big Data, ya que se permite procesar las solicitudes de los usuarios nuevos y existentes a una mayor velocidad para responder de forma satisfactoria a las mismas, al tiempo que se mantienen dentro de la vanguardia tecnológica.

El usuario es aquella persona que utiliza un servicio, esperando que el mismo sea de calidad y responda a sus necesidades. Se diferencia de un consumidor por el tipo de bien que solicita (producto vs servicio), por su frecuencia de uso y porque no suele valorar los mismos elementos de un servicio que de un producto. El usuario no tendría una posesión del servicio (lo que si pasa al adquirir un producto), sino que disfruta del mismo haciendo un pago o efectuando una suscripción determinada.

En Venezuela, la protección al consumidor y al usuario está desarrollada de una manera bastante limitada³ por la Ley Orgánica Precios Justos de 2015⁴, la cual apenas establece en su artículo 7º, numeral 9º, el derecho de las personas a la promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología, lo cual deja un vacío en cuanto a la defensa del usuario en relación a la protección de sus datos personales, a diferencia de otras legislaciones que consagran un espectro de protección mucho más específico, tal como se verá más adelante.

Cabe recordar que la Big Data requiere de una arquitectura propia y de su auditoría interna de forma periódica, con el fin de filtrar información y poder usarla de una manera más efectiva. La velocidad de cambio en la información implica que la misma puede perder relevancia rápidamente, por lo que un exceso de data no actualizada se vuelve inútil para la banca y para todo aquél que la necesite.

Una ventaja de la banca es que la data que requiere es mucho más específica que en los casos de otras industrias (comida, redes sociales, vestido), por lo que la segmentación es más directa y sencilla. Sin embargo, su dificultad radica en el número de usuarios que tienen. Para el 2022, el Banco de Venezuela registró 2.292 millones de usuarios bancarizados por ellos, representando el 65% de usuarios de todo el país⁵, los cuales tienen necesidades similares que permiten determinar qué debe hacer la banca para satisfacer las mismas.

Sin embargo, un aspecto negativo es la sobreinformación. Todo se puede digitalizar y generar contenido que puede o no ser relevante y no siempre se tiene la capacidad de filtrarlo, por lo que noticias falsas (*fake news*), el contenido *spam* y la información falsa pueden afectar directamente la calidad de la base de datos construida con Big Data. A menor calidad, menor eficiencia de la misma y más espacio ocupado sin aprovecharlo en realidad dentro de las bases de datos.

Esto se materializa al observar las fuentes de la Big Data: datos móviles e internet, el internet de las cosas, datos sectoriales y datos experimentales. Cabe destacar que solo el 20% de esta información se considera verdaderamente estructurada, por lo que parte del trabajo de la Big Data es filtrar la información y clasificar la más relevante para el usuario o el interesado, mientras clasifica, ordena y analiza la información restante para buscar el mejor uso de la misma.

³ Vid. Chacón, Nayibe. «Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que “precios justos”.» *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017: 141-165.

⁴ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6202 extraordinario, del 08 de noviembre de 2015; reimpresión por error material en la *Gaceta Oficial* N° 40787, del 12 de noviembre de 2015.

⁵ Banco de Venezuela. *Informe Primer Semestre 2022*. Caracas: Banco de Venezuela, 2022 [https://www.bancodevenezuela.com/files/informesgestion/Memoria%20\(informe%20Junta%20directiva\)I%20Semestre%202022.pdf](https://www.bancodevenezuela.com/files/informesgestion/Memoria%20(informe%20Junta%20directiva)I%20Semestre%202022.pdf).

La información estructurada se define como aquella que puede usarse en su forma original al transmitir la información necesaria, mientras que los datos no estructurados se refieren a aquella información no organizada que requiere un mayor nivel de procesamiento para poder aprovecharla, ya que debe clasificarse y organizarse según los parámetros del sistema utilizado en el momento⁶.

El sistema de almacenamiento de datos más usado y básico es el de tablas de relacionamiento, donde se organizan los datos de forma estructurada y se conectan por relaciones entre los mismos, dándole un carácter único a cada tabla, pero no es el único sistema que se utiliza hoy en día.

Adicionalmente, siempre se tienen dudas de qué eliminar de la base de datos, lo cual incide en el almacenamiento del sistema a utilizar y cómo puede manejarse el mismo de una manera efectiva. Se trabaja con recursos como la nube y la conservación de datos en la web, lo cual puede causar problemas al momento de enfrentar un robo de datos por la fragilidad de su seguridad de almacenamiento.

Otro elemento a tomar en consideración es la potencial volatilidad de los datos. En el mundo de las redes sociales, las tendencias cambian diariamente, por lo que el procesamiento de la información debe ser lo más rápido y efectivo posible. En el mundo de la banca la data es más estable, pero su volatilidad puede verse condicionada a algún anuncio a futuro o alguna falla en el sistema que lesione la confianza de los usuarios en el mismo.

Si bien en la banca la volatilidad es considerablemente menor, en casos excepcionales como en los cambios de valor de la moneda, anuncios gubernamentales, cambios geopolíticos o decisiones económicas se afecta el comportamiento rutinario de los usuarios en mayor o menor medida en contra del sistema bancario tradicional, por lo que es importante medir estas variables para poder prevenir su impacto y amortiguarlo en la medida de lo posible. En caso de no poder hacerlo o de tener un sistema deficiente, se puede esperar una caída del sistema que lesione la credibilidad y reputación de dicha institución bancaria entre sus usuarios.

La obtención de datos también puede considerarse un problema a pesar de ser una función básica para la operatividad de la Big Data, ya que hay datos que para su obtención requieren la autorización del usuario, mientras que otros se obtienen de forma discreta y sin consentimiento del mismo, lo cual muchas veces puede facilitar la comisión de distintos delitos aprovechando la data centralizada.

⁶ Cueto, Marta. «Big Data en la banca y sus implicaciones para el futuro.» *Trabajo de Grado. Universidad Pontificia Comillas*. Madrid, 2019. P.6.

El almacenamiento también puede convertirse en una dificultad a largo plazo si no se previene desde el inicio. Igual a un celular que se va quedando sin memoria y genera problemas, puede pasar lo mismo con los sistemas de Big Data, por lo que es importante considerar fuentes de respaldo alternas, almacenamiento en la nube o incluso la eliminación periódica de los datos obsoletos o que ya no se consideren necesarios en un determinado periodo. Lo ideal siempre es tener un sistema que pueda almacenar datos de manera ilimitada, pero ello puede implicar un aumento significativo de costos.

Adicionalmente, no puede soslayarse que la banca trabaja con los denominados datos sensibles, ya que el criterio actual establece que toda la información bancaria de los usuarios (datos personales y operaciones activas o pasivas) deben ser resguardados por los sistemas y estructuras bancarias, ya que su mal uso o difusión pueden afectar negativamente el patrimonio de los clientes, violando de igual modo su derecho a la privacidad.

1.1. Futuro de la Big Data en la banca

Debido al aumento significativo de usuarios y número de transacciones entre ellos, la Big data se consolidará como una herramienta clave para la banca, por lo que se requerirá de su adaptación paulatina a la misma. Los productos tales como el pago móvil, billeteras en divisas, tarjetas de crédito prepagadas y la posibilidad de optar a préstamos son resultado de un análisis certero de esta información con el fin de satisfacer las necesidades de los usuarios.

Adicionalmente, por medio de estas aplicaciones se permite la actualización de los consumos, dirección e ingresos de los usuarios, redirigiendo estrategias de marketing y promoción de productos con el fin de captar *leads* y expandirse en el sector. Sin embargo, no se puede dejar de lado la importancia de la seguridad de los datos y del uso adecuado que se le da a los mismos, ya que usar los mismos para ir más allá de lo acordado no solo puede generar incomodidad en los usuarios, sino el riesgo del robo de datos y una sensación de vulnerabilidad muy difícil de superar.

A medida que la digitalización avance y disminuya el uso de medios físicos de pago, la Big data se mantendrá en constante actualización, por los nuevos movimientos y transacciones que puedan hacer los usuarios a través de los dispositivos móviles y *wallets* digitales, ya que pueden trabajar incluso con tecnología *contactless*, que implica la misma transferencia de data pero por medios electrónicos.

Debido a estas condiciones, también es necesario que el personal bancario reciba los cursos y capacitaciones necesarias para manejar los sistemas de procesamiento de la Big Data que puedan utilizar, ya que deben adaptarse a lo que la banca requiera. Un

ejemplo de ello es que para adaptar el Zoho CRM⁷ a una empresa, puede tomar de un mes, a mes y medio, dependiendo de las especificaciones que necesite cada departamento, el volumen de datos a manejar, manejo de incidencias, solicitudes especiales, etc. Cabe recordar que es el sistema el que debe adaptarse al cliente, para que el mismo pueda hacer frente a las necesidades de sus usuarios.

2. Protección de datos. Derechos del titular de la información

Gracias al crecimiento de la banca online y la implementación de la banca móvil, los entes bancarios recogen datos de muchas fuentes en tiempo real, tales como las transacciones de negocios o información recibida a través de las redes sociales para almacenarla, procesarla y darle una posterior utilización que se traduce en mayor transparencia, descubrimiento de necesidades concretas de sus clientes, mejor rendimiento y segmentación de poblaciones para ofrecer servicios diferenciados, de acuerdo a las necesidades de cada grupo.

Datos sobre cada usuario del sistema financiero se recogen a diario a través de operaciones cotidianas que se realizan de manera frecuente al utilizar una tarjeta de crédito, al completar una encuesta en el portal web de la institución bancaria de confianza, al hacer pagos durante un viaje vacacional o realizar el envío de un correo electrónico, además de la gran información que proporcionan las personas mediante la huella digital que deja el uso de diferentes navegadores y las redes sociales.

Mientras que algunos de estos datos requieren de la autorización del titular para ser utilizados o incluso recolectados por terceros, otro tipo de datos pueden tomarse sin que su titular esté en conocimiento de ello. Sin necesidad de profundizar demasiado, la banca conoce datos demográficos como el género, edad y nivel de ingresos económicos de sus clientes; pero más allá de ello, posee una ventaja competitiva al obtener datos sobre las preferencias de cada consumidor, los productos que le atraen o el tipo de plataforma que prefiere para efectuar sus compras, lo que con el respectivo análisis, proporciona información sobre los gustos y preferencias del consumidor, aportando una mejora en sus modelos de negocio, productos y servicios lo que en definitiva, le genera importantes beneficios.

Señala oportunamente Aristeo García González:

Cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada, aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo

⁷ Software para sistemas de ventas en línea que permite gestionar las ventas, el marketing y el soporte en una sola plataforma de CRM (*Customer Relationship Management*).

control, por su variedad y multiplicidad y que hoy, además de tomar conciencia de ello, comienzan a exigir un reconocimiento sobre el uso y control de sus datos.⁸

A su vez, el artículo 4º del Reglamento UE 2016/679⁹ en materia de protección de datos personales, aporta las siguientes definiciones:

Se entiende por datos personales toda información sobre una persona física identificada o identificable y («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Prosigue Aristeo García González, citando a Benda: “el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien en que se pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmite.”¹⁰

De acuerdo a los Estándares de Protección de Datos Personales publicados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos, el tratamiento es:

Cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados y aplicadas a datos personales, como la recolección, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.¹¹

Como acertadamente destaca Aponte¹², citando el Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la protección de datos personales se puede definir como:

⁸ García, Aristeo. «La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI un estudio comparado.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2007: 743-778. P.752.

⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁰ García, Aristeo. *Op. Cit.* P. 763.

¹¹ Red Iberoamericana de Protección de Datos. «Estándares de Protección de Datos Personales.» 2017. https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf.

¹² Aponte, Emercio. «La importancia de la protección de datos de carácter personal en las relaciones comerciales. Aproximación al Derecho venezolano.» *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, 2007. P.110. En cuanto a este tema, el autor acoge esta definición aceptando como únicos sujetos de protección a las personas naturales. No obstante, hace referencia al Anteproyecto de Ley de Protección de Datos y Habeas Data para Venezuela que extendía la misma a los datos pertenecientes a las personas jurídicas incorporales, al igual que lo hace la legislación vigente en países como Argentina y Colombia; lo cual no ocurre en el caso europeo, donde se restringe la protección a la persona física de manera exclusiva, tal como lo expresa el Reglamento UE 2016/679 en su artículo 1. En este sentido, una corriente de la doctrina (quienes no incluyen a las personas jurídicas dentro de la protección de datos personales) ha aceptado el criterio de que puedan reclamar por el uso indebido de la información relacionada con ellas, conjuntamente con los daños y perjuicios derivados de tales conductas, pero vistos desde la óptica del hecho ilícito. Y otro sector, se ha pronunciado por la incorporación de las personas morales dentro de esta protección, posición que consideramos más acertada.

El amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros no autorizados, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

Así pues, el derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar la esfera individual.

En este sentido, la protección de datos personales comienza a dar sus primeros pasos en Alemania, cuando en 1970 se promulga la *Datenschutz*, como la primera legislación en la materia, mediante la cual se pretendía dar protección a las personas naturales ante el riesgo que constituía el tratamiento sistematizado de datos nominativos por las autoridades gubernamentales.¹³

Los vertiginosos progresos informáticos dieron paso a un aumento de capacidad de acceso a la información, con la evidente necesidad de sistematizar su contenido a través de grandes bases de datos, que los legisladores europeos se vieron en la necesidad de regular, al tiempo que permitieron al titular de dichos datos la facultad de gozar de derechos de información, acceso, rectificación y cancelación sobre los datos obtenidos, manifestando un genuino interés por brindar garantías ante el tratamiento de los denominados “datos sensibles”, entendidos como aquellos que por su naturaleza exigen un tratamiento más cuidadoso, ya sea porque lesionan potencialmente la intimidad de la persona, o bien porque la exponen a prácticas discriminatorias.

Lo que comenzó en Francia en 1978, se concretó inicialmente en Europa con el Convenio 108, adoptado por la Comunidad Económica Europea en 1981, figurando como el primer instrumento internacional que procuraba reglar el tratamiento automatizado de datos correspondientes a personas naturales, desde una perspectiva que trasciende la legislación interna y cuyo contenido influenció diversas legislaciones europeas de la época. El ámbito de aplicación del Convenio comprendía el procesamiento de datos desde su almacenamiento hasta el borrado, inclusive.

No obstante, con el paso del tiempo la eficacia del Convenio fue diluyéndose, dando paso a la Directiva 95/46/CE, que luego fue sustituida por el Reglamento UE 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de fecha 27 de abril de 2016, cuya aplicación comenzó el 25 de mayo de 2018.

¹³ Cerda, Alberto. «Mecanismos de Control en la Protección de Datos en Europa.» *Ius et Praxis*, 2006: 221-251P.222.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia y los textos constitucionales de países como Portugal, España, Hungría, Suecia, Finlandia y Venezuela, han reconocido la existencia de un derecho específico en relación con la protección de las personas ante el tratamiento de los datos personales que les conciernen, lo que en doctrina se alude como “autodeterminación informativa” o “libertad informativa”¹⁴, cuya naturaleza es propia y separada del derecho a la intimidad, siendo ejercido bajo la figura del Habeas Data.

En la banca, la protección de datos se ve reflejada también en el establecimiento de registros de información crediticia o registros de solvencia que permiten a las instituciones bancarias obtener un perfil del individuo, con el objeto de valorar su calidad patrimonial y comportamiento crediticio, contexto en el cual debe respetarse al particular en la búsqueda de la estabilidad del sistema financiero y en el interés de encontrar mecanismos que faciliten el acceso al crédito.

“El cliente actual tiene un perfil más heterogéneo, más exigente, menos conformista, menos fiel, más voluble y más difícil de alcanzar.”¹⁵ por lo que el afán de los bancos es garantizar tanto el cumplimiento de la ley como el innovar, a fin de dar un enfoque al cliente creando una experiencia grata, con una atención y servicio de calidad, pero sobre todo con garantías de seguridad en el manejo de la información.

Tal como se ha señalado, el derecho a la intimidad ha alcanzado en la sociedad de la información nuevos matices, lo que ha implicado que además del rechazo de invasiones en su ámbito privado, el individuo cuente con un derecho de control y acceso de toda información relativa a su persona, lo cual constituye un auténtico derecho fundamental protegido y garantizado constitucionalmente. Por tanto, resulta esencial para el titular de los datos personales recogidos, que se reconozcan y garanticen los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y objeción sobre dicha información. Estos derechos pueden desglosarse como:

a) Derecho a la información: contempla la comunicación al titular de los datos sobre el hecho mismo de la recolección, bien sea de forma directa o a través de terceros, con un detalle sobre las respectivas operaciones de tratamiento.

b) Derecho de acceso al interesado: a través de los cuales se le da la posibilidad al titular de acceder a los responsables del tratamiento, la finalidad de su procesamiento y el destino que se les dará, además de la lógica que subyace a todo tratamiento, resguardando debidamente el secreto comercial y respetando los derechos de propiedad intelectual relacionados.

¹⁴ Cerda, Alberto. *Op.Cit.* P. 226.

¹⁵ Hernández, Carlos, Raúl Arano, y Luis Cruz. «Estrategias aplicadas al Big Data para favorecer la atención en el servicio al cliente en empresas que ofrecen servicios financieros.» *Ciencia Administrativa*, 2020: 41-54. P.53.

Este derecho contempla además, la facultad personalísima que posee el titular de dirigir a la institución bancaria responsable del tratamiento, una solicitud de información relacionada con esta actividad.

c) Derechos de rectificación y cancelación: relacionados con los derechos de bloqueo y notificación a terceros a quienes se les hayan comunicado los datos antes de la rectificación, supresión o bloqueo de los mismos y representa la posibilidad del usuario de los servicios bancarios de exigir a la institución responsable del tratamiento que cumpla con el principio de calidad, corrigiendo cualquier error u omisión ajustando los datos obtenidos a la realidad o exigiendo la exclusión de los datos errados o en los cuales no tenga interés en que puedan ser tratados, ejerciendo lo que se conoce como derecho de cancelación.

d) Derecho del interesado a oponerse al tratamiento de ciertos datos que le conciernen y que no está interesado en divulgar.

e) La prohibición de que el titular sea sometido a decisiones con efectos jurídicos fundadas únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos.

f) Derecho al olvido: referido a la supresión de los datos personales que hayan sido recolectados cuando se haya retirado el consentimiento otorgado inicialmente y no exista otro fundamento jurídico para que continúe su tratamiento; cuando ya no cumplan la finalidad para la cual fueron obtenidos, cuando el interesado se oponga al tratamiento y no subsistan motivos legítimos para ello, o cuando estos hayan sido obtenidos de manera ilícita o divulgados contra la voluntad de su titular.

Tal como puede observarse el derecho fundamental a la intimidad ha evolucionado hacia una concepción más amplia y dinámica que ha encontrado con el acceso a las nuevas tecnologías, nuevos mecanismos de protección, por cuanto consideramos que más allá del reconocimiento, es menester que se garanticen mecanismos que puedan hacer frente a su incorrecto uso y manejo.

2.1. Principios que orientan el tratamiento de datos

De acuerdo con Cerda¹⁶ y Aponte¹⁷, los principios asumidos por la antigua Directiva 95/46/CE que a nuestro criterio resultan perfectamente acogidos por el Reglamento UE 2016/679 y por lo tanto pueden considerarse aplicables por la banca para el tratamiento de datos personales, son los siguientes¹⁸:

¹⁶ Cerda, Alberto. *Op. Cit.* P. 230 y ss.

¹⁷ Aponte, Emercio. *Op. Cit.* P. 113 y ss.

¹⁸ Véase *infra*, 3.1. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N°1318, de fecha 04 de agosto de 2011, se pronunció sobre este particular al referirse a las instituciones del sector bancario y el procesamiento de datos personales.

a) Principio de licitud y lealtad: el tratamiento de datos personales de los usuarios del sistema bancario debe realizarse con estricto apego al ordenamiento jurídico y bajo los estándares de la buena fe.

b) Principio de información en la recolección de datos: corresponde a la banca, como responsable del tratamiento de los datos informar al titular, previo al tratamiento, sobre la existencia del mismo, su finalidad, destinatarios de la información, de la potestad que tiene el usuario de abstenerse a suministrar ciertos datos, si fuere el caso, y sus derechos de acceso, rectificación y cancelación al respecto.

c) Principio de la calidad de los datos: la información proporcionada por el usuario de los servicios bancarios debe representar fielmente la realidad que predica, guardando la pertinencia que se aparte de los excesos respecto al ámbito y objetivo para el cual fueron recolectados los datos, estando obligados los responsables de su tratamiento a velar por la exactitud y actualización de los mismos por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad que motivó su registro.

La utilización de datos erróneos, puede afectar negativamente no sólo a los clientes, sino que también puede llegar a incumplir alguna regulación. En relación con las consecuencias negativas para los clientes sobre el manejo de información incorrecta, podría resaltarse el ejemplo de las empresas de generación de récords crediticios, conocidas como buró de crédito, que no hayan depurado correctamente la información obtenida de internet y que gracias a ello, perjudiquen a un determinado cliente.

d) Principio de consentimiento informado del titular de los datos: sólo puede efectuarse el tratamiento cuando el titular lo consienta expresamente, siendo informado de forma anticipada del propósito del almacenamiento de los datos y su posible comunicación a terceros. Admitiéndose la hipótesis de que puede prescindirse de tal consentimiento en atención a la fuente de la cual ha sido tomada la información o de los intereses individuales o sociales estimados prevalecientes, lo cual puede ocurrir en casos de recolección de datos para el ejercicio de actividades propias de la Administración Pública o cuando los datos procedan de una fuente pública.

Tal como destaca Aponte, el titular es el único con la facultad de decidir cómo, cuándo, dónde y quién trata sus datos personales, suministrando para ello una manifestación de su consentimiento que puede ser expresa, cuando se declara aceptar de forma transparente e inequívoca el tratamiento o cesión de sus datos, lo cual podría hacerse de forma verbal o escrita, mientras que el consentimiento tácito se puede inferir a través de la exteriorización de un comportamiento que demuestra aceptación, o a través del silencio o falta de oposición.¹⁹

¹⁹ Aponte, Emercio. *Op. Cit.* P. 114.

e) Principio de la seguridad de los datos: el responsable de los datos deberá adoptar medidas de seguridad de diversa índole: físicas, referidas a la infraestructura que las resguarda, lógicas, con atención a las precauciones técnicas adoptadas (soporte, acceso, entre otras) y de índole normativo.

f) Principio de la confidencialidad de los datos: es la obligación de reserva respecto al contenido de la información procesada, la cual recae sobre el responsable del banco de datos y todas aquellas que intervienen en este proceso de manera directa; la cual subsiste después de la cesación de dichas funciones.

g) Principio de finalidad: si los datos fueron proporcionados por su titular, autorizando el tratamiento de los mismos con determinados objetivos, su uso para un fin distinto a este es ilegal, salvo excepciones legales en contrario.

h) Principio de especial protección a los datos sensibles: el tratamiento de este tipo de datos requiere de consentimiento expreso de su titular, en el entendido que dada la naturaleza de esta información, su conocimiento o divulgación puede atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad de aquél a quien conciernen.

2.2. Riesgos a los que se encuentran sometidos los datos personales en la banca

Bajo la confianza que impera en las relaciones del usuario de productos financieros y la institución bancaria que ha seleccionado para depositar su dinero, el usuario entrega toda la información que le es requerida y en la actualidad, la tecnología ha abierto la puerta para que se puedan realizar distintas prácticas sobre los datos personales de un individuo. Sin embargo, el usuario desconoce en muchos casos el uso que se le pueda dar a dicha información y lo que no es menos importante, la afectación que pueda producirle las conclusiones que arroje el tratamiento de sus datos personales.

Debe constituir un compromiso y un deber serio para la banca desplegar todos los mecanismos necesarios para que su actividad no amenace ni lesione derechos humanos como la privacidad, la intimidad, la no-discriminación y la autodeterminación informativa.

El tratamiento inadecuado de datos personales suministrados por los usuarios, conduce a una serie de riesgos que el autor Nelson Remolina Angarita²⁰ analiza desde una óptica aplicable al caso colombiano. No obstante, la Profesora Nayibe Chacón Gómez durante su ponencia titulada “Ley sobre protección de datos y la contratación

²⁰ Remolina, Nelson. «Data Protection: riesgos y desarrollos (énfasis en el caso colombiano).» *Revista Chilena de Derecho Informático*, 2005: 111-134.

comercial: una tarea pendiente” dictada durante las VI Jornada de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, celebrada de manera virtual el 06 diciembre de 2023²¹, consideró aplicables estos criterios a la situación venezolana actual, aportando una clasificación más resumida de los riesgos analizados, los cuales catalogó como: a) Riesgos en cuanto a la propia información; b) Riesgos de la tecnología; y c) Riesgo de ser víctima de delitos.

Respecto a la primera categoría de riesgos, se reconoce que el abanico de datos sobre una persona suele ser extenso e implicar una serie de datos que revelan información familiar, transacciones financieras, gustos, preferencias de compra, situación de salud, *hobbies*, procesos judiciales, condenas penales, entrando además en el delicado concepto de los datos sensibles, donde se incluyen las creencias religiosas, las ideas políticas, e inclusive, las preferencias sexuales, lo cual podría producir consecuencias positivas o negativas para el titular de dicha información, de acuerdo a la identidad y objeto de quien realice el respectivo tratamiento.

Un dato que pueda ser catalogado como sensible para una persona, podría no serlo para otra y es que como acertadamente indicó la profesora Nayibe Chacón Gómez en la referida Jornada, un dato sensible podrá identificarse según su capacidad potencial de generar daño o no, a una determinada persona.

En la misma línea, se encuentra la publicación de información errónea, inexacta, incompleta, desactualizada o parcializada, lo cual comprometería directamente el honor, la reputación e inclusive hasta la libertad de un individuo. Cuando erróneamente se califica a un cliente como deudor en una base de datos, o se le mantiene en ella aún mucho tiempo después de haber cumplido con la totalidad de sus obligaciones, implica no sólo cerrarle las puertas del sistema financiero por tener un deficiente récord crediticio, sino afectar su honor, su credibilidad, desvaneciendo su solvencia injustamente.

Paradójicamente, sigue siendo una carga del ciudadano velar por la veracidad de la información de su propiedad que se encuentra en las más diversas plataformas y ejercer los mecanismos adecuados para que en caso de errores, sea rectificadas o suprimidas, lo que representa en muchos casos una gran brecha para el acceso a la justicia para quienes no posean el conocimiento o los recursos necesarios para llevar a cabo todas las actuaciones pertinentes, lo que representa a la fecha un desafío para el legislador venezolano.

²¹ Chacón, Nayibe. «Ley de Protección de datos y la contratación comercial: una tarea pendiente.» *VI Jornada de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*. Caracas, 06 de diciembre de 2023. Video. <https://www.youtube.com/watch?v=zqWWaNJQJno&t=4797s>

Al hacer referencia al segundo grupo de riesgos, entendidos como riesgos de la tecnología o riesgos tecnológicos, resulta evidente la gran capacidad de los dispositivos, sistemas y la Big Data para almacenar y procesar información de la más variada índole, lo cual ha aumentado considerablemente desde el surgimiento del uso masivo de la inteligencia artificial y la facilidad que existe actualmente para acceder a todo este torrente de información, riesgo que aumenta cuando un solo dato podría permitir la interconexión de muchas otras bases de datos, revelando una copiosa cantidad de información sobre la persona de su titular.

El cruce de esa información podría generar lo que Remolina Angarita denomina un “perfil virtual”²², que el receptor de esos datos podría construir sobre un determinado individuo, lo que sería positivo o perjudicial, de acuerdo al tipo de información y la exactitud que posea.

Al hablar sobre el tercer grupo de riesgos, es decir, los riesgos a ser víctima de delitos, la banca encuentra en esta categoría su aspecto más vulnerable en cuanto al tratamiento de datos personales, pues resulta obvio que una institución financiera conserva información certera de la cantidad de dinero que cada uno de sus clientes posee, los movimientos que realiza, sus gustos, preferencias, patrones de consumo, entre otros que se han mencionado en el curso de esta investigación.

El crecimiento descontrolado de la información disponible ha provocado un aumento de la complejidad y sofisticación de los mecanismos del crimen organizado y las actividades fraudulentas, lo que obliga a los bancos a realizar la dura tarea de detectar el fraude bancario en internet, mejorando los procesos de análisis de la información y utilizando mecanismos de ciberseguridad que optimicen la prevención de ataques de hackers, el ciberespionaje, utilización de *phishing*, *ransomware*, entre otros, a través de la identificación temprana de lagunas, fortalezas, debilidades y riesgos de sus sistemas en línea, máxime cuando la comisión de delitos informáticos sirve de puente para otros delitos, tales como la piratería, la extorsión, sustracción de fondos de las cuentas bancarias y demás prácticas de corrupción.

Las instituciones financieras buscan proporcionar seguridad a sus clientes y dar máxima prioridad al control de sus productos, debido al creciente fraude financiero. Ahora más que nunca, los bancos han puesto regulaciones en cuanto a la verificación de la identidad de todos sus clientes, ya que el robo de identidad también es una de las mayores fuentes de fraude y de brecha de los sistemas informáticos.

²² Remolina, Nelson. *Op. Cit.* P.122.

La banca tiene el deber de proteger la información que le ha sido confiada y que de primera mano obtiene, a fin de que evitar que sus clientes y relacionados sean objeto de extorsiones, sabotajes, discriminaciones, amenazas o daños a su patrimonio o a su vida, derivados de un tratamiento negligente de la información que poseen en calidad privilegiada. En caso de robo de datos, la respuesta del banco debe ser efectiva, actuando tanto a petición del usuario como de manera autónoma al detectar actividades sospechosas, notificando al usuario afectado, quien deberá decidir si los hechos configuran o no, un caso sospechoso para activar las medidas correspondientes en caso de serlo²³.

El manejo de los datos personales por la banca, deberá hacerse bajo el marco de la responsabilidad, a fin de impedir su alteración, pérdida, acceso o tratamiento no autorizado, donde constituya un auténtico deber la constante actualización de datos financieros relativos al récord crediticio, historial de pagos, entre otros aspectos, cuya falta de veracidad pudieran producir un perjuicio al cliente, por lo que deberá darse información veraz y oportuna al interesado sobre el contenido de los datos almacenados y el respectivo uso que se les dará, actuando aún de oficio para corregir la información errónea, incompleta o vetusta, capaz de afectar al particular en el ejercicio de sus actividades.

Asimismo, resulta evidente que una nueva Ley de Protección de Datos deberá establecer severas responsabilidades civiles, penales y administrativas para las instituciones que ejecuten un tratamiento irresponsable de la información suministrada, entendiendo siempre que es la persona y no el banco, el titular de dichos datos individuales.

Es oportuno señalar que los daños que puedan sufrir las personas titulares de datos personales han de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos; el cual sólo podrá ser eximido de responsabilidad si se demuestra que no le es imputable el hecho que ha provocado el daño, bien sea por la responsabilidad del propio interesado o por un caso de fuerza mayor, con la oportuna aplicación de sanciones para los responsables.

Como puede verse, lo que se persigue no es otra cosa que un tratamiento ético y responsable de datos rodeado de todas las garantías que protejan al usuario de los servicios bancarios en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales a la intimidad, privacidad y autodeterminación informativa, sin que se le exponga injustamente

²³ En julio de 2023, el diario El Nacional publicó un artículo donde se hacía referencia a un presunto ataque cibernético sufrido por el Banco de Venezuela, mediante el cual un grupo de piratas informáticos se atribuía el robo de la data sobre los clientes del banco. A su vez, la entidad financiera negó la veracidad de tales hechos, manifestando que sus plataformas operaban con normalidad, sin que ello privara a los particulares de sentir temor por el riesgo a la exposición de su información personal. Véase: De Jesús, Luis: "Hackers publicaron datos confidenciales de clientes del Banco de Venezuela", El Nacional, 14 de julio de 2023, <https://www.elnacional.com/venezuela/hackers-publicaron-datos-confidenciales-de-clientes-del-banco-de-venezuela/>.

a riesgos, discriminaciones o a ser víctima de actividades delictivas, entendiendo que no puede pretenderse que deje de usarse la tecnología para la recolección de datos que beneficien a las empresas y produzcan un aumento de la generación de empleos, del crecimiento económico y la libre competencia para proporcionarle a los ciudadanos el disfrute de servicios bancarios de la mejor calidad y con la mayor transparencia.

3. El caso venezolano: el procesamiento de datos y la protección al usuario del sistema bancario

Aunque la protección de datos en Venezuela carece de regulación propia con normas de carácter específico, constitucionalmente la protección de datos y acceso a la información se consideran derechos fundamentales. El punto de partida es el artículo 28 de la Carta Magna:

Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Además, el artículo 60 establece que:

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.

Del contenido de los artículos anteriores se infiere, *-grosso modo-*, lo siguiente:

1. Que la protección de datos es un derecho fundamental de carácter personalísimo basado en la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de los individuos.
2. Que toda persona tiene el derecho de acceder a la información que sobre sí mismo conste en registros oficiales o privados.
3. Que toda persona tiene el derecho de saber la finalidad para la cual fueron recabados sus datos y el uso que se les dé a los mismos.
4. Que la misma Constitución establece los límites a su ejercicio al señalar que hay determinadas restricciones a este derecho de acceso a la información.

5. Que la competencia para el ejercicio efectivo del derecho a la protección de datos personales le corresponde a los Tribunales de la República. Ergo, su protección es jurisdiccional y no administrativa, sin que ello signifique negar la posibilidad de materialización de este último supuesto.

Y esto se concatena con el artículo 143 *ejusdem*:

Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, **tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.** No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad. (Destacado nuestro).

Con este basamento constitucional, surgieron una serie de leyes y normas posteriores, que, si bien no regulan las mismas materias, coinciden en integrar los principios de conocimiento de la información, confidencialidad de la información, protección de datos y límites en el uso de la información de los particulares. Propicio resulta mencionar a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁴, que establece que:

Artículo 167: Toda persona tiene derecho a conocer los datos que a ella se refieran así como su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados; y, en su caso, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos cuando resulten inexactos o agraviantes. El Habeas Data sólo podrá interponerse en caso de que el administrador de la base de datos se abstenga de responder el previo requerimiento formulado por el agraviado dentro de los veinte días hábiles siguientes al mismo o lo haga en sentido negativo, salvo que medien circunstancias de comprobada urgencia.

Tal como se observa, el primer aparte de este artículo desarrolla de forma consona con la Carta Marga el derecho al acceso a los datos personales, mientras que, el segundo aparte abarca el mecanismo de protección de los datos personales cuando se presuma su agravio, que consiste en la acción judicial de Habeas Data, en el que ahondaremos seguidamente.

²⁴ Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario, de fecha 19 de enero 2022.

3.1. Habeas data en la Sentencia SCTSJ N°1318 de fecha 04 de agosto de 2011

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N°1318 del 04 de agosto 2011 (en lo adelante, SCTSJ N°1318 04/08/2011), fijó el criterio vinculante en cuanto a la protección de datos en materia bancaria, desarrollando el contenido del ejercicio del Habeas Data y haciendo especial referencia al Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI).

Señala esta sentencia que la protección de datos de carácter personal constituye un derecho fundamental autónomo cuya finalidad es permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, evitar que los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados.

A su vez, el juzgador hace referencia a la sentencia N° 332/01, en la que se analiza que el precitado artículo 28 constitucional otorga dos derechos simultáneos: En primer lugar, el derecho que posee el individuo de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes consten en registros oficiales o privados y en segundo lugar, al derecho de conocer la finalidad y uso que da el compilador a estos datos e informaciones, reconociendo a su vez el derecho implícito contenido en la norma de recopilar información sobre las personas y sus bienes.

El juzgador avanza extendiéndose hacia la interpretación del *habeas data*, precisando que el ejercicio de las acciones derivadas del mismo no funcionan en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos o anotaciones en papeles domésticos o comerciales, sino que opera en cuanto a sistemas (no sólo informáticos) que organicen por cualquier método la información relativa a las personas o sus bienes, para un beneficio particular o de terceros y que pudieran resultar perjudiciales contra aquellos a quienes se refiere la recopilación. Se trata entonces de bancos de datos ordenados de forma tal que permitan hacer un perfil de las personas, sus actividades o sus bienes, destinados a inscribir documentos, operaciones o actividades de las personas en determinados campos capaces de determinar ciertos patrones.

Del análisis de esta decisión jurisprudencial, se extraen cinco supuestos generales que deben materializarse para que pueda ser ejercido el *habeas data*:

1. Que la recopilación de datos no sea aislada, mental o tenga como fin su uso personal, de estudio, cultural o espiritual.
2. Que la recopilación de datos tenga como fin obtener información general sobre una persona, sus bienes o actividades, organizados de forma sistemática y que permitan elaborar perfiles sobre los titulares de los datos, bien sea por sí sola o entrecruzada con otras bases de datos.

3. Que la información debe, necesariamente, estar organizada sistemáticamente, más no obligatoriamente a través del uso de la informática.
4. Que el uso de la información recopilada sobre una persona sea o pueda ser perjudicial contra sí misma.
5. Que el ejercicio del *habeas data* no constituye una violación del derecho a la privacidad, ya que respecto a este último se aplican las limitaciones reconocidas por la ley.

Retomamos el análisis del juzgador en la SCTSJ N°1318 04/08/2011, que expresamente sobre la materia bancaria advierte lo siguiente:

(...) la regulación no va dirigida exclusivamente a la actividad de los órganos y entes públicos, sino por igual a la actividad desarrollada por particulares que se vinculen o incida sobre el derecho a la protección de datos personales como por ejemplo puede evidenciarse, en el sector bancario, que cuentan con un Sistema de Información Central de Riesgos, pero el cual no constituiría una garantía real para los usuarios, si sistemas de información paralelos, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas” no ofrecen una protección debida de los datos, bajo los siguientes principios.

Esta precisión reafirma la responsabilidad de las instituciones del Sector Bancario e instituciones paralelas de contar con sistemas orientados a la protección de datos, específicamente en el Sistema de Información Central de Riesgos, objeto de consulta por todas las instituciones bancarias. Estos sistemas de bases de datos personales deben contar con una serie de garantías concretas, y así lo expresa el aludido fallo cuando reconoce que del Texto Constitucional derivan las condiciones mínimas de garantía relativas al derecho a la protección de datos personales, las cuales resultan aplicables en términos generales a todos los sistemas de bases de datos personales que sean objeto de tratamiento electrónico o no, salvo las excepciones que al efecto establezca la ley.

Las garantías a las que se refiere este fallo corresponden a los principios que orientan el tratamiento de datos personales de acuerdo con la legislación europea y de la mayoría de los países que cuentan con legislaciones específicas en la materia, las cuales, como se indicó previamente, responden a los parámetros relativos al principio de autonomía de la voluntad o del consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el tratamiento de datos personales; el principio de legalidad que permita la recopilación de datos; el principio de finalidad y calidad, que orienta una causa de recopilación con apego a las leyes y la exactitud, vigencia y veracidad de la información recabada.

La Sala hace énfasis en el principio de temporalidad, que exige que la conservación de los datos personales se extienda hasta el logro de los objetivos que justificaron su obtención y tratamiento, que en materia bancaria se aplica en los casos donde un

particular ha incurrido en mora o retardo en el cumplimiento de una obligación crediticia y se le incluye en el Sistema de Información Crediticia (SICRI) como “deudor moroso”, pero de acuerdo al cual, una vez realizado el pago de las respectivas acreencias debe ser retirado de tales registros, en sintonía con lo planteado por la Sentencia de la Sala Constitucional N°4.796/07, que subraya el derecho de toda persona a que la información que sobre sí misma se recoja en cualquier base de datos pública o privada, sea debidamente actualizada inclusive de oficio.

Por otra parte, el principio de exactitud y de autodeterminación le da relevancia al manejo de datos exactos, completos y actualizados con procedimientos claros que le permitan al titular determinar el tratamiento que reciben tales informaciones, la finalidad de su recopilación, teniendo la posibilidad de solicitar en todo momento su actualización, rectificación o eliminación, haciéndola del conocimiento de todos aquellos que tuvieron la oportunidad de conocer la información errónea.

Con respecto al principio de previsión integralidad o el conocimiento del titular sobre toda la información que repose en todos aquellos sistemas de recopilación que contengan datos sobre una misma persona, la Sala manifestó en relación al Sistema de Información Central de Riesgos, el deber de incluir además de los usuarios que representan “sujetos riesgosos” según los criterios de la legislación financiera, a aquellos sujetos que mediante sentencia definitivamente firme, hayan sido condenados por delitos que atenten contra la integridad en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, lo que se extiende a aquellas personas sometidas a intervenciones o procesos de liquidación.

El sentenciador alude además al principio de seguridad y confidencialidad, impidiendo la alteración de datos por terceros y el acceso no autorizado a los mismos. Asimismo, enfatiza el principio de tutela, que reconoce la necesidad de que los titulares sean provistos de mecanismos judiciales y extrajudiciales que garanticen su derecho a la protección de datos, con una respuesta oportuna, que en atención al principio de responsabilidad, sancione proporcionalmente de manera civil, penal y administrativa a quienes hayan realizado un tratamiento negligente de los datos suministrados

3.2. Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI)

El Sistema de Información Central de Riesgos (en lo adelante, SICRI), se encuentra regulado en el artículo 88 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, como:

(...) una base de datos o registro de la actividad crediticia del sector bancario nacional bajo la responsabilidad de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, el cual permite consultar la situación crediticia de los distintos usuarios y usuarias de las instituciones y cuya finalidad es precisar los niveles de riesgo.

Como bien lo precisa el primer apartado del artículo, es una base de datos que recopila la información crediticia de distintos usuarios y que podrá ser utilizada por las instituciones que componen al Sector Bancario exclusivamente para asignar niveles de riesgo según los procedimientos establecidos para tal actividad. Es decir, no podrá ser utilizada la información allí contenida para fines diferentes, como la negación de productos o servicios financieros.

Todas las entidades reguladas por la citada ley están en la obligación de proporcionar la información necesaria para complementar la base de datos, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y usuaria para la prevención de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario según el juicio del ente regulador; y así lo expresa el artículo 89 *ejusdem*. Como garantía al derecho de protección de datos, -médula espinal de las instituciones financieras-, en el mismo artículo se le otorga potestad a la SUDEBAN para suministrar la información contenida en el SICRI a los usuarios afectados.

Como corolario de lo anterior, las instituciones financieras tienen prohibido informar a otras personas, naturales o jurídicas, así como a Organismos Públicos o Privados, salvo que sea al mismo usuario, a la Superintendencia correspondiente, al Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados expresamente por la Ley de Instituciones del Sector Bancario, salvo que el usuario dé autorización escrita que autorice su difusión, que él mismo podrá revocar posteriormente (art. 90). A esta prohibición la ley la denomina como “prohibición de informar” y no es más que la concreción de las garantías de los principios de la autonomía de la voluntad, legalidad, seguridad y confidencialidad.

3.3. Aplicación del régimen sobre la protección de datos de los usuarios en la banca

El Sector Bancario ha procurado regular la protección de datos de los usuarios a través de disposiciones contenidas en diversas normas. Ese interés sectorial se debe al alto flujo de datos masivos o Big Data que se genera a partir del uso, -por parte de las personas naturales y jurídicas-, de los servicios bancarios y demás servicios conexos ofrecidos por las instituciones financieras de esta naturaleza, cuya recolección inicia en el momento en el que se efectúa el *Onboarding* y se mantiene en constante actualización. Para conocer de qué manera el Sector Bancario regula la materia, es menester partir de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, que en su artículo 86 regula el sigilo bancario.

Artículo 86: Está prohibido a las instituciones bancarias, así como a sus directores o directoras y trabajadores o trabajadoras, suministrar a terceros cualquier información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en el artículo 87 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. (...)

Empero, el secreto bancario no es absoluto ya que la misma ley en su artículo 87 establece sus limitaciones.

A juzgar por la disposición anterior, podría pensarse que el alcance de la protección de datos se limita exclusivamente a la información relacionada a las operaciones pasivas y activas de los usuarios. No obstante, a nuestro modo de ver resulta errónea esta restrictiva línea de pensamiento ya que existe un conjunto de normas emanadas de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) que perfilan, -o complementan, si se quiere- este concepto.

Es en el año 2010, con la Resolución Nro. 641-10 del 23 de diciembre, en la que se publican las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica, cuando se define a detalle qué debe entenderse por “dato sensible”. Según el artículo 2 de esta norma, debe entenderse por dato sensible: “Datos con carácter confidencial del cliente y/o usuario de la Banca Electrónica, tales como número de cuenta; número de identificación personal; claves del cliente; número de tarjeta; código de seguridad de la tarjeta.”.

Aunque el ámbito de aplicación de la norma en cuestión se extiende a los servicios de Banca Electrónica, es necesario hacer una interpretación integradora con el artículo 86 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario para ampliar tanto su conceptualización como su alcance a todo el compendio de servicios ofrecidos por la banca. De este modo, puede extenderse el ámbito de protección a la mayor cantidad de información contenida en las bases de datos de las instituciones financieras, para que, por un lado, los titulares de los datos personales puedan ejercer sus derechos derivados de esta protección, y, por el otro, que esta información sea manejada con la mayor cautela posible por las instituciones de modo que sea utilizada estrictamente para los fines para los cuales fue recabada.

En la Resolución Nro. 063 de fecha 12 de junio de 2015, contentiva de las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, se obliga a los sujetos regulados a salvaguardar los datos personales e información de los productos o servicios mantenidos o que hayan mantenido los usuarios y clientes, así como el manejo de esta información con estricta confidencialidad (artículo 16). También se prohíbe “intercambiar o compartir por cualquier medio los resultados o cualquier información de las solicitudes de financiamiento o crédito, formulados por clientes, usuarios y usuarias que hayan sido negadas en cualquier instancia.” (artículo 58).

Existen también las Normas que regulan el uso de Tecnología Financiera del Sector Bancario, las llamadas FINTECH²⁵, entendidas como un conjunto de disposiciones cuya finalidad principal es “regular los servicios financieros prestados a través de nuevas tecnologías, ofrecidas por Instituciones de Tecnología Financiera en cualesquiera de sus modalidades, a las Instituciones del Sector Bancario; así como su organización, operación y funcionamiento” (Artículo 1).

Si bien su norte principal es regular el uso de las nuevas tecnologías en la banca, el desarrollo de nuevos productos distintos a los servicios tradicionales en aplicación de nuevas tecnologías y el armónico desenvolvimiento de los proveedores de dichos servicios financieros, de alguna manera también responden al deber de proteger la información de los usuarios a través de la implementación de diversos protocolos de seguridad para evitar la fuga de información, transmisión de información de forma inapropiada o indebida, confidencialidad de información o datos sensibles, y salvaguardar la integridad del usuario. Esto se evidencia en varias de sus disposiciones, comenzando por el artículo 3, numeral 20, que define los Datos Masivos:

También llamados agregadores de datos, macrodatos, inteligencia a gran escala o datos a gran escala es un término que hace referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos que precisan de aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos para tratarlos adecuadamente.

Por su parte, el artículo 17, numeral 5, exige a las Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB), desarrollar procesos de seguimiento y revisión de productos, servicios o canales de entrega, que permitan, entre otras cosas velar por el cumplimiento de los requisitos relativos a la protección de datos y protección a los consumidores; más adelante, en consonancia con el artículo anterior, el artículo 23 en sus literales l y m, exigen expresamente que las ITBF cuenten con elementos de seguridad para el acceso a los clientes para evitar vulneraciones e implementar sistemas de cifrado en la transmisión y sistemas de información sensible de los clientes para evitar su conocimiento por terceros no autorizados.

Recientemente, la SUDEBAN publicó una circular que reglamenta el uso de los servicios de computación en la nube²⁶. Esta norma resulta importante para este estudio ya que regula detalladamente el uso de los servicios de computación en la nube en los servicios bancarios y conexos. Pero antes de avanzar con estos lineamientos, es imprescindible entender qué es la computación en la nube y cuáles son sus aplicativos. El

²⁵ Resolución N°001.21 de fecha 04 de enero de 2021, contentiva de las normas que regulan los servicios de tecnología financiera (FINTECH), publicada en la Gaceta Oficial N°42.162, de fecha 06 de julio de 2021.

²⁶ SUDEBAN. Circular N°SIB-II-GGIR-GRT-GGR-GNP-08724, de fecha 29 de diciembre de 2023.

National Institute of Standards and Technology (NIST) y su Information Technology Laboratory²⁷, la computación en la nube se define como:

Un modelo que permite el acceso bajo demanda a través de la red a un conjunto compartido de recursos de computación configurables (redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que se pueden aprovisionar rápidamente con el mínimo esfuerzo de gestión o interacción del proveedor del servicio.

¿Cuál es la relación entre la computación en la nube y la Big Data? La computación en la nube permite el almacenamiento de información en servidores alojados en internet, los cuales gozan de una amplia capacidad, así como flexibilidad y escalabilidad en el uso de los servicios, características que facilitan el almacenamiento de una mayor cantidad de datos (Big Data) y agilizan su análisis.

Ahora bien, precisado el concepto de la computación en la nube y su utilidad, resulta propicio volver a la circular que regula el uso de la computación en la nube de la SUDEBAN. En sus consideraciones previas, el ente regulador expresa su preocupación sobre los riesgos potenciales que supone el uso de la computación en la nube ya que “podrían vulnerar los principios fundamentales de la seguridad de la información relativos a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, en especial a los inherentes a las bases de datos de clientes y la información financiera de los Sujetos Obligados”. Válida resulta tal preocupación ya que, por su característica de uso común y virtualización, es posible que si no se utilizan proveedores de computación en la nube con altos estándares de seguridad, la información podría ser vulnerada.

En consecuencia, el ente regulador exige que los proveedores de servicios de computación en la nube que presten servicios a las Instituciones Bancarias deben estar domiciliados en el territorio nacional; la novedad resulta la prohibición implícita del uso de los servicios de computación en la nube a través de proveedores no domiciliados en el país, como, por ejemplo, Amazon Web Service o Azure, siendo estos dos de los proveedores más recurrentes en este tipo de servicios. La intención de esta exigencia es evitar el almacenamiento de información sensible fuera de nuestro territorio y su uso indebido bajo el amparo de otras legislaciones que quizás no contemplen en su sistema jurídico la protección de datos personales. Otro requerimiento relacionado es el de proteger la información sensible con procesos de generación, transmisión y almacenamiento con el uso de algoritmos cifrados y que el acceso a la base de datos, aplicaciones y sistemas no deberá delegarse en terceros contratados.

²⁷ Mell, Peter; Grance, Tim, *Effectively and Securely Using the Cloud Computing Paradigm* (National Institute of Standards and Technology (NIST), mayo de 2009), XXXX, https://csrc.nist.gov/CSRC/media/Presentations/Effectively-and-Securely-Using-the-Cloud-Computing/images-media/fissea09-pmell-day3_cloud-computing.pdf.

Si bien nuestra legislación resulta un poco escueta en la regulación sobre la protección de datos, hay que reconocer que el Sector Bancario ha hecho un gran esfuerzo en desarrollar con la mayor precisión posible un sistema que permita la protección los datos e información, no solo de sus usuarios sino de los sujetos obligados. Se persigue la confidencialidad, el resguardo de la información a través de sistemas y medios informáticos específicos que gocen de protocolos de seguridad robustos, a los fines de evitar la utilización de la información contenida en sus grandes bases de datos de forma inapropiada, así como su fuga o pérdida todo ello de conformidad con el marco constitucional en la materia. Sin embargo, no existe un procedimiento administrativo específico por si llegase a materializarse estos últimos supuestos, quedando a discreción del ente regulador cual deberá ser el proceder en estos casos.

Así las cosas, tampoco existe un procedimiento administrativo para que los usuarios titulares de los datos formulen denuncias en caso de que la información contenida sobre su persona en las Instituciones Bancarias sea mal utilizada, distribuida, publicada o modificada sin su autorización. No obstante, lo anterior no implica la anulación del derecho de los particulares a solicitar administrativamente la garantía o restitución de sus derechos relacionados con la protección de datos y acceso a la información, como tampoco implica que el ente regulador goce del derecho a negarse a responder dichas solicitudes sólo por la inexistencia de un procedimiento específico, ya que esto significaría negar los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna y además, sería totalmente opuesto a las obligaciones del ente regulador, específicamente en cuanto a proteger los intereses del público se refiere.

CONCLUSIONES

Por su actividad de intermediación dentro del Sistema Financiero, la banca cuenta con el acceso a grandes volúmenes de información sobre sus clientes y relacionados, para cuyo análisis ha recurrido a la Big Data, a fin de obtener mejores resultados en calidad de productos y servicios enfocados en las necesidades de su clientela lo que a su vez, le reporta grandes beneficios. Sin embargo, el usuario del sistema bancario es el verdadero titular de toda la información suministrada y cuenta con derechos fundamentales que abarcan el compás de los principios que orientan su tratamiento y ponen sobre la banca el compromiso ineludible de hacer frente a los riesgos que pueda acarrear un uso negligente de la información que debe procesar de manera ética y responsable, para evitar la exposición de los particulares al fraude informático, reduciendo el margen de acción para el crimen organizado, el financiamiento al terrorismo y demás delitos conexos.

En Venezuela, la Constitución de 1999 incluyó a la protección de datos como el derecho de autodeterminación informativa, como una esfera individualizada del derecho a la intimidad. Sin embargo, hasta la fecha no hay un desarrollo legislativo sobre la materia, más allá de algunas disposiciones aisladas dentro del ordenamiento, lo cual sigue constituyendo una mora del legislador para con los particulares.

No obstante lo anterior, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha partido de un reconocimiento expreso a los derechos fundamentales en esta materia, haciendo oportuna mención a los principios que deben regir la conducta de las entidades bancarias en cuanto al tratamiento de datos personales se refiere y a su vez, estableciendo los límites de la utilización del Sistema de Información de Riesgos (SICRI), cuyo empleo no podrá darse para estigmatizar al individuo negándole el acceso a créditos u otros productos financieros, preservando además el derecho del particular a solicitar la supresión de datos erróneos, vetustos o incompletos que puedan perjudicarlo.

El contenido de diversas Resoluciones y Circulares de la SUDEBAN, reconoce la existencia de tales derechos y procura perfilarlos a la par de las nuevas empresas de servicios de tecnología financiera; mientras que el Sector Bancario tradicionalmente ha realizado loables esfuerzos orientados al mantenimiento de buenas prácticas que protejan los datos personales de los particulares, hasta tanto surja una nueva legislación que sitúe a Venezuela en una posición de verdadero compromiso ante la protección de los matices que el uso de las nuevas tecnologías seguirá aportando al óptimo ejercicio de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aponte, Emercio. «La importancia de la protección de datos de carácter personal en las relaciones comerciales. Aproximación al Derecho venezolano.» *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, 2007: 109-124.
- Banco de Venezuela. *Informe Primer Semestre 2022*. Caracas: Banco de Venezuela, 2022 [https://www.bancodevenezuela.com/files/informesgestion/Memoria%20\(informe%20Junta%20directiva\)I%20Semestre%202022.pdf](https://www.bancodevenezuela.com/files/informesgestion/Memoria%20(informe%20Junta%20directiva)I%20Semestre%202022.pdf).
- Cerda, Alberto. «Mecanismos de Control en la Protección de Datos en Europa.» *Ius et Praxis*, 2006: 221-251
- Chacón, Nayibe. «Ley de Protección de datos y la contratación comercial: una tarea pendiente.» *VI Jornada de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*. Caracas, 06 de diciembre de 2023. Video. <https://www.youtube.com/watch?v=zqWWaNJQJno&t=4797s>
- Chacón, Nayibe. «Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que “precios justos”.» *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017: 141-165.

-
- Cueto, Marta. «Big Data en la banca y sus implicaciones para el futuro.» *Trabajo de Grado. Universidad Pontificia Comillas*. Madrid, 2019.
- De Jesús, Luis. «Hackers publicaron datos confidenciales de clientes del Banco de Venezuela.» *El Nacional*, 14 de 07 de 2023.
<https://www.elnacional.com/venezuela/hackers-publicaron-datos-confidenciales-de-clientes-del-banco-de-venezuela/>.
- García, Aristeo. «La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI un estudio comparado.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2007: 743-778.
- Hernández, Carlos, Raúl Arano, y Luis Cruz. «Estrategias aplicadas al Big Data para favorecer la atención en el servicio al cliente en empresas que ofrecen servicios financieros.» *Ciencia Administrativa*, 2020: 41-54
- Mell, Peter; Grance, Tim, *Effectively and Securely Using the Cloud Computing Paradigm* (National Institute of Standards and Technology (NIST), mayo de 2009), PP.69, https://csrc.nist.gov/CSRC/media/Presentations/Effectively-and-Securely-Using-the-Cloud-Computing/images-media/fissea09-pmell-day3_cloud-computing.pdf
- Red Iberoamericana de Protección de Datos. «Estándares de Protección de Datos Personales.» 2017. https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf.
- Remolina, Nelson. «Data Protection: riesgos y desarrollos (énfasis en el caso colombiano).» *Revista Chilena de Derecho Informático*, 2005: 111-134.
- S/A. Big Data: “¿En qué consiste? Su importancia, desafíos y gobernabilidad”. Power Data, 2023 *Power Data*. 2023. <https://www.powerdata.es/big-data>. (último acceso: 04 de 12 de 2023).

Aspectos legales de la sostenibilidad empresarial en Venezuela

Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 613-638

Resumen: La sostenibilidad empresarial forma parte de la gobernanza corporativa de aquellas empresas comprometidas con el consumo responsable de los recursos disponibles. En algunos países la aprobación de planes y objetivos de sostenibilidad se realizan de forma voluntaria, sin embargo, en otros, es solo una forma de cumplir con la coercibilidad prevista en las normas vigentes. Es por ello que se pretende identificar las normas legales en Venezuela sobre la materia haciendo énfasis en los principales actores involucrados, sus obligaciones, los incentivos y las sanciones previstas con la finalidad de determinar si existe en Venezuela un régimen legal que coaccione a los empresarios a aprobar políticas sobre asuntos relacionados con la sostenibilidad.

Palabras clave: sostenibilidad, sostenibilidad empresarial, empresas verdes

Legal aspects of corporate sustainability in Venezuela

Abstract: Corporate sustainability is part of the corporate governance of companies committed to the responsible consumption of available resources. In some countries the approval of sustainability plans and objectives is voluntary; however, in others, it is only a way of complying with the coerciveness provided for in the regulations in force. For this reason, the purpose of this paper is to identify the legal norms in Venezuela on this matter, emphasizing the main actors involved, their obligations, incentives and sanctions, in order to determine whether there is a legal regime in Venezuela that coerces businessmen to approve policies on sustainability-related matters.

Keywords: sustainability, corporate sustainability, green business.

Recibido: 20/5/2024
Aprobado: 31/5/2024

* Abogado, UCV, 2005. Especialista en Derecho Tributario, UCV, 2012. Estudios de Maestría en Negocios Internacionales, Universidad de Jiangxi en Finanzas y Economía (JUFE), en curso. Profesor de Legislación Fiscal y Derecho Aduanero, Universidad Simón Bolívar, 2009-actual. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Financiero, Universidad Central de Venezuela, 2010-actual. Jefe de Sección de Aduanas y Comercio Exterior, Universidad Simón Bolívar, 2019-actual. Email: echelhod@gmail.com; echelhod@usb.ve

Aspectos legales de la sostenibilidad empresarial en Venezuela

Ezzat Lorenzo Chelhod Beyloune*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 613-638

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Qué se entiende por sostenibilidad empresarial. 2. Dimensiones principales de la sostenibilidad empresarial. 3. La relación de la sostenibilidad empresarial con el derecho. 4. Normas legales sobre la sostenibilidad empresarial en Venezuela. 4.1. Principales actores involucrados. 4.2. Obligaciones legales en materia de sostenibilidad empresarial. 4.3. Incentivos. 4.4. Sanciones.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009) en su preámbulo establece de forma expresa que uno de los objetivos constitucionales es el de promover el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; y dedica un capítulo a los derechos ambientales, el cual comprende a tres artículos que disponen, entre otros aspectos, el derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

Asimismo, se establece la obligación constitucional del Estado de proteger y mantener el ambiente, de desarrollar políticas de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, de exigir que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas estén previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental, y de exigir la conservación del equilibrio ecológico y el restablecimiento del ambiente a su estado natural si éste resultare alterado.

Por parte del Estado se han dictado normas de rango legal relacionadas con el tema de la sostenibilidad como la Ley Orgánica de Ambiente (2006), la Ley de Aguas (2007), la Ley Penal del Ambiente (2012) y la Ley de Bosques (2013), entre otras, cuyo contenido destacaremos más adelante. Pero también han existido otras iniciativas. Por

* Abogado, UCV, 2005. Especialista en Derecho Tributario, UCV, 2012. Estudios de Maestría en Negocios Internacionales, Universidad de Jiangxi en Finanzas y Economía (JUFE), en curso. Profesor de Legislación Fiscal y Derecho Aduanero, Universidad Simón Bolívar, 2009-actual. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Financiero, Universidad Central de Venezuela, 2010-actual. Jefe de Sección de Aduanas y Comercio Exterior, Universidad Simón Bolívar, 2019-actual. Email: echelhod@gmail.com; echelhod@usb.ve

ejemplo, desde el año 2020 hasta la fecha se han celebrado entre las Naciones Unidas y el sector privado venezolano cuatro Foros de Sostenibilidad con la finalidad de agendar acciones en pro del desarrollo empresarial sostenible.

En este orden, debemos también destacar el contenido de dos documentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹, publicados en el año 2023. El primero denominado Principios de Gobierno Corporativo, el cual expuso que además de sus objetivos comerciales, las empresas deben revelar las políticas y parámetros de gestión relacionadas con cuestiones medioambientales y sociales; y el segundo, denominado Libro de Datos de Gobierno Corporativo, el cual, destacó la necesidad de avanzar la transición hacia una economía sostenible, de aumentar la divulgación de información relacionada con la sostenibilidad y de aprobación de planes y objetivos de sostenibilidad.

En este sentido, considerando que la sostenibilidad empresarial forma parte de la gobernanza corporativa de aquellas empresas comprometidas con el consumo responsable de los recursos disponibles; y que en algunos países la aprobación de planes y objetivos de sostenibilidad se realizan de forma voluntaria, pero en otros es una forma de cumplir con la coercibilidad prevista en las normas vigentes, se pretende a continuación explicar qué se entiende por sostenibilidad empresarial, las dimensiones principales de la sostenibilidad empresarial y su relación con el derecho; así como, identificar las normas legales en Venezuela sobre la materia con la finalidad de determinar si existe en Venezuela un régimen legal que coaccione a los empresarios a aprobar políticas sobre asuntos relacionados con la sostenibilidad.

1. Qué se entiende por sostenibilidad empresarial

Ante la escasez de recursos, resulta esencial hablar de sostenibilidad; la cual en ecología y economía, significa “que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente” (RAE, 2023).

En el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987), conscientes de la necesidad de fomentar una acción individual y colectiva, se planteó la necesidad de un crecimiento económico sin descuidar la sostenibilidad social y medioambiental. Cuando se expuso sobre los éxitos y fracasos del mundo y la interconexión, se afirmó que muchos de los esfuerzos hasta la fecha por conservar y mantener el progreso humano, satisfacer las necesidades humanas y realizar las ambiciones humanas están siendo insostenibles.

¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización internacional que, entre otros aspectos, establece estándares internacionales y promueve soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales, económicos y medioambientales. Ver: <https://www.oecd.org/acerca/>

Aunque no fue su intención, del contenido del informa se puede desprender un concepto de sostenibilidad. Como sinónimo de desarrollo duradero, la sostenibilidad podía definirse como un modo de asegurar que el progreso “satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.”

Por lo tanto, la sostenibilidad empresarial podría ser definida como aquella cualidad positiva del empresario dirigida a desarrollar su actividad económica de forma responsable con el medio ambiente y con las generaciones presentes y futuras, ya sea de forma voluntaria o en cumplimiento de una obligación legal.

2. Dimensiones principales de la sostenibilidad empresarial

John Elkington (2004) afirmó que las pautas actuales de creación de riqueza generarán problemas medioambientales y sociales. Por lo tanto, los empresarios y los Estados deben comenzar su transición hacia el desarrollo sostenible considerando estos tres aspectos: el planeta, las personas y el provecho económico, porque los resultados empresariales no solo se deben centrar en garantizar la viabilidad económica a largo plazo, sino también debe buscar promover el bienestar de las personas y las comunidades con las que interactúa la empresa y debe centrarse en minimizar el impacto negativo de las actividades empresariales en el medio ambiente.

Entonces, las dimensiones de la sostenibilidad son tres: la dimensión ambiental, la dimensión social y la dimensión económica. La primera incluye reducir las emisiones de gases efecto invernadero, reducir el consumo de energía y agua, reducir la generación de residuos, entre otras acciones dirigidas a alcanzar la sostenibilidad ambiental. La segunda implica respetar los derechos humanos no solo de las personas vistas de forma individual sino también de las comunidades; y la tercera implica generar valor a los accionistas implementando prácticas de gestión eficientes, gestionando los riesgos de manera responsable, y en general, buscando el crecimiento económico sin comprometer la dimensión ambiental y la dimensión social.

3. La relación de la sostenibilidad empresarial con el derecho

Hay una estrecha relación entre el derecho y la sostenibilidad empresarial, porque el proporciona el marco regulatorio para generar prácticas sostenibles y establecer responsabilidades para los empresarios.

Cumplir con las leyes en materia ambiental constituye un desafío importante en la actualidad. Sin embargo, en Venezuela contamos con un ordenamiento jurídico que busca promover la sostenibilidad a través del establecimiento de sanciones a quienes

no cumplan con estas disposiciones. También establece, entre otros, el derecho de las personas a participar, a exigir información y recurrir ante las autoridades en temas relacionados con el medioambiente.

4. Normas legales sobre la sostenibilidad empresarial en Venezuela

Existen varias normas de rango legal relacionadas con el tema de la sostenibilidad. Entre ellas, destacamos las siguientes: la Convención para la Protección de la Fauna, de la Flora y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (1941)²; la Ley Forestal de Suelos y de Aguas (1966)³; la Ley de Protección a la Fauna Silvestre (1970); el Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras (2001); la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos (2001)⁴; la Ley Orgánica de Ambiente (2006); la Ley de Aguas (2007); la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica (2008)⁵; la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico (2010); la Ley Penal del Ambiente (2012); la Ley de Bosques (2013); y la Ley Orgánica de las Zonas Económicas Especiales (2022). Todas se encuentran vigentes, aunque algunas de ellas derogadas parcialmente.

4.1. Principales actores involucrados

Los principales actores involucrados en la sostenibilidad empresarial son: las organizaciones internacionales, los Estados, los empresarios (que incluye a los inversores, proveedores, a las empresas en general y a sus trabajadores), las universidades, las comunidades, los consumidores, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación.

Las organizaciones internacionales pueden promocionar la sostenibilidad empresarial proporcionando marcos para que la implementación de normas que ayuden a las empresas a desarrollar sus actividades de manera más sostenible. Un ejemplo de esto son los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011) publicado por las Naciones Unidas que tiene entre sus objetivos el de contribuir a una globalización socialmente sostenible.

² Esta Convención fue firmada en Washington el 12 de octubre de 1940 y ratificada por el Congreso Nacional el 15 de julio de 1941; y atendiendo al principio de jerarquía debe ubicarse en el rango legal. Ver: Peña, 2005, 49.

³ Ley parcialmente derogada. No se encuentran vigentes los artículos del 1 al 81 y del 88 al 130.

⁴ Ley parcialmente derogada. No se encuentran vigentes los artículos 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, y 85.

⁵ Ley parcialmente derogada. No se encuentran vigentes los artículos 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142 y 143.

También debemos destacar la labor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), quien en el año 2023 publicó los Principios de Gobierno Corporativo y el Libro de Datos de Gobierno Corporativo, que coinciden en la necesidad por parte de las empresas de avanzar hacia una economía sostenible y divulgar sus acciones al respecto.

Estas organizaciones internacionales pueden llegar a facilitar también la cooperación y el intercambio de información como ocurre en Venezuela donde las empresas privadas venezolanas comprometidas con la sostenibilidad junto a las Naciones Unidas han celebrado desde el año 2020 hasta la fecha cuatro foros con la finalidad de agendar acciones en pro del desarrollo empresarial sostenible; y generan la responsabilidad en los empresarios de implementar estrategias y prácticas sostenibles desde la gestión de la cadena de suministro hasta las relaciones con sus trabajadores y comunidades.

Pero también es importante que los trabajadores, las comunidades y los consumidores estén informados y capacitados para contribuir a los objetivos de sostenibilidad; y para esto juega un rol importante los Estados cumpliendo con su compromiso y deber de promover la sostenibilidad a través de regulaciones, incentivos y programas de apoyo, las organizaciones no gubernamentales defendiendo las políticas que apoyen la sostenibilidad, los medios de comunicación informando sobre la importancia de la sostenibilidad y las universidades educando, investigando y desarrollando nuevas tecnologías que apoyen la sostenibilidad empresarial.

4.2. Obligaciones legales en materia de sostenibilidad empresarial

La Convención para la Protección de la Fauna, de la Flora y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, establece la obligación principal de los Estados partes de no alterar ni enajenar parte alguna de los parques nacionales sino por acción de la autoridad legislativa competente; y que las riquezas existentes en ellos no se exploten con fines comerciales.

También las obligaciones de prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas; de mantener las reservas de regiones vírgenes inviolables en tanto sea factible, excepto para la investigación científica debidamente autorizada y para inspección gubernamental, o para otros fines que estén de acuerdo con los propósitos para los cuales la reserva ha sido creada; y de adoptar leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes, las formaciones geológicas extraordinarias, y las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico. Sentándose de esta manera las bases,

desde el año 1941, para que pueda ser creado un sistema normativo que permita exigir desde el punto de vista legislativo la sostenibilidad empresarial en Venezuela.

En este orden encontramos la parcialmente derogada Ley Forestal de Suelos y de Aguas la cual tiene vigente únicamente el capítulo referido a los suelos y en ese sentido, encontramos las obligaciones de usar los suelos de acuerdo a su capacidad agrológica específica; aprovechar los suelos de tal modo que se mantenga su integridad física, y su capacidad productora; y realizar estudios y trabajos de conservación de suelos ordenados por el ministerio correspondiente.

La Ley de Protección a la Fauna Silvestre tiene por finalidad regular la protección y aprovechamiento racional de la fauna silvestre, de sus productos, y el ejercicio de la caza, clasifica la caza en cuatro grupos: a) caza con fines deportivos; b) caza con fines comerciales; c) caza con fines científicos; y d) caza con fines de control de animales perjudiciales. Nosotros nos centraremos en la caza con fines comerciales, la cual es definida por la ley como la acción de cazar para obtener beneficios pecuniarios con el producto logrado.

Dentro de las obligaciones de los empresarios para dedicarse a la caza con fines comerciales, se describe la necesidad de estar provisto de licencia⁶, las cuales estarán limitadas a la caza de una especie en particular, con indicación en la misma del número de piezas permitidas, de los lugares donde ha de realizarse la caza y de los métodos a emplearse. También se encuentran las obligaciones de llevar los registros exigidos por el ministerio correspondiente en materia de aprovechamiento, explotación o tenencia de animales silvestres o de sus productos; permitir la inspección por parte del ministerio correspondiente de los depósitos, almacenes, medios de transporte y centros comerciales o industriales que de alguna manera estuvieren implicados en el aprovechamiento de la fauna silvestre; ejercitar la caza solo con respecto a animales silvestres no vedados; respetar las temporadas de caza y áreas habilitadas para tal fin, así como las épocas de veda y áreas de prohibida caza; cazar en la forma, tiempo y lugar los animales que no hubieren sido incluidos en la lista oficial de animales de caza; y respetar el límite de piezas de caza que podrán cobrarse en las épocas y zonas permitidas.

Asimismo, para ejercer el comercio o industria de animales silvestres, vivos o muertos, o de sus productos, deben obtener la correspondiente licencia; solicitar los permisos para exportar o importar animales de la fauna silvestre, o cualquiera de sus productos; no negociar en forma alguna con animales silvestres vivos o muertos, o con

⁶ Según lo dispone el párrafo único del artículo 57 de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre cuando se trate de empresas y otras personas jurídicas de carácter colectivo, éstas deberán solicitar la licencia respectiva ante el ministerio correspondiente; así como también las del personal que a nombre de ellas realizará las actividades de caza; y las empresas serán solidariamente responsables de las infracciones legales por parte de ese personal.

sus productos, en las épocas generales de veda total o parcial; y no publicar ofertas o demandas de especies vedadas o de sus productos, así como del producto de la caza deportiva.

El Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras (2001) tiene por objeto establecer las disposiciones que regirán la administración, uso y manejo de estas zonas, a objeto de su conservación y aprovechamiento sustentable, declarándose en su artículo 8 de utilidad pública e interés social su conservación y aprovechamiento sustentable.

Por lo tanto, para la instalación de infraestructuras y la realización de actividades comerciales o de otra índole en las zonas costeras, deberá tramitarse una concesión u autorización, según sea el caso y se requerirá tanto una evaluación ambiental y socio-cultural como la constitución de fianza proporcional a la actividad a desarrollar dentro de la zona.

Pero en el dominio público de la franja terrestre de las zonas costeras queda restringida la construcción de instalaciones e infraestructuras que disminuyan el valor paisajístico de la zona; el aparcamiento y circulación de automóviles, camiones, motocicletas y demás vehículos de motor, salvo en las áreas de estacionamiento o circulación establecidas a tal fin, y las excepciones eventuales por razones de mantenimiento, ejecución de obras, prestación de servicios turísticos, comunitarios, de seguridad, atención de emergencias u otras; la generación de ruidos emitidos por fuentes fijas o móviles capaces de generar molestias a las personas en las playas o balnearios, salvo aquellos generados con motivo de situaciones de emergencia, seguridad y defensa nacional; y la extracción de arena y otros minerales, así como las labores de dragado y alteración de los fondos acuáticos. Y en las zonas costeras de dominio público queda prohibido la disposición final o temporal de escombros, residuos y desechos de cualquier naturaleza; la colocación de vallas publicitarias; y la extracción de arena y otros minerales en las playas y dunas de las costas marinas.

La Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos (2001), parcialmente derogada por la Ley Penal del Ambiente (2012), tiene por objeto regular la generación, uso, recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de las sustancias, materiales y desechos peligrosos, así como cualquier otra operación que los involucre, con el fin de proteger la salud y el ambiente. Asimismo, regula lo relativo a su incidencia y a sus efectos en la salud y en el ambiente, de aquellas sustancias y materiales peligrosos y otros similares, de origen nacional o importado, que vayan a ser destinados para uso agrícola, industrial, de investigación científica, educación, producción u otros fines.

Dentro de las prohibiciones de la ley se destacan la de introducir al país desechos patológicos y peligrosos, descargar sustancias, materiales o desechos peligrosos en el suelo, en el subsuelo, en los cuerpos de agua o el aire, y usar, importar y distribuir productos químicos contaminantes orgánico-persistentes⁷.

En este sentido, se recomienda consultar el Sistema Globalmente Armonizado de Clasificación y Etiquetado de Productos Químicos (SGA Rev. 10, 2023) que clasifica los productos químicos por tipos de peligro⁸ y propone elementos armonizados de comunicación de peligros, como etiquetas y demás formas de proporcionar datos de seguridad.

Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas responsables de la generación, uso y manejo de sustancias, materiales o desechos peligrosos están obligadas de acuerdo a la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos a utilizar las sustancias y materiales peligrosos de manera segura a fin de impedir daños a la salud y al ambiente; desarrollar y utilizar tecnologías limpias o ambientalmente seguras, aplicadas bajo principios de prevención que minimicen la generación de desechos, así como establecer sistemas de administración y manejo que permitan reducir al mínimo los riesgos a la salud y al ambiente; aprovechar los materiales peligrosos recuperables permitiendo su venta a terceros, previa aprobación por parte del ministerio con competencia en ambiente, por medio de reutilización, reciclaje, recuperación o cualquier otra acción dirigida a obtener materiales reutilizables o energía; disponer de planes de emergencia y de contingencia; disponer de los equipos, herramientas y demás medios adecuados para la prevención y el control de accidentes producidos por sustancias, materiales o desechos peligrosos, así como para la reparación de los daños causados por tales accidentes; constituir garantías suficientes y asumir los costos de cualquier daño que se pueda producir como consecuencia del manejo de las sustancias, los materiales o desechos peligrosos, incluyendo los derivados de los diagnósticos, que permitan cuantificar los daños causados por el accidente; y permitir el acceso a los sitios o instalaciones, y prestar facilidades y equipos de seguridad a los organismos competentes para realizar labores de inspección y control.

⁷ A excepción del diclorodifeniltricloroetano (DDT), que podrá ser utilizado en forma restringida, y sólo por los organismos oficiales, bajo la supervisión del ministerio con competencia en salud, y con la aprobación del ministerio con competencia en ambiente, en caso de requerirse para control de epidemias. Ver: artículo 7 de la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos (2001).

⁸ Esta clasificación está sometida a actualización constante, tomando en consideración los avances tecnológicos y la caracterización de estas sustancias, materiales y desechos. El texto oficial y sus actualizaciones las podemos encontrar en el siguiente enlace: <https://unece.org/transport/dangerous-goods/ghs-rev10-2023>.

Otras obligaciones previstas en esta ley sobre la materia son: informar a las comunidades que pudiesen ser afectadas sobre la naturaleza y riesgos que implican las sustancias, materiales o desechos peligrosos; envasar y etiquetar, indicando la información referida a la identificación de sus componentes, las alertas y advertencias sobre los riesgos científicamente comprobados o no a la salud y al ambiente, incluyendo las medidas de protección recomendadas durante su uso y manejo; así como los procedimientos de primeros auxilios con el objeto de cumplir con la reglamentación técnica sobre la materia; notificar a los organismos competentes los incidentes o accidentes con sustancias; suministrar la información necesaria para resolver las emergencias presentadas sin que exista la posibilidad de negarse a ello so pretexto de preservar informaciones clasificadas como secretas; y suministrar la información sobre la cantidad y el tipo de sustancia, material o desecho peligroso que genere o maneje.

Asimismo, la referida ley dispone de forma expresa en su artículo 14 que la recuperación y disposición final de los desechos peligrosos son una responsabilidad compartida del Estado y de los particulares; vista la naturaleza de estas sustancias y materiales, su almacenamiento, tratamiento, uso, manejo, eliminación y disposición final deberá llevarse a cabo en condiciones sanitarias y de seguridad que garanticen la prevención y atención a los riesgos que puedan causar a la salud y al ambiente.

Para un mayor control de las actividades que utilicen o generen sustancias, materiales y desechos peligrosos, la ley exige que todos aquellos que pretendan realizar actividades de uso, manejo o generación de sustancias, materiales y desechos peligrosos deben inscribirse antes del inicio de sus actividades, en el Registro de Actividades Capaces de Degradar el Ambiente (RACDA)⁹ llevado por el ministerio con competencia en ambiente. Sin embargo, cuando se trate de sustancias, materiales o desechos radiactivos y equipos generadores de radiaciones ionizantes, deberán inscribirse en los registros de los ministerios con competencia en minas o salud, según sea el caso.

Por su parte, quienes pretendan recuperar materiales peligrosos o manejar desechos peligrosos en cualquiera de sus fases, incluyendo la incineración, deberán inscribirse y obtener la autorización del ministerio con competencia en ambiente como empresas recuperadoras o manejadoras de materiales y desechos peligrosos.

Asimismo, quienes pretendan realizar actividades de almacenamiento de sustancias, materiales o desechos peligrosos; de tratamiento, eliminación y disposición final de desechos peligrosos deberán obtener del ministerio con competencia en ambiente

⁹ La información relacionada con este registro se puede conseguir en el siguiente enlace: <http://www.minec.gob.ve/autorizacion-racda/#:~:text=La%20autorizaci%C3%B3n%20para%20el%20Manejo%20de%20Sustancias%2C%20Materiales,en%20salvavuarda%20de%20la%20salud%20y%20del%20ambiente.>

la autorización o aprobación de ocupación del territorio conforme a la reglamentación técnica que regula la materia; y quienes tengan interés en importar sustancias o materiales peligrosos recuperables deberán solicitar autorización antes del ingreso de la mercancía al país, anexando toda la información relativa a la sustancia o al material. En los casos de materiales peligrosos recuperables deberá garantizarse que no se trata de desechos peligrosos y que efectivamente ese material será convertido en un producto de consumo o uso en el país, indicando los beneficios de su importación.

La Ley Orgánica de Ambiente (2006) tiene por objeto establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable, para contribuir a la seguridad, bienestar y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad. Dentro de sus normas dispone el deber de denunciar cualquier hecho que atente contra un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado; y la posibilidad de que cualquier forma asociativa desarrollen proyectos enmarcados en una gestión del ambiente compartida y comprometida con la conservación de los ecosistemas, los recursos naturales y el desarrollo sustentable bajo las modalidades de la autogestión y cogestión.

Contempla disposiciones especiales de protección según las cuales ante la presunción o inminencia de impactos negativos al ambiente, se prohibirá o restringirán actividades en ejecución que involucren los ecosistemas, recursos naturales o la diversidad biológica, sin que ello genere derechos de indemnización.

El aprovechamiento de los recursos debe estar sujeto a la formulación e implementación de planes de manejo garantice su sustentabilidad y orientado a asegurar su conservación. Para ello, se prevén legalmente controles ambientales previos como la obligación de contar con estudios de impacto ambiental y sociocultural y el establecimiento de garantías ambientales (depósitos en garantía o fianzas de fiel cumplimiento solidarias); y controles ambientales posteriores.

Los hechos atentatorios contra los recursos naturales y el ambiente tipificados como delitos se encuentran establecidos en la Ley Penal del Ambiente (2012), la cual también determina las medidas precautelativas, de restitución y de reparación a que haya lugar y las disposiciones de carácter procesal derivadas de la especificidad de los asuntos ambientales.

Ley de Aguas (2007) que tiene por objeto establecer las disposiciones que rigen la gestión integral de las aguas establece en su artículo 60 que el uso de las aguas debe adecuarse a la disponibilidad del recurso, a las necesidades reales de la actividad a la que se pretende destinar, al interés público y a las previsiones de los planes de gestión integral de las aguas. Por lo tanto, se aplicarán controles administrativos (concesiones, asignaciones y licencias) por el uso de las aguas en sus fuentes superficiales y subterrá-

neas cuando sus fines de aprovechamiento sean para el abastecimiento a poblaciones, para actividades agrícolas, industriales, comerciales y para la generación de energía hidroeléctrica.

La afectación al ambiente y la generación de impactos ambientales y socioculturales irreversibles, es una causal para que no les sea otorgada la concesión, asignación o licencia de aprovechamiento de aguas y de vertidos. Se habla de concesión o asignación cuando el uso con fines de aprovechamiento de aguas es para actividades comerciales y no pueden ser otorgadas para ejecutar planes contrarios a los previstos en la ley porque se considerarían nulos y no generarán derechos e intereses para los particulares. Además, se el funcionario que haya otorgado el acto será responsable personalmente.

Quienes tengan concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento de aguas tienen el deber de aportar una contraprestación a los fines de la conservación de la cuenca, pero los mecanismos para el cálculo del aporte no están definidos en la ley.

La Ley de Gestión de la Diversidad Biológica (2008), parcialmente derogada por la Ley Penal del Ambiente, tiene por objeto establecer las disposiciones para la gestión de la diversidad biológica en sus diversos componentes, para alcanzar el bienestar colectivo en el marco del desarrollo sustentable; estableciendo el deber, bajo el principio de corresponsabilidad, de participar en la gestión de la diversidad biológica y sus componentes como patrimonio nacional, regional y local.

En relación al manejo, aprovechamiento y biocomercio, dispone la necesidad de ejecutar prácticas orientadas a evitar o minimizar los impactos adversos sobre los componentes de la diversidad biológica; conservar la diversidad biológica y sus componentes, así como mantener los procesos ecológicos esenciales de los que dependen la supervivencia de las especies; y utilizar los componentes de la diversidad biológica, garantizando su capacidad de regeneración o recuperación.

En este sentido, establece la necesidad de que existan cuotas de aprovechamiento sustentable, así como, limitaciones o prohibiciones al aprovechamiento de los componentes de la diversidad biológica, cuando; se trate de especies endémicas, raras, vulnerables, amenazadas o en peligro de extinción; se trate de ecosistemas en condiciones de vulnerabilidad o fragilidad o hayan sido declarados de importancia estratégica; amenace la salud humana o los elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos; pueda generar impactos ambientales negativos o difícilmente controlables; exista el riesgo de pérdida de la diversidad biológica y sus componentes; existan restricciones específicas que deriven de normas especiales sobre bioseguridad; y cuando se trate de áreas bajo régimen de administración especial.

Para ello, se establece que en la gestión de la diversidad biológica, se ejercerá el control previo a través de estudios de impacto ambiental, planes de manejo, registros, licencias, contratos, autorizaciones, aprobaciones, permisos, certificados, entre otros. Por lo tanto, toda actividad capaz de afectar los componentes de la diversidad biológica requerirá autorización con el fin de proteger y mantener los componentes de la diversidad biológica.

La Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico (2010) establece en su artículo 5 a la sustentabilidad ambiental como uno de los principios rectores para la prestación del servicio eléctrico; y más adelante, en su artículo 21, que el Plan de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional contendrá acciones orientadas a impulsar el uso de las fuentes alternativas de energía, renovables y ambientalmente sostenibles.

Dentro de las atribuciones del órgano rector del sistema y servicio eléctrico nacional está el de velar por la prevención de la contaminación del ambiente en las actividades del Sistema Eléctrico Nacional para la prestación del servicio, en coordinación con los ministerios con competencia en materia de ambiente y salud; y en la generación de sistemas independientes el operador y el prestador del servicio eléctrico tiene que dar prioridad al empleo de fuentes alternativas de energía y de bajo impacto al ambiente.

La Ley de Bosques (2013) que tiene por objeto garantizar la conservación de los bosques y demás componentes del patrimonio forestal y otras formas de vegetación silvestre no arbórea, bajo los lineamientos del desarrollo sustentable y endógeno, establece varios principios, entre los cuales destacamos el principio de sustentabilidad, el principio de integridad y uso múltiple y el principio de corresponsabilidad, según los cuales, el desarrollo forestal sustentable debe basarse en la permanencia en el tiempo de los bosques y el patrimonio forestal, para beneficio de las generaciones actuales y futuras; la conservación, el aprovechamiento, y manejo de los bosques y el patrimonio forestal debe considerar bajo un enfoque sistémico y holístico, los múltiples bienes y beneficios que producen simultáneamente, procurando la combinación de usos que maximice el bienestar colectivo y garantice la sustentabilidad ambiental, social y económica; y la conservación, aprovechamiento y manejo sustentable de los bosques y el patrimonio forestal conllevan una responsabilidad compartida entre el Estado, sus instituciones, la sociedad, las comunidades y la ciudadanía en general.

Por lo tanto, busca promover y desarrollar iniciativas orientadas a la conservación, aprovechamiento y manejo de los bosques y el patrimonio forestal, y que el uso forestal se realice en consideración con el espacio geográfico según su capacidad, vocación y potencialidad. Las cadenas productivas forestales deben constituir un mecanismo de cooperación, integración, complementariedad y fortalecimiento de las indus-

trias del sector forestal, entendiéndose por industrias forestales al los establecimientos legalmente constituidos, cualquiera sea su forma asociativa, que tengan por objeto el aprovechamiento, extracción depósito, acopio, transporte, distribución, procesamiento y comercialización de la materia prima forestal.

Se establece un impuesto por el aprovechamiento autorizado de productos forestales, un impuesto por el aprovechamiento autorizado de productos forestales no maderables, un impuesto por afectación de vegetación con fines diversos y una contribución especial por el uso del patrimonio forestal referido al aprovechamiento y manejo de bosques naturales que consistirá en un pago anual para la sustentabilidad del patrimonio forestal. Asimismo, establece instrumentos de control previo y posterior ambiental., como por ejemplo el otorgamiento de permisos y la constitución de garantías para el uso del patrimonio forestal, así como la constancia de cumplimiento ambiental.

Finalmente, se encuentra vigente desde el año 2022 la Ley Orgánica de las Zonas Económicas Especiales, la cual establece como objeto el de objeto regular la creación, organización, funcionamiento, administración y desarrollo de las Zonas Económicas Especiales en función de un modelo de desarrollo económico que garantice los medios ambientalmente sustentables; y específicamente en su artículo 6 la obligación de las Zonas Económicas Especiales de velar por la sustentabilidad ambiental en los procesos productivos.

4.3. Incentivos

El marco general de los incentivos en materia de sustentabilidad empresarial lo encontramos en el Título VIII de la Ley Orgánica de Ambiente, la cual los clasifica en dos tipos: económicos y fiscales; y se otorgarán a quienes efectúen inversiones para conservar el ambiente dentro del marco normativo vigente, como forma de procurar el desarrollo sustentable.

La ley establece una enumeración sobre su finalidad, el modo y la autoridad responsable de implementarlos. Dispone que los incentivos consistirán, entre otros, en la creación de un sistema crediticio financiado por el Estado; y en el otorgamiento de exoneraciones del pago de impuestos, tasas y contribuciones mediante decreto presidencial, lo cual hace ver que se necesitarán de acciones o disposiciones normativas posteriores.

El Título VI de la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica establece el marco de los incentivos para todo aquel que formule, ejecuten o participen con iniciativas, planes, programas, proyectos o actividades orientadas a la conservación de la diversidad biológica y sus componentes, su uso sustentable y en particular su recuperación.

Los incentivos económicos y fiscales comprenderán el acceso al sistema crediticio del Estado para optar a créditos preferenciales; y exoneraciones parciales o totales del pago de impuestos, tasas y contribuciones. Los incentivos sociales, educativos y tecnológicos estarán asociados a la naturaleza de los planes, programas, proyectos o actividades formulados por los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades organizadas. Asimismo, el Ejecutivo Nacional coordinará y concertará con la banca comercial privada el establecimiento de un porcentaje de la cartera de créditos para ser dirigidos al financiamiento planes, programas, proyectos y actividades en materias de utilización y conservación de los componentes de la diversidad biológica, lo cual hace ver que también se necesitarán de acciones o disposiciones normativas posteriores a esta ley para que puedan materializarse.

El artículo 92 de la Ley de Bosques establece que se fomentará la conservación del patrimonio forestal y el desarrollo forestal sustentable, mediante el otorgamiento de incentivos económicos y fiscales, a las personas naturales o jurídicas y comunidades organizadas que ejecuten actividades y proyectos orientados a la conservación, uso sustentable, protección, recuperación, fomento, mejoramiento de bosques y demás componentes del patrimonio forestal, incluido el establecimiento de plantaciones forestales, sistemas agroforestales y la producción de material genético forestal. También podrán beneficiarse de estos incentivos: las actividades de manejo forestal, industrialización, transformación y procesamiento de productos forestales que incorporen tecnologías limpias y reducción de impactos ambientales.

El establecimiento de exoneraciones en esta materia depende de la entrada en vigencia de un decreto presidencial el cual podría incluir la liberación de pago de forma total o parcial de tributos forestales, así como del impuesto al valor agregado, impuesto sobre la renta e impuesto de importación.

La ley prevé la expedición de un Certificado de Incentivo Forestal por medio del cual se reconoce al titular los costos de establecimiento de plantaciones forestales productoras y componente arbóreo de sistemas agroforestales; y la obligación gubernamental de fijar anualmente los porcentajes de las carteras de crédito agrícola e industrial, que serán destinados al financiamiento de las actividades de producción primaria e industrialización forestal y de atender de forma prioritaria a través de créditos públicos la inversión en tecnologías limpias y las actividades de pequeñas y medianas industrias, empresas de producción social y demás formas comunitarias de producción que necesiten adquirir maquinarias, equipos y tecnologías destinados a las actividades de aprovechamiento, transformación y procesamiento de productos forestales.

Asimismo, el Estado debe asignar anualmente recursos financieros para obras de recuperación y conservación del patrimonio forestal, que incluya fondos de ejecución

directa por comunidades rurales y urbanas interesadas en el rescate y mejoramiento del patrimonio forestal local y desarrollar programas de promoción y fomento al desarrollo industrial forestal con el objeto de incrementar y diversificar la producción e industrialización de productos forestales como por ejemplo, acordar el pago por beneficios ambientales a comunidades involucradas en proyectos de conservación del patrimonio forestal que generen un beneficio colectivo.

En el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta (2015), encontramos la posibilidad de deducir de la renta bruta las liberalidades efectuadas por conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, bien sean, por gastos directos del contribuyente del impuesto o por contribuciones de éste hechas a favor de instituciones o asociaciones que no persigan fines de lucro y las destinen al cumplimiento de los fines señalados.

Visto este panorama legal en materia de incentivos, consideramos necesario que se concreten las acciones normativas que incentiven prácticas sostenibles en pro del medio ambiente.

4.4. Sanciones

Para una mejor comprensión de las sanciones dirigidas a los empresarios que no cumplan con las normas vigentes dirigidas a procurar acciones responsables con los recursos disponibles, presentaremos los siguientes cuadros:

Sanciones previstas en la Ley de Protección a la Fauna Silvestre dirigidas a quienes realicen actividades comerciales, las cuales, no impedirán la acción de daños y perjuicios si a ella hubiere lugar:

ARTÍCULOS	ACCIONES	SANCIONES
104	Ejercer la caza o recolectar productos naturales de animales silvestres sin estar provisto de la licencia respectiva o durante épocas de veda	Multa, comiso del equipo de caza y de los animales y productos logrados
105	Cazar animales vedados	Multa, comiso del equipo de caza y de los animales cazados
106	Estar provisto de la licencia de caza respectiva, pero exceder el número de piezas permitidas	Multa, comiso de las piezas logradas
106/109	Estar provisto de la licencia de caza con fines comerciales, pero exceder el número de piezas permitidas	Multa, comiso de las piezas logradas
107	Ejercer la caza en zonas prohibidas	Multa, comiso del equipo de caza y de los animales o productos logrados, suspensión temporal o definitiva de la licencia de caza, de acuerdo con la magnitud de la infracción o cantidad de reincidencia en que haya incurrido

108	Valerse de los métodos y sistemas de caza prohibidos o emplear métodos distintos a los indicados en la respectiva licencia	Multa, comiso del equipo de caza y de los animales o productos logrados
108	Incendiar la vegetación para fines de caza	Ver Ley Penal del Ambiente (2012)
109	Ejercer la caza con fines comerciales o realizar operaciones de comercio, industria o movilización de animales silvestres o de sus productos, en contravención con las disposiciones de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre	Multa, comiso de los animales y productos logrados
110	Contravenir las disposiciones sobre investigación, ordenación y manejo de la fauna silvestre previstas en la Ley de Protección a la Fauna Silvestre	Multa
112	Reincidir	Anulación inmediata de la licencia de caza y la inhabilitación para obtener una nueva durante el año subsiguiente a la fecha de cancelación de la licencia anulada
113	Infracción que no tengan prevista una pena o sanción	Multa, pérdida de las especies cazadas o de los productos recolectados si fuere el caso

Considerando que la ley fue publicada en gaceta oficial en el año 1941, las multas expresadas en el texto normativo deben usarse actualmente solo a modo referencial, pero se necesita de su correspondiente actualización a través de una reforma legal. Sin embargo, existen otros tipos de sanciones como el comiso del equipo de caza y comiso de los animales cazados y de sus productos, entre otras, a las que hay que prestarle la debida atención.

El Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras establece en materia sancionatoria que el ministerio con competencia en ambiente podrá ordenar al infractor la recuperación del ambiente o la restitución de éste a su estado original, y adicionalmente sancionará administrativamente la violación a las disposiciones del Decreto Ley, en proporción a la gravedad de la infracción y del daño causado, con alguna o algunas de las siguientes sanciones administrativas: multas, suspensión, revocatoria o rescisión de las autorizaciones y de las concesiones, según sea el caso, inhabilitación parcial hasta por un período de dos (2) años para obtener las concesiones o las autorizaciones e indemnización de los daños irreparables por cuantía igual al valor estimado de los recursos afectados. Las sanciones pecuniarias se podrán incrementar entre cien (100) y cinco mil (5000) unidades tributarias, cuando la comisión de las infracciones causen daños ambientales a las zonas costeras.

Si el infractor es reincidente, se sancionará con multa equivalente a la que originalmente les haya sido impuesta, más un recargo del ciento por ciento (100%) de la misma; y si fueron suspendidos, no podrán solicitar otra concesión o autorización hasta transcurrido un (1) año de haberse agotado el procedimiento administrativo. Todo ello con la finalidad de proteger, recuperar o restituir el ambiente a su estado original.

El artículo 108 de la Ley Orgánica de Ambiente establece que deberán dictarse las adecuadas normas penales y administrativas en garantía de los bienes jurídicos tutelados por la misma. Sin embargo, en su artículo 127 dispone que los funcionarios públicos que otorguen instrumentos para la realización de actividades capaces de degradar el medio ambiente, serán sancionados con multa de hasta diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), sin menoscabo de la declaratoria de nulidad absoluta del acto en cuestión.

Parte de las referidas normas penales y administrativas en garantía de los bienes jurídicos tutelados a las que hace referencia la Ley Orgánica de Ambiente se encuentran en la Ley Penal del Ambiente, la cual, entre otros aspectos, tipifica los delitos contra el ambiente, entre los cuales se destacan los delitos: contra la administración ambiental, contra la ordenación del territorio, por omisiones de evaluaciones ambientales y planes de manejo, contra la diversidad biológica, contra la calidad del ambiente, por degradación, alteración, deterioro y demás acciones capaces de causar daños a las aguas, suelos, topografía, paisaje vegetación, fauna, hábitat, entre otros.

La Ley de Aguas en materia sancionatoria establece que las concesiones, asignaciones, licencias o cualquier otro tipo de acto administrativo que se haya otorgado en contravención a las disposiciones establecidas en las normas vigentes sobre la materia, serán nulos y no generarán derechos a favor de sus destinatarios; y quienes las otorguen incurrirán en responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales o civiles, según el caso.

El ministerio con competencia en aguas podrá dictar cualquier tipo de medidas preventivas, correctivas o mitigantes como la ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante o se obtengan las autorizaciones correspondientes; la clausura temporal o definitiva de las instalaciones o establecimientos; la prohibición temporal o definitiva de las actividades; la recolección, almacenamiento en condiciones de seguridad, neutralización o destrucción de los agentes contaminantes, contaminados o peligrosos, a costa del infractor; la remisión al medio natural de los recursos o elementos extraídos, si es posible y conveniente; la efectiva reparación del daño causado, entre otras. La reincidencia será sancionada con multa aumentada en un cincuenta por ciento (50%) de la originalmente aplicada.

En el siguiente cuadro presentamos las sanciones previstas en la Ley de Aguas:

ARTÍCULOS	ACCIONES	SANCIONES
113	Agotamiento de cualquier fuente de agua por sobreexplotación; contaminación de acuíferos o de fuentes superficiales; contaminación por vertido de sustancias, materiales o desechos peligrosos; usos que afecten o pongan en riesgo el suministro de agua a poblaciones; suministro de información falsa	Multa aumentada al doble
114	Dañar irreparablemente por incurrir en infracciones	Multa equivalente al doble del valor de la multa que originalmente corresponde
119	Degradar el medio físico o biológico relacionado al agua	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.)
120	Usar las aguas con fines de aprovechamiento sin contar con las concesiones, asignaciones y licencias	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.)
121	Extraer de las fuentes de agua caudales o volúmenes que sobrepasen los límites establecidos en las concesiones, asignaciones o licencias	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.)
122	Realizar actividades prohibidas dentro de las zonas protectoras de cuerpos de agua,	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.)
123	Perforar un pozo sin ser titular o beneficiario de concesiones, asignaciones y licencias	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a mil unidades tributarias (1.000 U.T.)
124	Establecer o mantener en funcionamiento una instalación o realizar una actividad capaz de degradar la calidad de las aguas, sin cumplir con los límites de calidad de vertidos; descargar, infiltrar o inyectar en el suelo o subsuelo vertidos líquidos contaminantes; usar sistemas de drenajes de aguas pluviales para la disposición de afluentes líquidos contaminantes; descargar residuos o material sólido a cuerpos de agua y a redes de cloacas; disolver afluentes con agua; efectuar descargas submarinas de vertidos incumpliendo las normativas técnicas	Multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.)
125	Incumplir con los controles administrativos que se establezcan en las normas técnicas para el control y manejo de calidad de aguas	Multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.)

126	Omitir notificar al ministerio que ejerza la autoridad nacional de las aguas la ocurrencia de vertidos imprevistos o producidos en situaciones de emergencia	Multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.)
127	Violación a las disposiciones contenidas en las concesiones, asignaciones y licencias	Multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.)

Los delitos contra la diversidad biológica previstos en la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica se encuentran derogados por la Ley Penal del Ambiente. Sin embargo, siguen vigentes las siguientes infracciones administrativas:

ARTÍCULOS	ACCIONES	SANCIONES
121	Uso y manipulación de los componentes de la diversidad biológica sin el correspondiente acto autorizador	Multa de tres mil (3.000 U.T.) a seis mil (6.000 U.T.) unidades tributarias, ocupación de las instalaciones, comiso de equipos, desconocimiento de derechos de propiedad intelectual y de patentes sobre los productos derivados de la diversidad biológica
121	Uso y manipulación de los componentes de la diversidad biológica sin el correspondiente acto autorizador que requiera para su otorgamiento de un estudio de impacto ambiental	Multa de cinco mil (5.000 U.T.) a diez mil (10.000 U.T.) unidades tributarias, ocupación de las instalaciones, comiso de equipos, desconocimiento de derechos de propiedad intelectual y de patentes sobre los productos derivados de la diversidad biológica
122	Incumplir los términos establecidos en las autorizaciones y contratos de acceso a los recursos genéticos	Multa de dos mil (2.000 U.T.) a cuatro mil (4.000 U.T.) unidades tributarias, comiso de los productos biológicos y materiales genéticos que hayan sido utilizados ilegalmente, revocatoria de la autorización o contrato de acceso, desconocimiento de derechos de propiedad intelectual y patentes sobre los productos derivados de la diversidad biológica y material genético obtenido
123	No informar al organismo público competente en materia de autorizaciones y contratos de acceso a los recursos genéticos	Multa de cincuenta (50 U.T.) a trescientas (300 U.T.) unidades tributarias
124	Introducir, trasladar o manejar especies exóticas o sus propágulos, en violación a las condiciones establecidas en el acto autorizador, y mantenerlas en condiciones de seguridad inadecuada o posibilitar su escape o dispersión	Multa de mil (1.000 U.T.) a cinco mil (5.000 U.T.) unidades tributarias

125	Incumplimiento por parte de las autoridades rectoras de los centros de conservación <i>ex situ</i> de las exigencias técnicas requeridas para su funcionamiento	Multa de dos mil (2.000 U.T.) a cuatro mil (4.000 U.T.) unidades tributarias y cierre temporal del centro hasta su adecuación
126	Omisión, alteración o inconsistencia en la información asentada en el libro de registro respectivo por parte de las autoridades rectoras de los centros de conservación <i>ex situ</i>	Multa de dos mil (2.000 U.T.) a cuatro mil (4.000 U.T.) unidades tributarias
127	Liberar al medio natural componentes de la diversidad biológica sin la debida autorización	Multa de cuatro mil (4.000 U.T.) a seis mil (6.000 U.T.) unidades tributarias y clausura temporal de cuatro a ocho meses del centro respectivo
128	Comercialización ilícita de componentes de la diversidad biológica por parte de las autoridades rectoras de los centros de conservación <i>ex situ</i>	Multa de cuatro mil (4.000 U.T.) a seis mil (6.000 U.T.) unidades tributarias y clausura definitiva del centro respectivo.
129	Aprovechamiento de cualquiera de los componentes de la diversidad biológica presentes en hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, sin su consentimiento informado y fundamentado previo	Multa de cuatro mil (4.000 U.T.) a seis mil (6.000 U.T.) unidades tributarias

La Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico tipifica un conjunto de infracciones administrativas, delitos y sanciones penales, constituyendo una circunstancia agravante si la acción genera daño para la vida, a la salud de las personas y al ambiente.

La Ley de Bosques en su artículo 138 establece que los permisos, autorizaciones, aprobaciones, concesiones, guías o cualquier otro tipo de acto administrativo contrario a los principios establecidos en las normas vigentes sobre la materia se considerarán nulos, y quienes los otorguen incurrirán en responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales o civiles según el caso. Asimismo, clasifica a las infracciones en muy leves, leves, graves y gravísimas y dispone que en caso de reincidencia se incrementará en un veinticinco por ciento el monto de la multa. Veamos en el siguiente cuadro las infracciones previstas en esta ley:

ARTÍCULOS	ACCIONES	SANCIONES
150	Otorgar permisos, autorizaciones, guías, licencias, aprobaciones, concesiones u otro acto administrativo para la afectación de la vegetación en contravención a las disposiciones legales o reglamentarias	Sanciones previstas para el responsable que actúe con el acto administrativo, aumentadas al doble
150	Incurrir un funcionario público en alguna de las infracciones administrativas previstas en la ley	Sanciones previstas para el responsable que actúe con el acto administrativo, aumentadas al doble

151	Infracciones muy leves descritas en la norma	Multa de diez Unidades Tributarias (10 U.T.) a cincuenta Unidades Tributarias (50 U.T.)
152	Infracciones leves descritas en la norma	Multa de cien Unidades Tributarias (100 U.T.) a mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.)
153	Infracciones graves descritas en la norma	Multa de mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.) a tres mil Unidades Tributarias (3000 U.T.)
154	Infracciones muy graves descritas en la norma	Multa de tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a diez mil Unidades Tributarias (10.000 U.T.)

Entendemos que estas sanciones buscan disuadir a las personas de incurrir en acciones en contra del medio ambiente, y minimizar el impacto ambiental de la actividad empresarial, así como, desincentivar prácticas dañinas, negligentes o engañosas; y en definitiva, hacerlas asumir la responsabilidad por no contribuir con el bienestar en el ejercicio de su actividad comercial.

CONCLUSIONES

En Venezuela existe un régimen legal que coacciona a los empresarios a aprobar políticas sobre asuntos relacionados con la sostenibilidad. Su implementación enfrenta diversos desafíos, sin embargo, establecen los principios, lineamientos y obligaciones para la gestión ambiental en el país.

El incumplimiento de las referidas obligaciones legales generan sanciones no solo administrativas sino también de tipo penal con lo cual se promueve indirectamente la sostenibilidad empresarial.

Se requiere concretar acciones para materializar mayores incentivos fiscales y económicos. Pero los empresarios que han comprendido los beneficios y las oportunidades que ofrece este enfoque no los detiene la insuficiencia de incentivos. Saben que adoptar prácticas sostenibles puede mejorar su reputación y puede abrirles puertas a nuevos mercados y oportunidades de negocios.

La sostenibilidad empresarial parece que no es una opción sino una necesidad y una obligación. A través de las prácticas sostenibles considerando los estándares internacionales y el contexto venezolano, se contribuye a la protección del medio ambiente, al bienestar personal y social y al desarrollo económico del empresario y del país.

BIBLIOGRAFÍA

Textos y páginas Web:

- Elkington, John, Enter the Triple Bottom Line, Chapter 1. En: The Triple Bottom Line, does it all add up? Assessing the Sustainability of Business and CSR, 1st Edition, Edited by Henriques and Richardson, Routledge, London, UK, 2004. Disponible en: <https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9781849773348/triple-bottom-line-julie-richardson-adrian-henriques>
- Naciones Unidas, IV Foro de Sostenibilidad Venezuela, 2023. Disponible en: <https://venezuela.un.org/es/257431-iv-foro-de-sostenibilidad-venezuela-2023>
- Naciones Unidas, Foro de Sostenibilidad Empresarial Venezuela, Listado de Empresas y Organizaciones, 2023. Disponible en: <https://venezuela.un.org/sites/default/files/2023-09/Empresas%20y%20organizaciones%20%281%29.pdf>
- Naciones Unidas, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/139811?v=pdf>
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar, Nueva York, Ginebra, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- Naciones Unidas, Sistema Globalmente Armonizado de Clasificación y Etiquetado de Productos Químicos (SGA), Décima edición revisada, 2023. Disponible en: <https://unece.org/sites/default/files/2023-11/GHS%20Rev10sp.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Libro de Datos de Gobierno Corporativo, 2023. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-corporate-governance-factbook-2023_6d912314-en#page1
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, 2023. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/principios-de-gobierno-corporativo-de-la-ocde-y-del-g20-2023_fb38c737-es#page1
- Peña Solís, José, Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos No. 14, Caracas, Venezuela, 2005. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/170765/Estudios%20Jur%C3%ADdicos%20N%C2%B0%2014/7a8ad40f-8c29-43a1-8022-d49323d0f47a>
- Real Academia Española (RAE), Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/sostenible>

Normativa:

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con la enmienda. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de febrero de 2009. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/constituci-20220316143116.pdf

Convención para la Protección de la Fauna, de la Flora y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América. Gaceta Oficial N° 20.643 de los Estados Unidos de Venezuela, de 13 de noviembre de 1941. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html>

Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras. Gaceta Oficial N° 37.349 de la República Bolivariana de Venezuela, de 19 de diciembre de 2001. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/decreto-no-20220309123243.pdf

Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta. Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 2015. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/decreto-n0-2163-mediante-el-cual-se-dicta-el-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-reforma-parcial-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-impuesto-sobre-la-renta-20211019151632.pdf

Ley de Aguas. Gaceta Oficial N° 38.595 de la República Bolivariana de Venezuela, de 2 de enero de 2007. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-de-agu-20220208194620.pdf

Ley de Bosques. Gaceta Oficial N° 40.222 de la República Bolivariana de Venezuela, 6 de agosto de 2013. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-de-bosque-20211108161506.pdf

Ley de Gestión de la Diversidad Biológica. Gaceta Oficial N° 39.070 de la República Bolivariana de Venezuela, 1 de diciembre de 2008. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-de-ges-20220131154108.pdf

Ley de Protección a la Fauna Silvestre. Gaceta Oficial N° 29.289 de la República de Venezuela, de 11 de agosto de 1970. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-de-pro-20220411150646.pdf

Ley Forestal de Suelos y de Aguas. Gaceta Oficial N° 1.004 de la República de Venezuela, de 26 de enero de 1966. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-forest-20220411153254.pdf

Ley Orgánica de Ambiente. Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, de 22 de diciembre de 2006. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organi-20220210161106.pdf

Ley Orgánica de las Zonas Económicas Especiales. Gaceta Oficial N° 6.710 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de julio de 2022. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organi-20220801161552.pdf

Ley Penal del Ambiente. Gaceta Oficial N° 39.913 de la República Bolivariana de Venezuela, de 2 de mayo de 2012. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-penal--2021109143642.pdf

Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico. Gaceta Oficial N° 39.573 de la República Bolivariana de Venezuela, de 14 de diciembre de 2010. Disponible en: asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organi-20220118150816.pdf

Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos. Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela, de 13 de noviembre de 2001. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-sobre--20220303145121.pdf>

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (6) de octubre de 2020

TEMÁTICA DE LA REVISTA

La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, invita a participar a profesionales en distintas áreas del saber dedicados al estudio y desarrollo del Derecho Mercantil y disciplinas relacionadas con las manifestaciones de la empresa.

Las convocatorias a colaborar en sus números estarán enfocadas en temas que aborden asuntos relacionados con la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil, así como otras áreas del saber jurídico que a juicio del Comité Editorial guarden estrecha relación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aún cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Comité Editorial.
- **Fuente:** Times New Roman.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Subtítulos 13.
 - Cuerpo de texto del artículo 12.
 - Citas largas: 10.
 - Pie de página: 8.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Superior: 4 cm, inferior: 3 cm, izquierda: 3 cm, derecho: 3 cm.

- **Sangría:** En Sangría > Especial, seleccione Sangría de primera línea y luego escriba: 1 cm.
- **Espaciado:** En Espaciado, seleccione 0 como valor para Anterior y Posterior y, en Interlineado, seleccione Sencillo.
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte (texto justificado) con sangría izquierda 1 cm y derecho 1 cm y con interlineado 1.0. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 8 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo Chicago “sistema de notas y bibliografía” se debe de mantener a lo largo de todo el texto. ([Descarga el manual haciendo clic aquí](#)).
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
- **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración: Vaya a la pestaña Archivo y haga clic en Opciones, en Avanzadas, busque tamaño y calidad de la imagen, marque la opción No comprimir las imágenes del archivo. Adicional debe enviar como archivo adjunto las imágenes utilizadas en su formato y tamaño original.
- **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.
- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.

- **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras clave:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano
- **Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en inglés de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en inglés.

Segunda página incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (solo en castellano).
- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.

De seguida:

- **Introducción,**
- **Desarrollo del artículo,**
- **Conclusiones y**
- **Bibliografía:** listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).

Los títulos de: sumario, Introducción, conclusión y bibliografía, debe estar en mayúsculas y negritas, tamaño de letra 12.

- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en la temática de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil de SOVEDEM, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a SOVEDEM, de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, el o los autores autorizan a SOVEDEM para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:
 - Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de SOVEDEM o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que SOVEDEM decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
 - La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a SOVEDEM, de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.

- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a SOVEDEM.
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de SOVEDEM, tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como a su Código de Ética.
- SOVEDEM, no está en obligación de publicar en su revista ningún trabajo recibido.
- SOVEDEM no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de SOVEDEM.
- **Selección previa de los artículos:** al recibir cada uno de los manuscritos el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, realizará una selección de los artículos que se ajusten a la temática y que hayan sido presentado conforme a las normas de forma, sin prejuizar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.
- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién

es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.

- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



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

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

 www.sovedem.com  [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)  [@sovedem_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)