RIF: J-41167976-3

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Nº 6
CARACAS, 2021

HOMENAJE AL *Prof. Luis Fernando Ramírez*

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez
Gladis Proaño Reyes
Ramón Escovar León
Nasly Ustáriz Forero
Claudia Madrid
José Ignacio Hernández G.
Andrea Rondón García
Mario Bariona G.
Diego Castagnino
Leonel Salazar Reyes-Zumeta
Carolina Saadeh
Andrés F. Guevara B.
Jesús A. Villegas Ruiz
Leonardo Enrique Viloria
María Verónica Pérez Rojas
José Alexy Farías Juárez
Rodrigo Quintero Bencomo
Wilfredo J. Monsalve G.

www.sovedem.com

© REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL
Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777
ISSN: 2739-0020

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

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

Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 6 / Junio 2021
Publicación de la convocatoria: 23/03/2021
Recepción de artículos: del 23/03/2021 al 10/05/2021
Todos los trabajos fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego

Editores: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, A.C. RIF: J-41167976-3
Web site: www.sovedem.com
E-mail: sociedadderechomercantil@gmail.com

Diseño y Diagramación: MEGA Agencia Creativa, C.A.
E-mail: megaagenciacreativa@gmail.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
DORA

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

VI EDICIÓN

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez
Gladis Proaño Reyes
Ramón Escovar León
Nasly Ustáriz Forero
Claudia Madrid
José Ignacio Hernández G.
Andrea Rondón García
Mario Bariona G.
Diego Castagnino
Leonel Salazar Reyes-Zumeta
Carolina Saadeh
Andrés F. Guevara B.
Jesús A. Villegas Ruiz
Leonardo Enrique Viloria
María Verónica Pérez Rojas
José Alexy Farías Juárez
Rodrigo Quintero Bencomo
Wilfredo J. Monsalve G.

Caracas - Venezuela
Junio 2021

Sociedad Venezolana de
Derecho Mercantil

Presidente Honorario
Alfredo Morles Hernández (†)

Comité Ejecutivo 2020 – 2021

Directora General
Nayibe Chacón Gómez

Secretario General
Diego Castagnino

Tesorero
Daniel Pérez Pereda

Director
Pedro A. Rengel Núñez

Director
Mario Bariona G.

Coordinador Internacional
Carlos Domínguez

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Director-Editor
Diego Castagnino

Asesor Académico
Kimlen Chang de Negrón

Coordinador
Daniel Pérez Pereda

Estilo y Diagramación
Juan Marcano

www.sovedem.com @sovedem @sovedem_ac

Sumario

Presentación y agradecimientos VII
Nayibe Chacón Gómez, Kimlen Chang de Negrón,
Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda

Semblanza homenaje a don Luis Fernando Ramírez Ramírez XI
Mario Bariona G.

ARTÍCULOS

Breves anotaciones sobre los principios aplicables a la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles: tratamiento en Ecuador y Venezuela. 15
Nayibe Chacón Gómez y Gladis Proaño Reyes

Comentarios al artículo del Doctor Gabriel Ruan Santos: "Aspectos tributarios de las cuentas en participación". 33
Nayibe Chacón Gómez

Algunas reflexiones sobre la idea del derecho y el razonamiento jurídico en Venezuela. 37
Ramón Escovar León

Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil. 57
Nasly Ustáriz Forero

Turismo colaborativo: el caso de Airbnb y el Derecho internacional privado venezolano. 75
Claudia Madrid

A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del derecho mercantil y constitucional. 105
José Ignacio Hernández G.

Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal. 135
Andrea Rondón García

Una aproximación a los principios del derecho societario. 145
Mario Bariona G.

Apuntes sobre el contrato de maquila. 155
Diego Castagnino

Ley de Propiedad Industrial 1955: Denominación, distintividad sobrevenida y signos distintivos no-tradicionales. 173
Leonel Salazar Reyes-Zumeta

De la capitalización de utilidades en las sociedades mercantiles y su impacto en el impuesto sobre la renta en Guatemala. 201
Carolina Saadeh

Mercados financieros globales y Derecho Internacional. Recorrido de algunas propuestas para combatir la impunidad. 213
Andrés F. Guevara B.

Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social. 229
Jesús A. Villegas Ruiz

El Arbitraje Comercial y su aplicación en el sector público. 255
Leonardo Enrique Viloria

Procedencia y aplicabilidad de la responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas según la ley laboral venezolana. 277
María Verónica Pérez Rojas y José Alexy Farías Juárez

La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves. 297
Rodrigo Quintero Bencomo

Venezuela, España y Arbitraje: breves comentarios a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español. 323
Wilfredo J. Monsalve G.

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES CCCLXIII

Presentación y agradecimientos

La publicación de la sexta edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil coincide con el primer mes de la desaparición física del Dr. Alfredo Morles Hernández, Fundador y Presidente Honorario de nuestra organización, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Política y Sociales, Profesor emérito de la Universidad Católica Andrés Bello, respetado jurista que contribuyó activamente en el estudio y aplicación del Derecho Mercantil en Venezuela.

El Dr. Morles (†) fue quien promovió la creación de esta Revista, y su huella ha estado marcada en cada una de las ediciones publicadas hasta la fecha. Creemos haber cumplido y estar cumpliendo a cabalidad todas sus instrucciones: trabajo disciplinado, acatamiento de la periodicidad semestral, objetividad en las evaluaciones y plena apertura para dar aforo a autores nacionales y extranjeros, de perfiles diversos, desde estudiantes hasta los más experimentados académicos.

Hoy nos toca presentar la sexta edición de la Revista, y con gran satisfacción podemos decir que se han observado obedientemente las instrucciones de nuestro Fundador, siempre orientadas en los tres ejes de acción de SOVEDEM: promover, proteger y actualizar al Derecho Mercantil en Venezuela.

Nuevamente ofrecemos a la comunidad jurídica una Revista adaptada a las recomendaciones de la Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (Dora) y que cumple con nuestro Código de Ética. Por otro lado, nos contenta informarles que, a partir de junio de 2021, nuestra Revista forma parte del reconocido Directorio de Latindex, con lo cual, oficialmente somos una publicación indexada internacionalmente.

Con la publicación de esta sexta edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, seguimos en el empeño de ser una revista de carácter científico, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, y especializada en el área del derecho mercantil.

Siguiendo la tradición de las ediciones anteriores, en esta ocasión, el Comité Ejecutivo de la Sovedem acordó por unanimidad dedicar la sexta edición de la revista en homenaje al Prof. Luis Fernando Ramírez, un respetado abogado, comprometido y promotor del Derecho Mercantil, tanto en las aulas como en el ejercicio profesional.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la Sovedem (www.sovedem.com), el veintitrés (23) de marzo de 2021, 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 diez (10) de mayo de 2021. Se anexa a la presente publicación las Normas y Criterios Editoriales, que fueron plenamente aplicadas en la presente edición.

En esta oportunidad recibimos en total 27 trabajos, que fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego. De los cuales, 17 fueron aprobados, 2 devueltos para su modificación, y 8 rechazados. Los trabajos devueltos para su modificación no fueron enviados corregidos en el plazo establecido.

Queremos agradecer a los 32 revisores que nos apoyaron durante el proceso de evaluación en esta edición, su aporte contribuye con la calidad académica de nuestra revista.

De tal manera que en esta edición contamos con los siguientes artículos:

1. *Breves anotaciones sobre los principios aplicables a la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles: tratamiento en Ecuador y Venezuela.* Nayibe Chacón Gómez y Gladis Proaño Reyes.
2. Comentarios al artículo del Doctor Gabriel Ruan Santos: “Aspectos tributarios de las cuentas en participación”. Nayibe Chacón Gómez.
3. Algunas reflexiones sobre la idea del derecho y el razonamiento jurídico en Venezuela. Ramón Escovar León.
4. Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil. Nasly Ustáriz Forero.
5. Turismo colaborativo: el caso de Airbnb y el Derecho internacional privado venezolano. Claudia Madrid.
6. A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del derecho mercantil y constitucional. José Ignacio Hernández G.
7. Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal. Andrea Rondón García.
8. Una aproximación a los principios del derecho societario. Mario Bariona G.
9. Apuntes sobre el contrato de maquila. Diego Castagnino.
10. Ley de Propiedad Industrial 1955: Denominación, distintividad sobrevenida y signos distintivos no-tradicionales. Leonel Salazar Reyes-Zumeta.

11. De la capitalización de utilidades en las sociedades mercantiles y su impacto en el impuesto sobre la renta en Guatemala. Carolina Saadeh.
12. Mercados financieros globales y Derecho Internacional. Recorrido de algunas propuestas para combatir la impunidad. Andrés F. Guevara B.
13. Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social. Jesús A. Villegas Ruiz.
14. El Arbitraje Comercial y su aplicación en el sector público. Leonardo Enrique Viloria.
15. Procedencia y aplicabilidad de la responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas según la ley laboral venezolana. María Verónica Pérez Rojas y José Alexy Farías Juárez.
16. La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves. Rodrigo Quintero Bencomo.
17. Venezuela, España y Arbitraje: breves comentarios a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español. Wilfredo J. Monsalve G.

Agradecemos a los autores por su contribución.

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

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

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

Caracas, junio de 2021

Comité Ejecutivo de SOVEDEM

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Dra. Nayibe Chacón Gómez
Directora General

Prof. Diego Castagnino
Director-Editor

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang de Negrón
Asesor Académico

Semblanza homenaje a don Luis Fernando Ramírez Ramírez

Por Mario Bariona G.*

Es un honor para mí presentar a los lectores la semblanza de d. Luis Fernando Ramírez Ramírez, uno de aquellos hermanos que no te dio la sangre, pero que te regala la vida.

La sexta edición de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil se viste de gala para homenajear a uno de los docentes más respetados del derecho mercantil en Venezuela. De incondicional entrega al impartir cátedras de pregrado y postgrado; siempre su mano tendida a las universidades para aumentar el bagaje de conocimientos de los alumnos; irreverente al momento de enseñar las materias más complicadas, más desafiantes. Experto al sistematizar los temas de estudio. Generoso, titular de esa misma generosidad con que regala el alimento la tierra andina, de la cual, d. Luis Fernando, jamás se separó.

Dedico el honor que se me hace, a todos y cada uno de los integrantes de la promoción de abogados de la Universidad Católica Andres Bello año 1984, quienes compartieron con el Dr. Ramirez los años de rigurosa formación académica, de conocimientos forjados por la fragua de los excelsos profesores que nos acompañaron en el camino del conocimiento.

d. Luis Fernando recibió esas enseñanzas y las hizo suyas. Pero habían crecido demasiado y decidió compartirlas, entregarlas a las nuevas generaciones que ayudó a formar. La docencia estaba en sus venas. No podía evitar transmitir el derecho, revivirlo, interpretarlo, convertirlo en apunte, en examen, en herramienta para toda la vida de los abogados que crecieron gracias a él.

Luis Fernando Ramírez Ramírez nació un 4 de noviembre de 1962 en Caracas, Venezuela. Hijo del abogado don José Atilio Ramírez Sánchez y doña Libia Eden Ramírez Corredor.

---

* Abogado de la Universidad Católica Andres Bello 1.984. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela 1986. Profesor de Derecho Societario y del Derecho de Contratos y Obligaciones Mercantiles en los post grados de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro fundador y Director de la AVA.

Desde muy temprana edad fue educado con los mejores valores humanos y con un sentido de pertenencia muy grande, tanto por la familia como por la cultura andina que caracteriza a la familia.

Realizó sus estudios de Preescolar y primaria en el colegio Agustiniano Cristo Rey, culminándolos en el colegio Santo Tomas de Villanueva, donde fue promovido a secundaria. De esa manera logró terminar sus estudios de bachillerato en el año de 1979, obteniendo numerosos reconocimientos por excelencia académica. Le fue otorgado el título de bachiller mención ciencias.

En ese mismo año inicio sus estudios universitarios en la universidad Católica Andrés Bello en la carrera de Derecho, donde luego de 5 años de logró el título de Derecho para ser abogado de la Republica, en el año de 1984.

Al concluir la carrera de derecho, continuó sus estudios en Postgrado específicamente en Derecho Mercantil, en la universidad Central de Venezuela, facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, donde obtuvo el título de especialista en Derecho Mercantil en el año 1987. Adicionalmente, realizó una especialización en Derecho del Trabajo, volviendo a su primera casa de estudio: La Universidad Católica Andrés Bello.

Como parte de su formación para la docencia obtuvo la certificación de "Locutor Público" en el curso de "Locución" dictado por el Sindicato de Profesionales de Trabajadores de Radio, Teatro, Cine, Televisión y afines del Distrito Federal y Estado Miranda en el año 1985.

Perteneció a los siguientes instituciones a lo largo de vida laboral: Colegio de abogados del Distrito Federal (1984); Asociación de egresados de la facultad de derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; Asociación Venezolana de Abogados Egresados de los cursos de postgrado de la Universidad Central de Venezuela; fue miembro del Sindicato Profesional de Trabajadores de Radio, Teatro, Cine, Televisión y afines del Distrito Federal y el Estado Miranda; fue miembro de la Asociación de Profesores de la Universidad Católica Andrés Bello; Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela y la Asociación Venezolana de Derechos de Seguros.

Sus aportes a la docencia serán recordados por diversas generaciones de alumnos. De extrema profundidad y análisis metódico en sus enseñanzas, impartió las cátedras de Derecho Mercantil en pre-grado, "Quiebra y Atraso", "Derecho Mercantil Profundizado III", "Derecho de Seguros" en los postgrados de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y en el Instituto Universitario de Seguros.

Pilar fundamental de los postgrados organizados por la Universidad Católica Andres Bello a través de su coordinador Padre Fernando Pérez Llantada S.J. en unión

de los Colegios de Abogados de diversas ciudades de Venezuela. Impartió cátedras en Maracay, Valencia, Maracaibo, Valera, Maturín, Puerto Ordaz y Ciudad Bolívar entre otras.

Autor de diversas publicaciones como lo son: "Las medidas preventivas o ejecutivas contra las compañías de seguros" en la revista internacional de seguros (1990) y del trabajo "El beneficio de atraso en el derecho concursal venezolano: Nuevas tendencias" Contenido en la obra "Ensayos de Derecho Mercantil Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñes".

Su experiencia laboral comenzó en año 1984 en el escritorio jurídico "Dr. José Atilio Ramírez Sánchez", como asistente legal y una vez terminara sus estudios universitarios, obtuvo muchos cargos como lo fueron: Abogado de la consultoría jurídica en el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (1985); Abogado adjunto en la dirección de protección social de la Fiscalía General de la Republica, ministerio público (1985-1989); Gerente legal en Seguros La Metropolitana (1989-1994); Gerente de legal en Seguros la General (1994-1995); vicepresidente de legal y finanzas y consultor jurídico en seguros la Confederación del Canadá Venezolana (1995-2000); Abogado asociado en el Estudio jurídico Bariona, Bolinaga & Villasmil (2000-2005); Consultor jurídico en UNISEGUROS (2005-2006); Abogado asesor en Iberoamericana de seguros (2007-2012); Consultor jurídico en Pilotes Perforados "Pilperca" (Desde 2012 hasta su jubilación en el 2018), Asesorías jurídicas Reaseguradora Delta (2012-2018).

Hombre de bien, contrajo matrimonio con Tahillyn Virginia Lovera Reyes. De dicha unión nacieron Atilio Fernando Ramírez Lovera Valentina y Virginia Ramírez Lovera.

El 10 de octubre de 2019 fallece en la ciudad de Caracas, d. Luis Fernando Ramírez Ramírez dejando a su madre Libia Ramírez, su esposa Tahillyn Lovera y sus dos hijos Atilio y Valentina Ramírez Lovera.

No es posible concluir, sin aquella frase memorable que el Dr. Ramírez solía decir al concluir actos protocolares, tanto laborales como universitarios: *"Colegas, vamos a pedirle a Dios que nos ilumine para defender siempre las causas justas y que en todo momento, nuestros actos públicos, estén marcados por los inmutables principios de la justicia y la moral." Luis Fernando Ramírez Ramírez.*

Breves anotaciones sobre los principios aplicables a la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles: tratamiento en Ecuador y Venezuela

Nayibe Chacón Gómez*
Gladis Proaño Reyes**
RVDM, Nro. 6, 2021. pp-15-31

Resumen: Cuando se habla de prueba electrónica se hace referencia a la forma o al medio de probar las obligaciones que han sido creadas, modificadas o cumplidas y, por tanto, extinguidas en el entorno electrónico, principalmente el valor del documento electrónico y de la firma igualmente electrónica que lo acompaña. Para lo cual los autores suelen realizar una aproximación conceptual y de principios que rigen la actividad en el entorno electrónico, y que se encuentran incluidos en la mayoría de las legislaciones dedicadas al comercio electrónico. En el artículo se revisa principalmente el principio de equivalencia funcional y su especial significación en la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles.

Palabras claves: prueba electrónica, equivalencia funcional, obligaciones mercantiles, principios probatorios.

Brief notes about the principles applicable to electronic proof of commercial obligations: treatment in Ecuador and Venezuela

Abstract: *When talking about electronic evidence, reference is made to the form or means of proving the obligations that have been created, modified or fulfilled and, therefore, extinguished in the electronic environment, mainly the value of the electronic document and the equally electronic signature accompanying it. For which the authors usually make a conceptual approach and of principles that govern the activity in the electronic environment, and that are included in most of the laws dedicated to electronic commerce. The article mainly reviews the principle of functional equivalence and its special significance in the electronic proof of commercial obligations.*

Keywords: *Electronic evidence, functional equivalence, commercial obligations, evidentiary principles.*

---

* Abogada, Especialista en Derecho Mercantil, Doctora en Ciencias Mención Derecho, Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

** PhD(c) en Ciencias Jurídicas, PhD en Educación, Doctora en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derecho Procesal Penal y Justicia Indígena, Especialista Superior en Docencia Universitaria, Abogada de Juzgados y Tribunales; Licenciada en Ciencias Políticas, Sociales y Económicas, Diplomado en Criminalística y Derecho de los Pueblos Indígenas en el Sistema Universal de los Derechos Humanos. Profesora de posgrado en maestría de Derecho Penal en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad San Martín de Porres.

Breves anotaciones sobre los principios aplicables a la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles: tratamiento en Ecuador y Venezuela

Nayibe Chacón Gómez*
Gladis Proaño Reyes**
RVDM, Nro. 6, 2021. pp-15-31

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1.- Consideraciones entorno a las obligaciones mercantiles y el entorno virtual. 2.- La regulación de las obligaciones mercantiles electrónicas. 3.- El principio de equivalencia funcional y la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Cada vez son más las operaciones comerciales que se realizan por medio del uso de las tecnologías, Internet y demás redes, así como sus aplicaciones y plataformas, han permitido un flujo constante e incrementado de transacciones. Si bien los autores apuntan1 que en el caso de Ecuador, el modelo de negocio del comercio electrónico no se había asentado del todo producto de ciertos factores que limitaban que los consumidores de ese país compraran en forma electrónica, entre los que se destacan el miedo a las estafas de negocios que no son confiables, el no contar con tarjetas de crédito o débito para realizar los pagos, la cultura de las personas de comprar en forma presencial y no tanto virtual, el desconocimiento en el proceso de compra en sitios web, situaciones que se también pueden ser consideradas en el caso de Venezuela.

Pero de a poco, y principalmente por las medidas de bioseguridad impuestas en estos países debido a la emergencia sanitaria por la pandemia del virus Covid-19, estas situaciones se han ido desvaneciendo. Lo cual ha traído nuevamente la necesidad de

---

* Abogada, Especialista en Derecho Mercantil, Doctora en Ciencias Mención Derecho, Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

** PhD(c) en Ciencias Jurídicas, PhD en Educación, Doctora en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derecho Procesal Penal y Justicia Indígena, Especialista Superior en Docencia Universitaria, Abogada de Juzgados y Tribunales; Licenciada en Ciencias Políticas, Sociales y Económicas, Diplomado en Criminalística y Derecho de los Pueblos Indígenas en el Sistema Universal de los Derechos Humanos. Profesora de posgrado en maestría de Derecho Penal en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad San Martín de Porres.

1 Bernardo Zambrano Velasco, Esther Briggitte Castellanos Espinoza, y Mario Andrés Miranda Guatumillo, «El E-Commerce en las empresas ecuatorianas: Un análisis de los informes de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico (CECE) en el marco de la pandemia covid-19», *Revista Publicando*, 8(29): 13-20, doi.org/10.51528/rp.vol8.id2176

revisar los principios y conceptos que revisten las relaciones comerciales realizadas por medios electrónicos.

Cuando se habla de prueba electrónica se hace referencia a la forma o al medio de probar las obligaciones que han sido creadas, modificadas o cumplidas y por tanto extinguidas en el entorno electrónico, principalmente el valor del documento electrónico y de la firma igualmente electrónica que lo acompaña. Para lo cual los autores suelen realizar una aproximación conceptual y de principios que rigen la actividad en el entorno electrónico, y que se encuentran incluidos en la mayoría de las legislaciones dedicadas al comercio electrónico, los mensajes de datos y las firmas electrónicas, como ocurre en Ecuador; y en el caso de Venezuela una ley exclusiva sobre mensajes de datos y firmas electrónicas.

1.- Consideraciones entorno a las obligaciones mercantiles y el entorno virtual

Tradicionalmente se ha indicado que no existe una teoría propia del Derecho Mercantil acerca de las obligaciones, es decir, que se trata de las mismas que se encuentran reguladas por el Derecho Civil, aunque se reconoce que los sujetos y el objeto en las obligaciones que surgen de la relación tuteladas por el Derecho Mercantil puede revestir un tratamiento particular y característico dentro de la legislación.

Los sujetos dentro de las relaciones comerciales son por una parte comerciantes y, de otra parte, consumidores y usuarios; o también pueden ser dos comerciantes, e incluso pueden referirse solamente a consumidores o usuarios; y en cuanto al objeto, será la realización de uno o más actos de comercio, o cualquiera otra actividad que se encuentra reconocida como comercial. En este sentido, Gómez Calero advierte que "se trata en mayor parte, de obligaciones contractuales, en cuanto nacidas de actos de comercio que revisten la condición jurídica de contratos, con lo que el contrato es aún, (…) la fuente principal de las obligaciones mercantiles."[2] Por su parte, el citado autor otorga una noción de obligación mercantil entendida como

> relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de la otra, o bien al intercambio recíproco de bienes o servicios a través de la cooperación igualmente recíproca. (…) una situación bipolar, en la que se distinguen como elementos estructurales los sujetos, el objeto y el vínculo jurídico.[3]

---

[2] Juan Gómez Calero, «Las Obligaciones Mercantil», en *Derecho Mercantil*, coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez (Barcelona: Ariel, 2002), 209-221.

[3] *Gómez Calero*, «Las Obligaciones Mercantil»210.

En lo que a comunicaciones se refiere, Internet junto a todas las aplicaciones de redes sociales que los dispositivos de tecnologías disruptivas permiten emplear para la realización de un sinfín de cosas, han resultado ser el fenómeno de mayor expansión e impacto que se haya dado nunca. Estos dispositivos y demás elementos tecnológicos no sólo han contribuido a que se produzcan cambios en el terreno de las comunicaciones, sino que también han proporcionado un desarrollo espectacular de la economía digital, reflejado en los mercados financieros y el flujo comercial, así como en las formas cada vez más innovadoras en que se realizan las actividades comerciales, especialmente en el ámbito de las posibilidades para los consumidores y usuarios.

Son esas innovaciones en la forma de hacer el comercio, lo que ha puesto al comercio electrónico en un rol de gran trascendencia tanto en la economía, como en la política y la sociedad del mundo entero. Desde sus orígenes hasta la actualidad, el comercio electrónico siempre se ha encontrado en continua evolución, en lo que se percibe como una eterna fase de transformación y descubrimiento en su entorno tecnológico y jurídico-comercial, aunque se precisa tener un concepto transversal de lo que se entiende por comercio electrónico, ya que es de allí de donde surge el mayor número de las obligaciones mercantiles.

Zambrano Velasco y otros, definen el comercio electrónico como la "transacción de bienes y servicios que se realiza entre un comprador y un vendedor, mediante una plataforma electrónica o en internet. El comercio electrónico se puede desarrollar entre Empresa-Consumidor B2C o Empresa-Empresa o B2B."[4]

Siempre hay lugar para preguntarse si existe alguna diferencia entre las transacciones que se hacen por medios electrónicos y las ya conocidas y tuteladas por el derecho mercantil, y como en otras ocasiones se ha dicho,[5] la respuesta, una vez más debe ser negativa, es decir, la compraventa, los servicios financieros, entre otros, realizados en línea, en cuanto a su naturaleza jurídica, no son distintos a los ya establecidos en el ordenamiento jurídico, a los que se realizan de forma presencial.
En opinión Rodner, que se comparte íntegramente,

> El comercio electrónico no es una fuente nueva de obligaciones. La naturaleza vinculante de las relaciones en una operación de comercio electrónico, nace con base en la figura jurídica subyacente que forma parte de la relación. En la mayoría de los casos de comercio electrónico estamos frente a simples contratos de compraventa o contratos de servicio. El comercio electrónico está constituido por actos o negocios jurídicos

---

[4] Zambrano Velasco, Castellanos Espinoza, y Miranda Guatumillo, «El E-Commerce en las empresas ecuatorianas: Un análisis de los informes de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico (CECE) en el marco de la pandemia covid-19», 17.

[5] Nayibe Chacón Gómez, *La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad comercial*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005): 33-34.

> de naturaleza unilateral o bilateral, los cuales corresponden en su gran mayoría, a contratos tipo dentro de la mayoría de los países de derecho civil. Si bien el comercio electrónico no crea una nueva fuente de obligaciones, si crea una forma nueva de expresión de la voluntad de las partes en un negocio jurídico. Esta expresión no es por escrito y no es verbal, sino electrónica. (…) Una nueva forma de manifestar esta voluntad es el mensaje electrónico. (…) el negocio jurídico electrónico es un contrato u otra forma de negocio jurídico, el cual se evidencia en un instrumento generado en forma electrónica, en lugar de forma física, y donde las voluntades se evidencian mediante códigos que identifican a las personas y certifican sus voluntades de estar obligadas. En la generación de un negocio electrónico, el intercambio de información y, por ende, el intercambio de voluntades que dan lugar al nacimiento de la relación jurídica, interpone unas máquinas entre las personas."[6]

Cabe mencionar ciertas características de la forma electrónica de hacer negocios de los cuales surgen, se modifican o, se extinguen obligaciones mercantiles. En primer lugar, la emisión de la oferta y la aceptación en estos negocios jurídicos electrónicos; en segundo lugar, la naturaleza internacional, los medios electrónicos han creado un medio mundial sin límites, de manera que ninguna empresa que ofrezca bienes o servicios en Internet está obligada a dirigirse exclusivamente a un mercado geográfico concreto. Por último, la naturaleza interdisciplinaria del comercio electrónico, y el consiguiente impacto en las fuerzas de convergencia.

> El mundo de hoy se encuentra conquistado por una gran cantidad de aparatos móviles que están inmersos en cada una de las actividades diarias que realizan las personas, dispositivos tecnológicos que son utilizados por éstos con la finalidad de informarse, analizar la realidad, activar relaciones con otros y principalmente comunicarse. Este escenario ha traído consigo principalmente el reajuste en relación con las formas de comunicación entre pares, al tiempo que se ha encargado de imponer una escala nueva de valores y canales de intercambio cuya característica principal está dada por la existencia de una mayor interacción en la relación empresa/cliente.[7]

Es de sumo interés más escapa de los límites del presente estudio, el tema de la oferta y la aceptación en el entorno electrónico, no obstante, se debe tener en cuenta que, en la mayoría de los negocios jurídicos electrónicos, el intercambio de oferta y aceptación no se produce de forma simultánea. Se pueden distinguir dos momentos: primero: el comprador, en una operación comercial, hace su pedido a través del sitio web o aplicación, la cual llega al vendedor; y segundo: el vendedor analiza el pedido

---

[6] James Otis Rodner, «El Negocio Jurídico Electrónico en Venezuela», en *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001): 23.

[7] Freddy Lalaleo-Analuisa, Diego Bonilla-Jurado, y Rodolfo Robles-Salguero, «Tecnologías de la Información y Comunicación exclusivo para el comportamiento del consumidor desde una perspectiva teórica», *Retos Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, vol. 11, n° 21, (2021): 147-164. https://doi.org/10.17163/ret.n21.2021.09.

y envía su aceptación. Surgen algunas interrogantes: ¿quién hace la oferta y quién la acepta?, ¿cuándo nace el negocio?, entre otras. Las respuestas no son del todo claras.

> La doctrina británica considera que las ofertas hechas a través de las pantallas electrónicas (*websites)* no son sino formas análogas, a las compras de productos expuestos por un comerciante en la ventana de una tienda donde la vitrina es una pantalla. La pantalla electrónica *(website)* es una descripción de una serie de productos y de una serie de precios aplicables a los productos y condiciones para las compras de los mismos. Siguiendo la jurisprudencia inglesa, la doctrina británica considera que las ofertas por pantalla son una invitación a ofrecer y no una oferta. Si la oferta por pantalla es una invitación a ofrecer, significa que la oferta de compra la realiza el adquirente del producto. Es el adquirente el que le envía una oferta a la pantalla para adquirir el producto y la pantalla le responde aceptando su oferta o indicándole algunos términos sobre ella.[8]

Ha correspondido al ordenamiento jurídico, interno e internacional, adaptarse a las cada vez mayores innovaciones tecnológicas que han penetrado la realización del comercio.

En este sentido, no se puede dejar de mencionar el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea,[9] que entró en vigor en el mes de julio de 2020, que tiene por objetivo "garantizar un trato equitativo y transparente de los usuarios profesionales a través de plataformas en línea, proporcionándoles opciones de reclamación más efectivas cuando afrontan dificultades, creando un entorno reglamentario predecible y que propicie la innovación para las plataformas en línea en la Unión Europea.

Este reglamento, es aplicable a las plataformas en línea que abarcan una gran variedad de actividades, tales como: mercados en línea; redes sociales y canales de contenido creativo; plataformas de distribución de aplicaciones; páginas web de comparación de precios; mercados económicos colaborativos, en la medida en que cuenten con la participación de usuarios profesionales; y motores de búsqueda en línea en general. Estableciendo condiciones para la prestación de estos servicios, y los requisitos para las reclamaciones que hubiera lugar.

Queda claro que la legislación basada exclusivamente en la utilización de documentos en papel, se encuentra lejos de fomentar o facilitar el comercio electrónico e, incluso llegar a ser suficiente y efectiva para estos retos que las aplicaciones tecnológicas han ido desarrollando, puesto que, como es de esperar, los requisitos formales, de documentos escritos y firmados, obstaculizan el tráfico comercial por estos medios electrónicos y plataformas de servicios interconectados.

---

8 Rodner, «El Negocio Jurídico Electrónico en Venezuela», 38.

9 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AUTO/?uri=celex:32019R1150

Sin embargo, esta necesidad de regular los efectos jurídicos de las relaciones comerciales que tienen lugar en el escenario virtual, no es novedoso han existido numerosos intentos por reglar la existencia, validez y prueba del contenido de los mensajes transmitidos vía electrónica, es decir de los mensajes de datos.[10]

2.- La regulación de las obligaciones mercantiles electrónicas

Los autores apuntan como un antecedente de las regulaciones contemporáneas la Ley Modelo para el Comercio Electrónico, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (en los sucesivo UNCITRAL, sus siglas en idioma inglés) del 1996 la cual, una vez aprobada por un país determinado, sería aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizados en las actividades comerciales internacionales. En este mismo orden de ideas, se encuentra el trabajo de la Cámara de Comercio Internacional que dio por resultado las "Reglas Uniformes para Comercio Electrónico y Pago Electrónico" (URETS); en las cuales, las partes de una relación jurídica podrán someter la misma a dicha reglas. Aunque ambos cuerpos normativos tienen disposiciones similares, existe una diferencia trascendental, puesto que, las últimas (URETS), no se aplican a operaciones del consumidor, sino únicamente a operaciones de comercio mayor.

En Venezuela, prescindiendo lo establecido en la precitada Ley Modelo de la UNCITRAL[11] se dictó el Decreto N° 1.204 con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, promulgado en un contexto nacional abierto a las innovaciones tecnológicas, este Decreto-Ley viene a formar parte de los antecedentes de la regulación en la materia de tecnologías de la información y de las comunicaciones, que se suma a las actividades legislativas que han tenido como fin la adecuación y puesta al día del ordenamiento jurídico venezolano al desmesurado desarrollo tecnológico.

En Ecuador, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se encuentra vigente desde 2002, reconoce la importancia que ha tenido el uso de sistemas de información y de redes electrónicas, incluida Internet para el desarrollo

---

[10] "Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax." Resolución 51/162 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996 Ley Modelos de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

[11] "Ninguna mención se hace de los trabajos de Uncitral o de la Directiva de la Comunidad Europea. El rechazo de estas fuentes o su ignorancia no deja de ser preocupante, porque las leyes modelo de Uncitral están acompañadas, cada una de ellas, de una guía para su incorporación al derecho interno, "con miras a asistir a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial". La comprensión de las normas de las leyes modelo de Uncitral se facilita enormemente por unas guías que han sido redactadas en un lenguaje impecable y de modo meticuloso. El desdén por este material de valor internacional no tiene sentido." Alfredo Morles Hernández, «Introducción», en *La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*. (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001): 13.

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, asimismo se considera que por estas redes de comunicación e información, se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y controlarlos, mediante la expedición de una Ley especializada sobre la materia.[12]

Aunque la ley ecuatoriana atiende aspectos propios del desarrollo del comercio electrónico, que la ley venezolana deja de lado, se puede decir que a grandes rasgos ambas legislaciones tienen incorporados los principios que han sido reconocidos por la doctrina como propios del desarrollo tecnológico, a saber:

- **Equivalencia funcional**: el documento de soporte informático produce los mismos efectos del documento contenido en papel, con la firma autógrafa del autor.
- **Neutralidad tecnológica**: la no adhesión a una sola tecnología en las regulaciones.
- **Imposibilidad de alterar el derecho preexistente de las obligaciones y contratos**: en los contratos electrónicos los elementos esenciales del negocio jurídico no deben ser modificados, ya que se trata sólo de un medio de representación de la voluntad negocial.
- **Buena fe en materia de la contratación electrónica**: en la utilización de los medios informáticos para la realización de los negocios jurídicos debe existir un alto grado de confianza entre todos los participantes.
- **Libertad contractual**: se representa, por una parte, como la libertad de elección de la forma electrónica para la celebración de negocios jurídicos y, por otra parte, la libertad de contenido, es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes.

3.- El principio de equivalencia funcional y la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles

La prueba o evidencia de la ocurrencia de los hechos es una constante a lo largo de la vida de las personas, por lo que no es de extrañar que Hernando Devis Echandía refiera en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial" que existe un concepto ordinario o vulgar de la prueba y otro concepto o noción técnica que se ve influenciada por la clase de actividad o de la ciencia a la que se le aplique,[13] por lo que se puede inferir que no existe una definición única e inequívoca de la prueba, lo cual no deja de ser im-

[12] Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes De Datos, Ley No. 2002-67. Registro Oficial 557-S, 17-IV-2002. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_comelectronico.pdf

[13] Hernando Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, S.A., 1981). 9.

portante, puesto que como refiere el adagio de "tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo".[14]

En este sentido, a los efectos de contar con una definición de prueba que a su vez permita diferenciar entre la prueba en sí misma del medio de prueba, se tomará la siguiente:

> Pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba).[15]

En este mismo orden de ideas, Borges Blázquez define la prueba como:

> la actividad procesal de las partes-de demostración-y del juez -de verificación- mediante la que se busca el convencimiento psicológico en el juzgador sobre la verdad de los datos allegados al proceso. La prueba puede ser un fin y un medio. La prueba como fin es la encaminada a la demostración de la existencia y el contenido de un hecho del que depende un derecho. Como medio es el conjunto de recursos que pueden utilizarse para obtener dicha demostración, el fin de la prueba.[16]

Si bien, puede existir medio sin prueba, es decir, que no evidencia nada de lo alegado, no puede existir prueba sin medio, puesto que de alguna forma se requiere que las partes dentro del proceso logren o pueden llevar a la convicción del juez o del árbitro, lo alegado. Así, la doctrina tradicionalmente anota como principios de la prueba: 1) de la autorresponsabilidad, 2) de la veracidad, 3) de la libre apreciación, 4) de la unidad de la prueba, 5) de la igualdad, 6) de la publicidad, 7) de la formalidad y legitimidad de la prueba, 8) de la libertad de medios de prueba, 9) de la separación del investigador y del juzgador, 10) de la licitud de la prueba, 11) de la comunidad de la prueba o adquisición procesal, 12) de la contradicción de la prueba, 13) del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba y de su señalamiento, y 14) del derecho a la prueba.[17]

Estos principios, que deben estar presente en la prueba electrónica, se deben concatenar con los principios del desarrollo tecnológico, puesto que en materia de las

---

[14] Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 13.

[15] Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 29.

[16] Raquel Borges Blázquez, «La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea», *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 25 (2018): 536-549. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572018000100018&lng=es&tlng=es

[17] Paola Ramos Martínez, «Tratamiento jurídico del documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano», Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda Época), n° 2 (2017): 95-129. https://docs.wixstatic.com/ugd/fe8db5_c28b526b477e4208a0f1d65121d39402.pdf

obligaciones que han surgido, transformado o extinguido en el medio electrónico, siendo el principio de equivalencia funcional el que cobra vital importancia, para probar la existencia, modificación o extinción de las obligaciones mercantiles en el entorno electrónico.

Este principio se encuentra en la mencionada ley ecuatoriana, en el artículo 2 que consagra bajo el título "reconocimiento jurídico de los mensajes de datos", que éstos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Por su parte, en la ley de mensajes de datos y firmas electrónicas venezolana, son los artículos 4 y 6 de los que se desprende este principio.

Sin embargo, no toda la doctrina consultada concuerda con que exista tal equivalencia funcional entre el documento tradicional y el documento electrónico, en cuanto a la prueba, según Galvis Lugo y Bustamante Rúa,

> la prueba electrónica dista significativamente de lo que se conoce como prueba documental, pues tanto en su génesis como en su práctica, su contenido, su traslado al proceso, sus vicisitudes, su apreciación por el juez del conocimiento, etc., se encuentran marcadas diferencias, lo que permite inferir, con alto grado de acierto, que el tratamiento equivalente que la ley otorga a ambos medios de prueba implica que la verdad de los hechos, que en última instancia es lo que persigue la garantía del debido proceso, contenida a su vez en el derecho procesal contemporáneo, no llegue de forma correcta al juez del conocimiento, conllevando que hechos que no ocurrieron puedan ser tenidos como probados, y de la misma manera, hechos que sí ocurrieron puedan ser desechados en un juicio civil, colocando en serios aprietos el cumplimiento del postulado de tutela judicial efectiva, lo que amerita una revisión de este principio de equivalencia funcional, pues, de no ser cierto tal principio, la prueba electrónica requeriría de todo un desarrollo normativo, principialístico y procesal para que la representación de los hechos que ella contiene efectivamente llegue al conocimiento del juzgador, y este, a su vez, pueda tener las herramientas necesarias para proferir una decisión justa que resuelva de forma eficaz el conflicto intersubjetivo de intereses que se le plantea.[18]

Es así como, aunque las legislaciones tanto de Ecuador como de Venezuela, incorporen la equivalencia funcional como un principio rector de la materia, esto no se traduce a considerar como una misma cosa el documento electrónico que el instrumento escrito, el documento electrónico es el elaborado por medio de un ordenador o computadora, siendo su autor identificable por medio de códigos, claves u otros procedimientos técnicos, y conservado en la memoria de éstas o en memorias virtuales externas.[19]

---

[18] Angela Inés Galvis y Mónica María Bustamante Rua, «La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana» *Ius et Praxis*, vol. 25, n° 2, (2019): 189-222. http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1311/626

[19] Nayibe Chacón Gómez, «Perspectiva de los medios electrónicos en el derecho procesal», en *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, coord. Ximena Puente de la Mora, (Colima, México, Universidad de Colima, 2011): 355-344.

En este sentido, de la Madrid Andrade,[20] afirma que el documento electrónico se diferencia del escrito tradicionalmente considerado, en que la información memorizada sobre soportes informáticos precisará de la intervención de la maquina o de la propia tecnología en que ha sido creado para su posterior reproducción, y en el caso de ser considerado un medio de prueba, para que sea llevado a la consideración del juzgador en el proceso que se trate.

> Los documentos electrónicos están escritos en lenguaje binario (el cual utiliza sólo los números 0 y 1), hexadecimal (que emplea números del 0 al 9 y letras de la "A" a la "F") o alfanumérico (que se sirve de los números 0 a 9 y de letras de la "A" a la "Z"), integrado por un conjunto de bits, que son la unidad mínima de información que puede ser procesada por una computadora y que consisten en una combinación 0/1 (o si/no, en inglés on/off), de tal manera que una secuencia de ocho bits forma bytes que, una vez decodificados por la computadora, muestran imágenes, sonidos o textos.[21]

En ese universo de algoritmos y fórmulas matemáticas que se encuentran detrás de cada documento o de cada acción que tiene lugar en el entorno virtual, nacen, se modifican y surgen obligaciones comerciales que revisten interés para el derecho, y especialmente cuando se quiere demostrar en juicio o en un proceso arbitral esa obligación, por lo que esa equivalencia funcional es necesaria, para poder considerar ese mensaje de datos firmado electrónicamente como equivalente al documento escrito tradicionalmente llevado a la convicción del juez o del árbitro, lo cual además requiere de los otros principios del desarrollo del comercio electrónico para lograr el cumplimiento de los principios de la prueba, ambos tienen ciertos aspectos que resultan indispensables, a saber:

> 1) integridad, que la información se haya conservado de forma integra desde que se generó;
> 2) fiabilidad del método empleado con que la información haya sido generada, comunicada, recibida o archivada;
> 3) disponibilidad, que la información sea accesible para su ulterior consulta;
> 4) atribución, que la información sea atribuible a la persona obligada.[22]

Estos aspectos deben concurrir en todo mensaje de datos de forma que no haya duda acerca de la identidad del autor del contenido *in íntegro* del mensaje de datos, el cual es reproducible o se encuentra accesible en cualquier momento en que sea requerido.

---

[20] Mario de la Madrid Andrade, «El valor probatorio del mensaje de datos», en *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, coord. Ximena Puente de la Mora, (Colima, México, Universidad de Colima, 2011): 117-171.

[21] de la Madrid Andrade, «Perspectiva de los medios electrónicos en el derecho procesal», 123.

[22] de la Madrid Andrade, «Perspectiva de los medios electrónicos en el derecho procesal», 135.

Si bien la legislación sobre comercio electrónico, mensajes de datos y firmas electrónicas de Ecuador como la ley de mensajes de datos y firmas electrónicas venezolana consagran estos principios, así como aspectos de la acreditación para proveer servicios relativos a los certificados electrónicos, no se consagra concepto de documento digital, en ninguno de esos textos legales.

En el caso de Venezuela, ha sido por medio de la jurisprudencia de la cual se ha hecho derivar el concepto de documento electrónico asemejándolo al mensaje de datos,

> el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba.[23]

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)[24] de Ecuador, cuya última reforma es del año 2018, si consagra un concepto de documento digital, a la vez que permite que los mismos sean llevados a juicio:

> Artículo 202.- Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.

Lo que si queda meridianamente claro, es que el documento electrónico o digital coloca de la mano los requerimientos de la seguridad tecnológica y de la seguridad jurídica de las operaciones comerciales realizadas en el entorno virtual, y aunque en este breve estudio solo se hace referencia a la importancia en cuanto a la prueba, estos elementos no se pueden desvincular de otros, tales como la protección de la información que es suministrada por las partes en la transacción, lo que lleva a la temática de la protección de los datos personales y de los llamados derechos ARCO,[25] así como a la posible ocurrencia de delitos informáticos, en todos estos casos estos principios

---

[23] Sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso: DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), contra ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., expediente n° 2006-000119, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/rc-00769-241007-06119.htm

[24] Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, última modificación: 21 de agosto de 2018. https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf

[25] Los denominados derechos ARCO, corresponden al derecho que tiene toda persona de acceso, rectificación, cancelación y oposición frente al tratamiento de sus datos personales.

igualmente deben tenerse en cuenta, puesto que de lo contrario no se podrá atender los extremos requeridos para la equivalencia funcional.

Se debe resaltar que tal como anota Riofrío Martínez, eventualmente cualquier documento, sea público o privado, en formato físico o electrónico (digital), puede dar fe de algo en un juicio o en el proceso arbitral de ser el caso, en mayor o menor medida, según su naturaleza se lo permita: algunos llegan a configurarse como prueba plena, mientras que otros no pasan de ser un simple indicio, un principio de prueba, y otros ni siquiera eso. "La eficacia probatoria dependerá de la naturaleza del documento."[26]

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la prueba electrónica presenta algunas interesantes ventajas, que han sido anotadas por Borges Blázquez que, si bien en su artículo se refieren a las pruebas electrónicas dentro del proceso penal, estas ventajas se encuentran presente en la prueba electrónica de cualquier hecho, incluso de los generadores de obligaciones mercantiles, de las cuales se destacan las siguientes:

1° basándose en el factor de integridad requerido del mensaje de datos, puesto que se precisa que el material no haya sido objeto de manipulación, estas pruebas ofrecen una información más objetiva, clara, precisa, completa y neutra que otros medios de prueba como pueden ser las declaraciones de testigos que siempre pueden contradecirse.

2° el tratamiento procesal del medio electrónico se presenta, relativamente sencillo pues en casi la totalidad de los casos los peritos informáticos obtienen fácilmente la información y por medio de un análisis forense diagnostican sobre su veracidad, y el cumplimiento de todos los principios y extremos de ley para ser incorporados al juicio o al proceso arbitral.

3° con el paso del tiempo estas pruebas acabarán conllevando una reducción del coste global del proceso además de agilizarlo al disminuir tanto los costes procesales de impresión de miles de folios como la burocracia dedicada a la gestión y tramitación. Con lo cual se estaría materializando los principios de economía procesal, concentración, unidad de actos y publicidad dando lugar a procesos más rápidos que reviertan en una justicia moderna, ágil y cercana al ciudadano.[27]

---

[26] Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, «Ecuador: Eficacia Natural probatoria de los Documentos Electrónicos No Firmados», *AR: Revista de Derecho Informático*, n° 62 (2003): 1-15.

[27] Borges Blázquez, «La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea», 546-547.

Por supuesto, estas ventajas presentan desventajas, tanto de carácter jurídico como del tipo propiamente tecnológicos. Según Borges Blázquez[28] la dificultad de carácter legal es que, pese a las buenas intenciones de los legisladores, tanto de las organizaciones de comercio internacional y los nacionales no existe regulación suficiente, así como, actualizada al mismo ritmo en que se generan nuevas formas de realizar operaciones mercantiles, generando incertidumbre jurídica en torno a la prueba electrónica.

Por su parte, las dificultades tecnológicas más que de tipo técnico, son más de la relación existente entre las personas y la tecnología, de la carencia de habilidades o competencia en las distintas áreas de la tecnología que son requeridas para tener un acceso más inmediato a la prueba electrónica, de igual manera, es una constante en los tribunales de Ecuador y Venezuela la falta de equipamiento o de equipos actualizados, que permitan a los propios juzgadores tener ese acercamiento directo al medio electrónico, por lo que se requerirá siempre contar con peritos profesionales en documentación digital, por lo que el proceso, cualquiera sea su naturaleza, siempre se presenta como oneroso en materia probatoria.

CONCLUSIONES

El comercio electrónico no constituye una nueva fuente de obligaciones, pero si constituye una forma distinta de manifestación o de expresión de la voluntad de las partes contratantes en un negocio. Cada vez son más y mayores las aplicaciones, plataformas e instrumentos tecnológicos por medio de los cuales son realizadas actividades comerciales de las cuales se generan obligaciones, si bien en el artículo no se hizo un tratamiento específico acerca de la regulación protectora de los derechos de los consumidores y usuarios, no se puede perder de vista su particular tratamiento en la legislación como desarrollo de las normas constitucionales que garantizan los derechos socioeconómicos tanto en Ecuador como en Venezuela.

Aunque en todos los casos, la prueba electrónica sigue siendo un tema recurrente que genera la necesidad de estudios actuales sobre su tratamiento, a los fines de garantizar la aplicación y el cumplimiento armónico de los principios tanto de la prueba como del desarrollo de la tecnología, teniendo en consideración las habilidades y destrezas que se requieren para atender este tipo de situaciones. Es importante advertir, que en el momento en que se está elaborando esta participación, en Ecuador se encuentra recién aprobada la Ley Orgánica de Datos Personales, que probablemente se ha nutrido de las

[28] Borges Blázquez, «La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea», 547.

disposiciones contenidas en 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 (este texto incluye la corrección de errores publicada en el DOUE de 23 de mayo de 2018). Por su parte en Venezuela se está estudiando en la Asamblea Nacional un proyecto de Ley de Comercio Electrónico y una reforma al Código Procesal Civil. De estos textos legales pudieran surgir ciertos aspectos que impacten o que tengan implicaciones en la prueba electrónica de las obligaciones mercantiles.

BIBLIOGRAFÍA

Borges Blázquez, Raquel. «La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea». *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n° 25 (2018): 536-549. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572018000100018&lng=es&tlng=es

Chacón Gómez, Nayibe. *La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad comercial*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005.

Chacón Gómez, Nayibe «Perspectiva de los medios electrónicos en el derecho procesal». En *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, coord. Ximena Puente de la Mora. Colima, México, Universidad de Colima, 2011.

Devis Echandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, S.A., 1981.

Galvis Angela Inés y Bustamante Rua Mónica María. «La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana». *Ius et Praxis*, vol. 25, n° 2, (2019): 189-222. http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1311/626

Gómez Calero, Juan. «Las Obligaciones Mercantil», en *Derecho Mercantil*, coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez. Barcelona: Ariel, 2002.

Lalaleo-Analuisa, Freddy Diego Bonilla-Jurado, y Rodolfo Robles-Salguero, «Tecnologías de la Información y Comunicación exclusivo para el comportamiento del consumidor desde una perspectiva teórica». *Retos Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, vol. 11, n° 21, (2021): 147-164. https://doi.org/10.17163/ret.n21.2021.09.

Madrid Andrade, Mario de la. «El valor probatorio del mensaje de datos». En *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, coord. Ximena Puente de la Mora. Colima, México, Universidad de Colima, 2011.

Morles Hernández, Alfredo. «Introducción». En *La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001.

Ramos Martínez, Paola «Tratamiento jurídico del documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano». *Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (Segunda Época), n° 2 (2017): 95-129. https://docs.wixstatic.com/ugd/fe8db5_c28b526b477e4208a0f1d65121d39402.pdf

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. «Ecuador: Eficacia Natural probatoria de los Documentos Electrónicos No Firmados», *AR: Revista de Derecho Informático*, n° 62 (2003): 1-15. https://www.researchgate.net/publication/28063528_Ecuador_Eficacia_Natural_probatoria_de_los_Documentos_Electronicos_No_Firmados

Rodner, James Otis. «El Negocio Jurídico Electrónico en Venezuela». En *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001.

Zambrano Velasco, Bernardo, Castellanos Espinoza, Esther Briggitte y Miranda Guatumillo, Mario Andrés. «El E-Commerce en las empresas ecuatorianas: Un análisis de los informes de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico (CECE) en el marco de la pandemia covid-19» *Revista Publicando*, 8(29): 13-20. doi.org/10.51528/rp.vol8.id2176

Comentarios al artículo del Doctor Gabriel Ruan Santos "Aspectos tributarios de las cuentas en participación"

Nayibe Chacón Gómez*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-33-36

Si bien la Revista Venezolana de Derecho Mercantil editada por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM, no cuenta con una sección dedicada particularmente a comentarios o recensión de libros o artículos ya publicados que tengan relevancia con el objeto de esta revista, este es el caso de esta participación, la cual busca presentar a los fines de su revisión y lectura, para aquellos profesionales y estudiosos del Derecho que aún no han tenido la oportunidad de hacerlo, el trabajo del Dr. Gabriel Ruan Santos, que lleva por título "Aspectos tributarios de las cuentas en participación", y que se encuentra a publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, n° 154, correspondiente a Enero-Diciembre de 2015, páginas: 391-436 y, lo que es más importante es de acceso gratuito en forma digital, en el siguiente enlace: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS_2015_154_391-436.pdf

Es preciso comenzar este comentario anotando que el Dr. Ruan Santos ha sido profesor de Derecho Administrativo y Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela, la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Metropolitana, ex-presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, acreditaciones que dan mayor merito al contenido del artículo *in comento*, dado que se refiere de un estudio monográfico de una institución tradicional del Derecho Mercantil, realizada bajo la óptica de una persona de reconocida trayectoria dentro de las disciplinas propias del Derecho público, pero que trata de manera "exquisita", si se permite el uso de ese término, la doctrina del derecho comercial nacional, puesto que se cita como antecedente la obra del Dr. José Muci-Abraham, "Asociaciones en Participación" con el objetivo de perfilar un concepto actualizado.

No se echan de menos las citas de la obra de consulta obligada del Dr. Alfredo Morles Hernández, el Curso de Derecho Mercantil, y una referencia al tratadista italiano de todos los tiempos, Francesco Messineo, Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentís Melendo; y a Giuseppe Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*. A estos autores se le suma, el que en opinión de quien escribe estos comentarios, resulta ser el

---

* Abogada, Especialista en Derecho Mercantil, Doctora en Ciencias Mención Derecho, Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

mayor de los aportes, una buena cantidad de sentencias de tribunales nacionales, que han tratado controversias laborales y tributarias con ocasión de contratos de cuentas en participación.

Metodológicamente, el artículo del Dr. Ruan Santos resulta ser un ejemplo de la transdisciplinariedad que se requiere para lograr una comprensión global y no superficial de una institución jurídica, que pudiera encuadrarse exclusivamente dentro de los linderos del derecho comercial, pero que no ha sido en esta oportunidad.

Del contenido del artículo se pueden extraer ciertos fragmentos que permiten evidenciar la actualidad del tema de las cuentas de participación como una de las instituciones propias o autónomas del Derecho Mercantil pero con implicaciones, como se ha visto en las otras ramas jurídicas, por lo que precisa de ese tratamiento transversal que le ha sido otorgado en el artículo del Dr. Ruan Santos,

> El tema de las asociaciones de cuentas en participación siempre ha sido controversial en nuestro país, debido al uso impropio que algunos han pretendido darles para perseguir fines distintos a los que son propios de la figura contractual, especialmente en lo que concierne a las relaciones laborales y al ámbito de los tributos, bien sea por desconocimiento de su naturaleza jurídica o por el propósito no confesable de evitar la recta aplicación de las legislaciones de esas materias.[1]

En cuanto al concepto y las características del contrato de cuenta en participación, quedan revelados en el siguiente párrafo:

> las cuentas en participación derivan ciertamente de la sencillez de la figura, ya que ella se origina en un contrato bilateral, oneroso, consensual, aleatorio, de colaboración entre las partes, con forma escrita necesaria de carácter probatorio, en el cual un sujeto llamado asociante o gestor concede participación a otro –u otros– sujeto denominado asociado o participante, en los resultados de un negocio o varios negocios de su propiedad, o en todos los de su giro comercial, con lo cual ambos hacen fin común la actividad desempeñada por el asociante y consiguientemente, comparten las utilidades o pérdidas que arrojare la misma, sin que los terceros tengan información sobre la existencia de la asociación, pues ésta es invisible para ellos, ni tengan derechos ni obligaciones frente al asociado, sino únicamente frente al asociante o dueño del negocio. Se impone aquí el carácter relativo del contrato que no daña ni aprovecha a los terceros, con excepción del supuesto de quiebra del asociante.[2]

Otro elemento de suma importancia y que igualmente reviste el carácter de aporte de, es el referido a la diferenciación que se hace entre la cuenta de participación y las sociedades mercantiles, citando la obra de Ferri, en el siguiente tenor:

---

[1] Gabriel Ruan Santos, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 154, (2015): 393.

[2] Ruan, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», 394-395.

> Expresa este autor: "La cooperación económica de dos o más personas en el ejercicio de la empresa puede realizarse, además de mediante la constitución de una sociedad, mediante una asociación en participación. Aun respondiendo a una misma exigencia práctica, la de realizar una colaboración patrimonial para obtener un lucro a través del ejercicio de una actividad económica, sociedad y asociación en participación se diferencian netamente, en consideración de las diversas bases jurídicas en que se funda dicha colaboración patrimonial. En las sociedades, a la comunión de resultados corresponde una comunión de medios y de poderes que se realiza a través de la creación de una organización jurídica, en la cual todos los participantes se encuentran cualitativamente, aunque no cuantitativamente, en una misma posición. El fondo social se autonomiza sensiblemente del patrimonio singular de los socios; la gestión del mismo en función de los propósitos sociales de la sociedad creada corresponde a todos los socios, y sobre ese fondo todos los socios tiene cualitativamente los mismos derechos. En la asociación en participación, por el contrario, a la comunión de los resultados no corresponde una comunión de los poderes. La cooperación económica se actúa mediante la transferencia de determinados bienes o sumas del asociado al asociante, el cual adquiere la propiedad y la disponibilidad; la gestión de la empresa es de pertinencia exclusiva del asociante y el asociado no puede en ningún modo interferir la actividad inherente a esa gestión, debiendo aceptar lo que decida el asociante hacer, y pudiendo solamente reservarse un control o tutela de la participación que le ha sido reconocida. Del contrato no surge ninguna organización jurídica, todo se reduce a una relación contractual. El aporte del asociado entra a formar parte del patrimonio del asociante y constituye conjuntamente con los demás bienes de éste la garantía de todos los acreedores… Las relaciones con los terceros conciernen sólo al asociante, el cual sólo adquiere derechos y asume obligaciones frente a ellos… La empresa es común solamente en el sentido de que los resultados de ella van en beneficio o a cargo común: la asociación efectivamente corre las áleas desfavorables de la gestión no menos que aquellas favorables…".[3]

Desde la perspectiva del Derecho Mercantil, se puede advertir el comentario relacionado con los requisitos de forma del contrato de cuenta en participación de conformidad con el contenido de los artículos del Código de Comercio:

> El Código de Comercio confiere amplio espacio a la autonomía de la voluntad de los contratantes para regular el objeto y contenido de las asociaciones en participación. Sin embargo, el mismo legislador señala cuáles son las normas esenciales para la existencia del contrato, en el artículo 363 de dicho Código: "Salvo lo dispuesto en los artículos anteriores, la sociedad accidental se rige por las convenciones de las partes". Esto es, las normas de los artículos 359 (estructura y objeto del contrato) 360 (posición jurídica de los terceros frente al asociante y frente a los asociados, carencia de patrimonio y de personalidad jurídica, relación interna u oculta) 361 (derechos de los participantes frente al asociante) 362 (derechos de los participantes en caso de quiebra del asociante) y el artículo 364, relativo a la forma escrita, ha sido calificado siempre como necesario por la jurisprudencia.[4]

---

[3] Ruan, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», 396-397.

[4] Ruan, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», 398.

Se precisa luego los aspectos laborales y tributarios que se relacionan con este contrato mercantil, haciendo planteamientos que resultan de sumo interés a los efectos de las obligaciones de los sujetos involucrados en la cuenta en participación en su condición de patronos y, la posibilidad de utilizar esta figura como fórmula para defraudar las relaciones laborales. Y en materia tributaria, anotaciones sobre las obligaciones fiscales, especialmente las relativas al impuesto sobre la renta y el impuesta al valor agregado.

De lo dicho se desprende una invitación o quizá la urgente necesidad de revisar de primera el artículo del Dr. Gabriel Ruan Santos, para alcanzar una mejor comprensión de la figura del contrato de cuenta en participación, en especial en estos tiempos que se asoma la posibilidad de materializarse la tan anunciada reforma del Código de Comercio venezolano.

Algunas reflexiones sobre la idea del derecho y el razonamiento jurídico en Venezuela[*]

Ramón Escovar León[**]

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-37-55

Resumen: Este artículo plantea la visión ius positivista que caracteriza a la doctrina y jurisprudencia venezolana y su contraposición con la escuela ius naturalista. Se señalan las bases del razonamiento positivista y sus consecuencias en la resolución de los casos jurídicos. Se afirma que el esquema positivista, como se ha entendido en el foro venezolano, no es suficiente para resolver los casos complejos. Estos últimos deben apoyarse en la teoría de la argumentación jurídica y en el razonamiento inductivo. Además, el sistema oral, con resultados relevantes en la jurisdicción laboral, se apoya en una visión ius naturalista basado en el razonamiento inductivo, lo que la diferencia del razonamiento que ha prevalecido en el sistema procesal venezolano. Explicar estas modalidades de razonamiento jurídico es el objeto de este trabajo.

Palabras clave: Interpretación, razonamiento, derecho, natural, positivo, oralidad.

Some reflections on the idea of law and legal reasoning in Venezuela

Abstract: *This article puts forward the ius positivist vision which characterizes Venezuelan doctrine and jurisprudence and its comparison with the ius naturalist school. The bases of positivist reasoning are pointed out, as well as its consequences in the resolution of legal cases. It is stated that positivist thinking, as it is understood in the Venezuelan forum, is not sufficient to resolve complex cases. Such cases must be based on the theory of legal argument and on inductive reasoning. Besides, the oral system, which has produced relevant results in labor jurisdiction, is supported on a ius naturalist vision based on inductive reasoning, which differentiates it form the reasoning that has prevailed in the Venezuelan procedural system. The purpose of this paper is to explain these different modes of legal reasoning.*

Key Words: *Interpretation, reasoning, law, natural, positive,*

---

[*] Este trabajo corresponde a una línea de investigación que desarrollo y que se alimenta con los cambios que introduce día tras día el sistema judicial de la era chavista. La primera versión fue publicada en Lógoi. Revista de Filosofía. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Escuela de filosofía, semestre enero-junio 2012 en homenaje a Eduardo Piacenza.

[**] Profesor titular en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Abogado *suma cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas (UCAB). Doctor en Derecho (UCV: 1990).

Algunas reflexiones sobre la idea del derecho y el razonamiento jurídico en Venezuela[*]

Ramón Escovar León[**]

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-37-55

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. El razonamiento jurídico. 2. El iuspositivismo y el iusnaturalismo. 3. La génesis lógica de la sentencia. 4. La sentencia como estructura unitaria de sentido. 5. La justificación externa e interna de la sentencia. 6. La tercera vía como propuesta alternativa. 7. El problema de la subsunción. 8. Casos fáciles y casos difíciles.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La idea del Derecho es notoriamente conservadora afirma Dennis Lloyd en su trabajo clásico sobre la idea del Derecho[1]. Esta visión conservadora de la ciencia jurídica se observa en Venezuela en los alegatos forenses y sentencias judiciales. Siendo así el asunto, cabría reflexionar sobre cuál es la idea del Derecho que se tiene en nuestro foro, independientemente de la inspiración democrática o revolucionaria de los operadores jurídicos.

Lo señalado en el párrafo que antecede autoriza a formular la pregunta siguiente: ¿cuál es la visión del Derecho que emerge de los debates judiciales y de la producción jurídica venezolana? ¿Hay diferencias conceptuales entre la idea kelseniana y la idea iusnaturalista del Derecho? Si se examina la dirección de la jurisprudencia y de la doctrina venezolana se podrá advertir el carácter positivista del intérprete jurídico. Esto, además, le imprime un rasgo formalista y ritual a la visión del Derecho en el foro venezolano. Hay una serie de manías[2] que se han arraigado con fuerza devastadora en la cultura jurídica venezolana, las cuales interactúan unas sobre otras. El culto a la ley, la burocratización en la interpretación del Derecho, los formalismos inútiles, la tendencia

---

[*] Este trabajo corresponde a una línea de investigación que desarrollo y que se alimenta con los cambios que introduce día tras día el sistema judicial de la era chavista. La primera versión fue publicada en *Lógoi. Revista de Filosofía*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Escuela de filosofía, semestre enero-junio 2012 en homenaje a Eduardo Piacenza.

[**] Profesor titular en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Abogado *suma cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas (UCAB). Doctor en Derecho (UCV: 1990).

[1] Dennis Lloyd: *The Idea of Law*. London, Penguin, reimpresión 1991, p.327.

[2] Para un estudio de las manías véase Isaías Medina Felizola: *El Hacedor de Derecho*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, serie estudios 95, 2012, Capítulos 9-12, pp. 128-215.

forense de centrar la discusión en los asuntos de procedimiento en lugar de discutir el Derecho sustantivo.

Cada vez que se requiera abordar un asunto jurídico complejo debe atenderse a la corriente de pensamiento jurídico a la que adhiere el intérprete. Entonces surge de nuevo la pregunta: ¿cuál línea de pensamiento jurídico adscribe? ¿Al positivismo o al *iusnaturalismo*? También debe aclararse si el razonamiento jurídico es deductivo o es, más bien, inductivo y, por último, si la sentencia se reduce a un silogismo integrado por una premisa mayor, una menor y una conclusión.

En relación con este tema es necesario referirse a un trabajo clásico sobre el tema. Se trata del libro de Clarence Morris, titulado *Cómo razonan los abogados*[3], el cual fue comentado por la doctrina nacional[4] para destacar que el razonamiento jurídico es problemático y práctico[5] y que es tarea del abogado la resolución de problemas.

1. El razonamiento jurídico

El tema nos pone de frente al problema del método del razonamiento jurídico. Se suele sostener, como ha quedado señalado, que el razonamiento es deductivo. Sin embargo, esta visión debe ser revisada, puesto que las más de las veces el razonamiento es inductivo: a partir del hecho concreto, el jurista inicia su labor para conectar el hecho con una norma, con un principio o con un precedente. Además, la posición del intérprete debe diferir según se adhiera a la escuela positivista o a la escuela *ius* naturalista.

El positivista jurídico se conecta con dos esquemas de razonamiento: el silogismo y la deducción. Es formalista y tiene una tendencia a cierta rigidez en el razonamiento y no suele admitir la posibilidad de estar equivocado. Tiene una tendencia a ser dogmático, rígido e inflexible.

El *iusnaturalista,* por el contrario*,* tiene un espacio mayor en su faena interpretativa. Tiene una tendencia al antiformalismo y privilegia el principio de la realidad sobre las formas. Podríamos señalar que la interpretación que ha desarrollado la Sala de Casación Social está basada en la visión *iusnaturalista* y la de la Sala de Casación Civil, en cambio, se fundamenta en el positivismo.

---

[3] Clarence Morris: *How Lawyers think*.. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1937. Hay traducción al castellano, por María Antonia Baralt, Edit. Limusa, México,1999.

[4] José Manuel Delgado Ocando: "¿Cómo razonan los abogados?", pp. 203-208, *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, T.I, 2001. Este trabajo fue reproducido por el mismo autor en Estudios de Filosofía del Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos Nº 8, Caracas, 2003, pp.43-50.

[5] Véase Hermann Petzold Pernía, "Sobre la naturaleza de la Metodología Jurídica", Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando", Maracaibo, 2008, pp. 130-132.

Pese a que el *iusnaturalismo* está recibiendo adherentes, la mejor doctrina nacional formula críticas a esta tendencia[6]. En especial se resalta la tesis según la cual *el pensamiento iusnaturalista en nuestro medio no ha logrado desarrollar una metodología coherente con sus postulados filosóficos, por lo que incluso los juristas que adoptan dichas ideas tienden a analizar la realidad normativa por medio de herramientas típicas de una perspectiva positivista*[7]. A tales efectos se menciona el ejemplo de Luis Sanojo, quien se proclama *iusnaturalista,* pero luego utiliza métodos de razonamiento propios del positivismo[8]. Esto lleva acertadamente a la profesora María Luisa Tosta afirmar que si bien Sanojo expone declaraciones preliminares de talante *iusnaturalistas*, sin embargo el método utilizado en toda su obra es enteramente positivista[9].

Tal vez sea conveniente señalar algunas ideas que permitan aclarar lo que pretendemos exponer[10]. En verdad pensamos que este asunto se puede resolver definiendo la idea del Derecho que tenemos. Así, si entendemos que el Derecho no es sólo la norma jurídica sino que abarca otros conceptos, como la moral, los principios jurídicos, la doctrina jurídica y las máximas de experiencia, tendríamos que el campo de análisis de interpretación se amplía.

Entonces podríamos usar un ejemplo para demostrar que hay áreas de interpretación que se fundamentan (i) en el *iusnaturalismo* y (ii) que entrañan que el razonamiento jurídico es inductivo-deductivo y no al revés. En efecto, si se pretende desvirtuar la presunción de laboralidad *ex* artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, se debe plantear el denominado *test de laboralidad* que ha elaborado la Sala de Casación Social en su jurisprudencia. Dicho *test* requiere la formulación de una serie de preguntas consagradas en la sentencia número 489 del 13.08.02 que, al responderlas, arrojan unas respuestas que nos dirán si estamos o no frente a una relación laboral[11]. En esta tarea el

---

6 Véase Francisco Delgado, Francisco, *La Idea de Derecho en la Constitución de 1999*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Grado Nº 16, 2008, pp. 104-115.

7 *Ídem*, p. 106

8 Véase María Luisa Tosta, "La Filosofía del Derecho y la Doctrina Venezolana", *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, pp. 24-26.

9 Dice así la profesora Tosta: "De modo que comienza diciendo [Sanojo] que los ejecutores de la ley no deben aplicarla cuando contraría al Derecho Natural y luego dice que conocido el sentido de la ley, hay que observarla puntualmente, por encima de todo, aun si se opone a la equidad o a la razón. El positivismo contenido en la última cita, [transcrita antes en el texto del trabajo] parece reflejar mejor la ubicación de este autor si se tiene en cuenta el método de trabajo que adopta en la obra comentada [Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela] y en las obras que escribe a lo largo de su vida". TOSTA: *La Filosofía del Derecho y la Doctrina Venezolana …cit*, p. 25.

10 Desde luego que dejamos para otra oportunidad el desarrollo de la tesis que exponemos, puesto que no es objeto de este trabajo refutar la tesis de los positivistas. Tan sólo pensamos que el método del *iusnaturalista* puede ser tomado de *iuspositivismo*. Lo que ocurre es que hay una tercera vía (Dworkin) que tiene una idea del derecho más amplia que la que tienen los positivistas.

11 En sentencia Nº 489 del 13.08.2 (caso: FENAPRODO) la Sala de Casación Social reformuló su criterio sobre el denominado test de laboralidad de la manera siguiente:
"No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema

razonamiento de quien plantea el *test* no está dirigido a encuadrar el hecho concreto en el supuesto abstracto de una norma jurídica, sino conectarlo con el concepto jurisprudencial contenido en el precedente laboral. Desde luego que el abogado desarrolla un razonamiento inductivo a partir del hecho, para enlazarlo con el precedente jurisprudencial. Con este ejemplo se advierte, por una parte, que la idea de derecho laboral no se reduce a la norma jurídica y, por otra parte, que el razonamiento es inductivo.

Lo señalado nos permite sostener que la discusión entre el positivismo y el *iusnaturalismo* se puede ver desde una visión práctica. En efecto, si la norma jurídica permite resolver un asunto concreto, éste se revolverá aplicando dicha norma. Al contrario, si el método positivista no permite resolver el caso concreto, entonces se podrá apelar a los principios, máximas de experiencia y los valores reconocidos como tales. No en balde el artículo 4 del Código Civil autoriza aplicar los principios jurídicos en aquellos casos en los cuales no hay una norma jurídica para resolver el problema específico. Por eso la visión *iusnaturalista* moderada es más flexible que el positivismo extremo.

Por su parte, la casación venezolana ha desarrollado una modalidad del formalismo denominado *las técnicas de casación* le ha permitido desarrollar un voluminoso cuerpo jurisprudencial sobre los aspectos de *técnicas* casacionales y procesales en detrimento del Derecho sustantivo. Las discusiones se suelen centrar en la forma sobre el fondo. Decisiones sobre cómputos de lapsos y enredos procesales es lo que nos desborda. El origen de ellas se encuentra en las aulas universitarias, al exigir la memorización y el estudio de caletre. Desterrar esta obsesión sobre las técnicas es uno de los retos que el foro venezolano tiene planteado y ello solo puede hacerse incorporando en los pensum

---

como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:
"Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:
a) Forma de determinar el trabajo (...)
b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
c)Forma de efectuarse el pago (...)
d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).
Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:
a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena".

de los estudios de Derecho materias vinculadas al razonamiento y argumentación jurídica, lo que fue impulsado por el profesor Eduardo Piacenza en el pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello y el postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

En el estudio y comprensión de la manera cómo se razona en el Derecho venezolano y entender, en mi opinión, las razones por las cuales se razona de una manera restringida se debe básicamente alque la sentencia es un silogismo y el Derecho es solo el positivo, dejando de lado cualquier otro modo de entenderlo. Los pilares de la posición tradicional y las razones que la contradicen es lo que me propongo examinar en las secciones siguientes. Con este propósito me referiré a la tesis de Calamandrei de entender la sentencia como un silogismo. Su trabajo es de especial relevancia para Venezuela, porque las fuentes de la casación, tanto civil como laboral, tienen a la monografía de Calamandrei como un referente.

2. El iuspositivismo y el iusnaturalismo

De lo dicho hasta ahora tenemos[12] que desde la vigencia de la Constitución de 1999 se repotencia la comparación entre el positivismo y el iusnaturalismo, como escuelas para resolver los asuntos jurídicos Esto tiene relación con los métodos del razonamiento jurídicos.

El tema nos pone de frente al problema del método del razonamiento jurídico. Se suele sostener, que el razonamiento es deductivo. Sin embargo, esta visión debe ser revisada, puesto que las más de las veces el razonamiento es inductivo: a partir del hecho concreto, se inicia el recorrido para conectar el hecho con una norma, con un principio o con un precedente.

Antes de ilustrar lo indicado en el párrafo que antecede, debemos responder a la pregunta siguiente: ¿A cuál línea de pensamiento jurídico adscribe el intérprete? ¿Al positivismo o al iusnaturalismo? También debe aclararse si el razonamiento jurídico es deductivo o es, más bien, inductivo y, por último, si la sentencia se reduce a un silogismo integrado por una premisa mayor, una menor y una conclusión. La respuesta a las tres interrogantes anteriores, nos llevarán a posiciones diferentes en materia de razonamiento jurídico.

---

[12] Véase mi libro: *Reflexiones sobre el razonamiento jurídico en el sistema de casación venezolano*. Caracas, Editorial Legis, 2012, p. 178-181, de donde he tomado lo que señalo en el texto.

El positivista jurídico se conecta con dos esquemas de razonamiento: el silogismo y la deducción. Es formalista y tiene una tendencia a cierta rigidez en el razonamiento y no suele admitir la posibilidad de estar equivocado. Tiene una tendencia a ser dogmático, rígido e inflexible. El *iusnaturalista,* por su parte, tiene un espacio mayor porque puede ponderar los principios jurídicos con más flexibilidad. Por eso, cuando, por ejemplo, se pondera un principio constitucional, el iusnaturalismo*,* en mi opinión, es un complemento necesario al positivismo. Tiene una tendencia al antiformalismo y privilegia el principio de la realidad sobre la forma y la búsqueda de la verdad, como lo predica el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

Pese a que el iusnaturalismo está recibiendo adherentes, la mejor doctrina nacional formula críticas a esta tendencia[13]. En especial se resalta que hay cierta confusión en estos defensores del Derecho natural porque "el pensamiento *iusnaturalista* en nuestro medio no ha logrado desarrollar una metodología coherente con sus postulados filosóficos, por lo que incluso los juristas que adoptan dichas ideas tienden a analizar la realidad normativa por medio de herramientas típicas de una perspectiva positivista"[14]. En esta misma línea, se había formulado como ejemplo el caso de Luis Sanojo, quien se proclama iusnaturalista*,* pero luego utiliza métodos de razonamiento propios del positivismo[15]. Esto lleva acertadamente a la profesora María Luisa Tosta afirmar que si bien Sanojo se proclama como iusnaturalista, sin embargo el método utilizado en toda su obra es enteramente positivista[16].

Tal vez sea conveniente exponer algunas ideas que permitan aclarar lo que pretendo exponer[17]. En verdad este asunto se puede resolver definiendo la idea del Derecho que se tiene. Así, si se admite que el derecho no es sólo la norma jurídica, sino que abarca otros conceptos: los principios jurídicos, la doctrina jurídica y las máximas de experiencia, tendríamos que el campo de análisis de interpretación se amplía.

---

[13] Véase Francisco Delgado: *La Idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Grado Nº 16, 2008, pp. 104-115.

[14] *Ídem*, p. 106

[15] Véase, María Luisa Tosta: *La Filosofía del Derecho y la Doctrina Venezolana*. En: *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, pp. 24-26. Véase igualmente y de la misma autora: *Lo racional y lo irracional en el Derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009, p. 192.

[16] Dice así la profesora Tosta: "De modo que comienza diciendo [Sanojo] que los ejecutores de la ley no deben aplicarla cuando contraría al Derecho Natural y luego dice que, conocido el sentido de la ley, hay que observarla puntualmente, por encima de todo, aun si se opone a la equidad o a la razón. El positivismo contenido en la última cita, [transcrita antes en el texto del trabajo] parece reflejar mejor la ubicación de este autor si se tiene en cuenta el método de trabajo que adopta en la obra comentada [Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela] y en las obras que escribe a lo largo de su vida". Tosta: *La Filosofía del Derecho y la Doctrina Venezolana …cit*, p. 25.

[17] Desde luego que dejamos para otra oportunidad el desarrollo de la tesis que exponemos, puesto que no es objeto de este trabajo refutar la tesis de los positivistas. Tan sólo pensamos que el método del *iusnaturalista* puede ser tomado de *iuspositivismo*. Lo que ocurre es que hay una tercera vía (Dworkin) que tiene una idea del derecho más amplia que la que tienen los positivistas.

Entonces podríamos usar un ejemplo para demostrar que hay áreas de interpretación que se fundamentan (i) en el iusnaturalismo y (ii) que entrañan que el razonamiento jurídico es inductivo-deductivo y no al revés. En los casos complejos es difícil encontrar enlazar el hecho concreto en el supuesto abstracto de una norma jurídica, sino que más bien hay que enlazar el hecho con algún principio jurídico o con una máxima de experiencia. Esto ocurre en los casos constitucionales como, por ejemplo, cuando se trata de la violación de algún derecho fundamental del ser humano. Esto está ocurriendo constantemente en la Venezuela de los años recientes.

Lo anterior nos permite indicar que la discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo se puede ver desde una visión práctica. En efecto, si la norma jurídica permite resolver un asunto concreto, éste se revolverá aplicando dicha norma. Al contrario, si el método positivista no permite resolver el caso concreto, entonces se podrá apelar a los principios, máximas de experiencia y los valores reconocidos como tales. No en balde el artículo 4 del Código Civil autoriza aplicar los principios jurídicos en aquellos casos en los cuales no hay una norma jurídica para resolver el problema específico. Por eso la visión *iusnaturalista* moderada es más flexible que el positivismo extremo.

El COPP, por su parte, admite el control de la constitucionalidad en su artículo 19 y señala que los jueces deben velar por "la incolumidad de la Constitución", y que, si encuentran que una ley colide con ella, deben atenerse a la norma constitucional. Esto quiere decir que el juez penal debe, en estos casos, ponderar un principio constitucional (o varios) para determinar si la norma colide con ellos; y la ponderación de principios es espacio del iusnaturalismo.

3. La génesis lógica de la sentencia

En relación con la génesis lógica de la sentencia civil, tenemos la postura de Piero Calamandrei, quien expuso su pensamiento en dos momentos distintos de su vida y de su obra. En sus años de juventud escribió su tesis clásica recogida en su estudio *La Génesis Lógica de la Sentencia*[18], en la cual señala que la sentencia es el resultado de un juicio lógico y este proceso lógico es el resultado de un silogismo *explícito o inconsciente*[19]. Este silogismo es, a su vez, el resultado de una cadena de silogismos previos, y en el que se destaca la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión. Este trabajo de Calamandrei ha tenido una influencia determinante sobre el proceso jurídico latinoamericano y muy especialmente en Venezuela.

---

[18] Ver Piero Calamandrei, "La Génesis Lógica de la Sentencia*", Estudios sobre El Proceso Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 369-417.

[19] *Ibíd,* p. 371.

En un trabajo posterior, Calamandrei aludió a su estudio *La Génesis lógica de la Sentencia* y lo calificó como un *ensayo juvenil*[20] y postuló que el método del silogismo es *incompleto y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia*[21]. En otras palabras, con lo que fue su posterior reflexión, Calamandrei predica, a diferencia de lo anterior, que el silogismo es útil pero no suficiente, tesis que muestra la evolución del pensamiento de tan importante autor florentino.

Como consecuencia de la posición inicial de Calamandrei, la propia doctrina italiana añade interesantes reflexiones dirigidas a demostrar que el método deductivo no es la única herramienta para fundamentar los fallos judiciales[22]. No en balde, esa doctrina predica que el error en la motivación no es un defecto lógico de la argumentación, sino que la inmotivación no suministra el material suficiente para comprender la génesis del convencimiento del mecanismo lógico[23]. Por eso Calogero dedica un valioso examen a exponer la utilidad de la máxima de experiencia en el silogismo probatorio, como medio de control casacional al silogismo basado en un método deductivo puramente mecánico.

4. La sentencia como estructura unitaria de sentido

La posición de ver la sentencia como un puro silogismo (o cadena de silogismos) encuentra un importante crítico en Luis Recaséns Siches quien no vaciló en postular que "la sentencia es una estructura unitaria de sentido"[24]. La crítica de Recaséns es contundente y, por eso, rotula una sección de su obra como "El Magno Error de considerar la sentencia como un silogismo"[25], donde expone su tesis, según la cual aquel error de considerar la sentencia como una simple operación de lógica formal llevó al *"delirio de la inferencia, la exaltación del silogismo"*[26].

Recaséns sostiene que la sentencia judicial no es un silogismo; es más bien, *una* "estructura unitaria de sentido" en la cual, una vez que ha sido concebida puede adoptar *"la ficticia apariencia de un silogismo"*[27]. En su exposición, este importante autor apela a una anécdota recogida por Gustav Radbruch que alude a lo siguiente: Un reglamento

---

[20] Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Héctor Fix Zamudio, 1960, Capítulo II, Núm. 8, p. 75.

[21] *Ibid*, p. 76.

[22] Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1964, pp. 187-232 y pp. 289-298.

[23] *Ibid,* p. 227.

[24] Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1974, p. 203.

[25] *Ibid*, p. 198.

[26] *Ibid*.

[27] *Ibid*, p. 203.

polaco, prohibía subir o entrar al andén con perros, lo cual era reproducido en un letrero que decía: "Se prohíbe el paso al andén con perros". En una ocasión, un cazador pretendió entrar con un oso, porque consideró que no estaba literalmente prohibido.

La anécdota utilizada sirve para mostrar que cuando estamos ante una situación como la señalada, es necesario que se realice la tarea interpretativa para poder llegar a concluir que, la intención que tuvo el legislador fue fundamentalmente, crear condiciones que garantizaran el buen funcionamiento de un servicio de transporte sólo para seres humanos.

Además, cuando llegamos a esa conclusión, también podemos conocer las causas que motivaron al reglamento, es decir, era frecuente que los usuarios de ferrocarriles llevaran perros, pero en ningún momento se pensó en la posibilidad de que alguien pudiera presentarse con un oso.

Para comprender situaciones como las señaladas, se debe acudir a la explicación que nos ofrece Recaséns, cuando argumenta que el concepto de la "lógica de lo razonable" autoriza a extender el razonamiento y, por lo tanto, "permite negar la entrada de personas con osos"[28].

El ejemplo anterior lo utiliza Recaséns para demostrar que el razonamiento jurídico no debe apoyarse únicamente en la lógica, pues ello puede producir "consecuencias disparatadas". En efecto, si en el caso del oso se hubiera usado el silogismo, habría tenido que concluirse que el paso del oso está permitido por cuanto la noción de perro es distinta a la de oso. Pero no es así, ya que el sentido común reputa como disparatada semejante conclusión. Y ello porque "la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin"[29]. En efecto, el sentido común enseña que hay razones (la lógica de lo razonable) que permite concluir que si está prohibido el paso de perros, también está prohibido el paso con osos. Esas razones (según Recaséns) son las siguientes: a) Se prohíbe el paso de perros por cuanto en ocasiones pueden molestar a los viajeros e, incluso, pueden llegar a morder; b) El legislador tuvo en cuenta el interés de los viajeros de no ser expuestos a esos riesgos, los cuales aumentarían con la presencia de osos; c) el interés que se protege al prohibir el paso del oso es el mismo interés de seguridad y comodidad que se busca al prohibir el paso de perros[30].

---

[28] Luis Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Porrúa, 1ª ed, 1959, Cap. 21, p. 645.

[29] *Ibid*, p. 646.

[30] Véase *Ibid*, pp. 646-647.

Lo anterior demuestra que estamos en el campo de la lógica de lo razonable y no de la lógica racional, es decir, que no es posible resolver situaciones jurídicas apoyados en el tradicional silogismo porque podríamos llegar a "consecuencias disparatadas". Esto supone además, que no se puede llegar a interpretar la norma jurídica "desconectándolas de las situaciones en que se originaron, y de las situaciones para las cuales fueron destinadas"[31], por cuanto en la aplicación de la norma jurídica debe atenderse al "contexto situacional" en el cual se elaboró la misma[32]. Esto no significa que el juez se coloca por encima de la ley, sino que debe tomar la norma e interpretarla para darle sentido, teniendo en cuenta, no sólo la validez *in abstracto* (validez espacial, temporal y personal) de la norma, sino que, debe atender a su contenido (validez material). Por consiguiente, cuando el juez decide la aplicación de una norma, debe considerar los efectos que se generarían una vez producida su interpretación.

5. La justificación externa e interna de la sentencia

El método del silogismo judicial, útil pero no suficiente, como lo entendió Calamandrei, resulta de gran utilidad para la solución de casos sencillos, pero no es suficiente para el jurista cuando se enfrenta a un problema complejo. Para la solución de este último tipo de asuntos, juega un papel importante la concepción de Jerzy Wróblewski[33], autor polaco que distingue entre la justificación externa y la justificación interna de la sentencia. La primera se refiere al mecanismo intelectual seguido por el juez para establecer las premisas del silogismo. Esta operación se apoya en los métodos inductivo, deductivo y en la analogía, es decir, en la justificación externa el jurista se apoya en la teoría de la argumentación y en la justificación interna opera el método deductivo, pues la conclusión se deriva de las dos premisas establecidas y allí estamos ante un problema de lógica deductiva.

La segunda, la justificación interna "es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella"[34]. En el manejo de estos conceptos juega un papel fundamental la validez de las premisas, por cuanto hay razonamientos válidos que llevan a exponer conclusiones erradas; y conclusiones correctas que son extraídas de proposiciones falsas. Para obviar esa discrepancia se ha

---

[31] *Ibid*, p. 652

[32] *Cfr. Ibid.*

[33] Véase Jerzy Wroblewski, "Motivation de la Decision Judiciaire", *Les Motivation de la Decision de Justice*,Étsblissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1978, pp.119-130; y del mismo autor: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, tr. Arantza Azurza, Madrid, Civitas,1985, pp. 57-68. Véase igualmente, JÁNEZ BARRIO, ob. cit., p.129.

[34] Daniel Mendonca, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, sl, 1997, p. 56.

acuñado la denominación *razonamiento sólido* para aludir a aquel razonamiento "cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera"[35].

La justificación de la sentencia en su aspecto externo e interno ha sido igualmente expuesto por Alexi[36]. Este importante autor advierte que la justificación interna ha sido conectada con el tema del silogismo judicial; y que la justificación externa consiste en "la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna"[37].

6. La tercera vía como propuesta alternativa

... para trazar un límite al pensar tendríamos que poder pensar ambos lados de este límite (tendríamos, en suma, que poder pensar lo que no resulta pensable).

Ludwig Wittgenstein[38]

La discusión entre *iusnaturalimo* y positivismo se ha dramatizado porque en la polémica se le ha dado prioridad a la tesis positivista de Kelsen, según la cual el derecho es la norma jurídica, sin atender si la misma está o no reñida con la moral[39]. Esta versión dramática del positivismo jurídico es la que ha contribuido a alimentar el formalismo inútil y ha servido para la justificación *formal* de los regímenes arbitrarios. Como ejemplo, podemos citar a los juicios de Nüremberg, en donde los jefes nazis invocaron en su defensa, la obediencia a las normas jurídicas vigentes, con lo cual quedó negada cualquier posibilidad para la interpretación.

En el caso venezolano puede decirse que una de las razones del exagerado formalismo jurídico, tal y como lo señala la Constitución (artículos 26 y 257) se debe a que se hizo una interpretación cerrada de la tesis kelseniana. Cuando se sostiene que el derecho es simplemente la norma jurídica, y que la sentencia no es otra cosa que la aplicación de la voluntad de la ley, no se ha tomado en cuenta que Kelsen concede al juez la posibilidad de interpretar la norma; y al proceder de esa manera pasa de la norma general a la decisión judicial, por medio de una interpretación que ejerce de acuerdo con sus criterios[40].

---

35 Mendonca: *Ob. cit*. p. 57.

36 Rober Alexi, *Teoría de la Argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997,. pp. 214-240.

37 *Idem*, p. 222.

38 *Tractatus Lógico-Philosophicus*, tr Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 1999, Prólogo, p. 11.

39 Véase Martín Farrel, Martín, *"¿Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico?"*, Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales*, 1998, Nº 21, vol II, pp. 121-128. Este autor postula la necesidad de desdramatizar la discusión.

40 Cfr. Chain Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, tr. Luis Diez-Picazo, Madrid, Edit. Civitas, 1988, p. 95

Esta concepción formalista que tradicionalmente ha dominado el foro venezolano requiere de un nuevo examen. Por ello es conveniente destacar algunos aspectos de la discusión entre *iusnaturalistas* y positivistas[41].

La tesis positivista, observada de manera inflexible, está siendo objeto de revisión, por cuanto hay aspectos, como la construcción de los conceptos jurídicos indeterminados[42], que atañen al derecho de defensa, no encuentran respuesta contundente en el positivismo.

El hecho de que el modelo positivista a secas resulte insuficiente para dar verdaderas respuestas al tema de la indeterminación en el derecho, ha motivado a Aulis Aarnio a exponer la llamada "tercera vía" como alternativa para el análisis de casos jurídicos; ésta otorga mayor significado a los valores y destaca la importancia que tienen estos valores, por cuanto tratan de evitar los peligros del Derecho natural"[43]. De esta manera, la discusión no sería únicamente entre positivismo y *iusnaturalismo*, sino que habría que tomar en cuenta a este planteamiento para ubicarlo como línea intermedia ("tercera vía"), cuando se requiera hacer una interpretación del derecho de una manera más amplia.

7. El problema de la subsunción

En esta parte del trabajo conviene abordar el asunto de la subsunción del hecho específico concreto y real, en el hecho abstracto previsto en la norma jurídica. Esta tarea debe hacerse con prudencia, pues en algunos casos la norma jurídica define el hecho jurídico, pero en otros casos no lo hace. Por eso el juez debe identificar la norma contenida en la ley, pero, como se ha dicho, "las leyes no contienen normas, sino textos normativos lingüísticamente redactados"[44] y, en consecuencia, la norma la identifica el intérprete a partir del texto normativo.

En adición, toda la labor de sentenciar requiere que previamente sea definido el tema objeto de la decisión, sin lo cual no es posible desarrollar el control de la justificación interna, es decir, las vinculaciones lógicas o formales que se definen una

---

[41] Sobre la diferencia entre derecho positivo y derecho natural, véase:, Antonio Enrique Pérez Luno, *Teoría General del derecho (Una concepción de la experiencia jurídica),* Madrid, edit. Tecnos, 1997. pp. 70-86.

[42] Véase Albert Calsamiglia, *Doxa.* Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, Nº 21, vol. I., pp. 209-220.

[43] Manuel Atienza, "Entrevista a Aulis Aarnio*", Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, º21, vol. I, pp. 432-433.

[44] Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000, p. 94. Así lo expresa: "Por simple comodidad se ha estado diciendo hasta ahora que el punto de partida es la norma jurídica. En rigor, sin embargo, esto no es correcto porque el Estado no ofrece directamente al juez normas jurídicas sino textos normativos, con cuya materia prima habrá el juez de elaborar por su cuenta –o, más ordinariamente, tomándolas de la Ciencia del Derecho- las normas jurídicas aplicables al caso" (*Ibíd*, pp. 93-94).

vez establecidas las premisas, a diferencia de la justificación externa que se conecta con la fundamentación de las premisas mismas.

La labor de subsunción, que permite pasar de lo abstracto a lo concreto, encuentra respaldo en el ámbito del positivismo legalista. Ahora bien, como lo demostró Perelman (en contraposición con la posición de Klug), el razonamiento judicial se alimenta también de elementos extra-lógicos donde se ubican las máximas de experiencia, las presunciones y otros conceptos que debe definir el juez.

El silogismo tiene, sin embargo, una gran utilidad práctica porque el establecimiento de las premisas permite el control macro de la sentencia, es decir, de la justificación interna de la decisión. Pero la tarea del sentenciador no se agota en un solo silogismo, porque además de los argumentos utilizados, puede presentarse una cadena de silogismos y, por eso, es cierto que la decisión judicial constituye un "macrosilogismo", el cual "contiene la decisión que resuelve el caso que lo ocupa y, por ende, debe establecer como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual"[45].

Por consiguiente, la consistencia del dispositivo depende de la calidad de las premisas, ya que éste se infiere de aquéllas. Ahora bien, la sentencia abraza los razonamientos que preceden al establecimiento de las premisas, así como a las premisas mismas y, finalmente, la conclusión que es la que contiene el *dictum*, es decir, el fallo en sentido estricto, el cual crea la norma individual del caso concreto.

Asunto distinto se presenta cuando estamos ante un caso difícil (*hard case*) porque en él puede ser que no haya una norma jurídica que defina la premisa de derecho, la cual debe ser elaborada por el juez, como sucede, por ejemplo, con el artículo 26 de la Constitución que no define lo que es un formalismo inútil.

La utilidad del silogismo en la elaboración de las sentencias se encuentra en la circunstancia de que cada vez que el juez aplica el derecho al caso concreto, utiliza el silogismo partiendo de una premisa mayor, la cual es elaborada por el juez sentenciador. Ahora bien, el juez construye sus premisas (la mayor y la menor) por medio de la utilización de argumentos deductivos e inductivos. Es decir, el juez debe seguir un proceso intelectual dominado por argumentos lógicos, extra-lógicos, propiamente jurídicos como las presunciones y ficciones; en fin, en la construcción de las premisas hay una labor intelectual amplia, lo cual constituye todo el proceso de justificación externa de la sentencia que, como enseña la doctrina, es previo a la justificación interna.

---

[45] Rodolfo Luis Vigo, *Razonamiento justificatorio judicial.* DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales*, 1998, Nº 21, vol. II, p.492.

De allí que una vez justificada externamente la decisión, el juez extrae como consecuencia su dispositivo, el cual deriva, en principio, de esa labor de subsunción que se expresa con la fórmula forense, según la cual "Por las razones anteriores este Juzgado"[46]; esta fórmula, pues, representa las más de las veces, el mecanismo de la justificación interna que se concretiza en la decisión final.

Siendo así el asunto doctrina nacional más que una tarea de subsunción en la labor de juzgar, advierta un razonamiento por analogía, puesto que el juez inicia su labor intelectual a partir de la semejanza de términos[47]. En efecto, los hechos ocurren de una cierta manera y el intérprete debe compararlos con el supuesto abstracto previsto en la norma jurídica. Esta comparación entre supuestos concretos y supuestos abstractos es lo que privilegia el razonamiento por analogía.

8. Casos fáciles y casos difíciles

Como quedó demostrado, el silogismo es útil en los llamados casos fáciles, pero no para los difíciles, ni mucho menos para los denominados por la mejor doctrina como casos trágicos, es decir, aquéllos ante los cuales "no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema"[48].

La utilidad del silogismo representa una paradoja en la argumentación, puesto que por una parte, impide el avance y la ágil interpretación del derecho y, por otra – su no aplicación transparente - propicia la toma de decisiones arbitrarias. Como muestra evidente de lo anterior, se puede mencionar la sentencia número 1 de fecha 20 de enero de 2005[49], con la cual la Sala Constitucional inauguró el año judicial 2005, al designar los nuevos rectores electorales invocando una supuesta omisión legislativa, sin que la Asamblea Nacional hubiese sido requerida para hacer las designaciones por la SC. Esa decisión evidencia un curioso método de interpretación constitucional, el cual será examinado a lo largo de este trabajo. Esta decisión, junto con el auto 1562 de fecha 12 de diciembre de 2000[50], constituyen ejemplos de decisiones constitucionales que encajan dentro de lo que podríamos denominar casos constitucionales trágicos.

---

46 Véase Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 250-251.

47 María Luisa Tosta, *Lo racional y lo irracional en el derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2009, pp. 113.

48 Atienza, *Tras la justicia.* Barcelona, Ariel, 1993, p. 177.

49 Caso: Francisco Carrasquero. Disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200105-03-1254.htm [Consulta: .26 de junio 2001].

50 Caso Defensoría del Pueblo contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional. Disponible en : www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1562-121200-00-3035%20.htm [Consulta: 14 de diciembre 2000].

La decisión número 1 de fecha 20 de enero de 2005, antes referida, es un buen ejemplo de la manera cómo la SC interpreta la Constitución, sin reparar cuáles son los límites que le impone el sistema de separación de poderes. La designación de los rectores electorales debe hacerla de acuerdo con las pautas que señala el artículo 296 de la Constitución. Según esta norma, el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones políticas, de la manera siguiente: tres por la sociedad civil, uno por las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano, quienes deben ser postulados ante la Asamblea Nacional y designados por las 2/3 partes. Como el partido de gobierno tendría que negociar para que este poder electoral refleje las distintas tendencias políticas del país, y para imponer sus candidatos saltando las reglas constitucionales, se acudió a la justicia constitucional.

Hay otros ejemplos que se pueden mencionar en esta línea expositiva. Las decisiones sobre "desacato" de las salas electoral y constitucional contra la Asamblea Nacional elegida de diciembre de 2015, la sentencia que autorizó, sin convocatoria al pueblo, una Asamblea Nacional Constituyente y todo el electo de "leyes constitucionales" que dictó.

También las decisiones usadas para reprimir a los disidentes, así como las que decidieron controlas los partidos y arrebatarle sus símbolos. Todo obedece a una idea del Derecho puesta al servicio del amigo, y que, al mismo tiempo sirva para reprimir al enemigo. Todo esto sólo sirve para mostrar un caso de arbitrariedad argumentativa de las decisiones basada en esa peculiar manera de entender lo jurídico, sino que pone de manifiesto el creciente *decalage* que existe en la sociedad cuando los intereses políticos y particulares se sobreponen a los institucionales.

Todo sin olvidar que la utilización abusiva del ideal iusnaturalista ha servido para potencia el activismo judicial revolucionario, y crear "Derecho" a través de lo que se ha denominado "jurisprudencia normativa". El activismo de los jueces chavistas muestra un balance muy negativo en lo que atañe a los derechos humanos y las libertades ciudadanas.

Lo anterior nos permite indicar que la discusión entre el positivismo y el *iusnaturalismo* se puede ver desde una visión práctica. En efecto, si la norma jurídica permite resolver un asunto concreto, éste se revolverá aplicando dicha norma. Al contrario, si el método positivista no permite resolver el caso concreto, entonces se podrá apelar a los principios, máximas de experiencia y los valores reconocidos como tales. No en balde el artículo 4 del Código Civil autoriza aplicar los principios jurídicos en aquellos casos en los cuales no hay una norma jurídica para resolver el problema específico.

CONCLUSIONES

Sobre la base de la exposición anterior, presento el compendio de conclusiones siguientes:

1. La Constitución venezolana se aparta del positivismo kelseniano y se incorpora en el esquema del iusnaturalismo. Así está señalado en su Exposición de Motivos: "la Constitución amplía conceptualmente la protección de los derechos humanos con una marcada influencia *iusnaturalista*".

2. Se trata de dejar de lado aquello que los constituyentes denominaron "la idea de derecho dominante ya deslegitimada". Esto ha permitido una libertad interpretativa que aleja al intérprete de la norma jurídica, para privilegiar la hermenéutica que favorezca al proyecto político de la revolución. Por encima del iusnaturalismo se ha impuesto la visión marxista –política parcializada– a la hora de interpretar la Constitución y demás leyes de la República. Y esto ha permitido potencia un activismo judicial para afectar los derechos ciudadanos de los venezolanos.

3. La interpretación marxista del Derecho expuesta por José Delgado Ocando justifica, incluso, el uso de la violencia política, si así lo exige la "revolución". Esto quedó evidenciado con las sentencias de la Sala Constitucional signadas con los números 155, 156, 157 y 158 del año 2017. Las mismas son expresión de dicha violencia política.

4. En la tradición jurídica venezolana, se considera que los jueces deben recurrir al silogismo cuando van a sentenciar. Sin embargo, esa idea convertida en paradigma, es decir, en modelos que son aceptados mecánicamente, ha sido seriamente cuestionada por la teoría de la argumentación, herramienta de gran utilidad para consistencia de las decisiones judiciales.

5. Ante estas consideraciones, cabe señalar que si bien ambos métodos –silogismo y argumentación– son viables para la toma de una decisión, cada uno de ellos debe ser utilizado de acuerdo con los casos objetos de la decisión. En este sentido es posible afirmar que los casos fáciles se resuelven a través de un silogismo sin que el resultado que se obtenga pueda generar controversia. Pero en la solución de casos difíciles, es decir, aquéllos que en principio no ofrecen una única respuesta correcta, el silogismo, las más de las veces, no es suficiente. En estos casos, la mejor respuesta es la que recibe el respaldo de la comunidad jurídica y, por consiguiente, la consistencia y finura de la argumentación es la que podrá generar ese máximo consenso.

6. Se observa que la doctrina venezolana reciente ha hecho aportes que permiten advertir una idea del derecho más amplia que la tradicional, menos apegada al *ius posit*ivismo tal como ha sido entendido en nuestras escuelas de Derecho. Sin embargo, la experiencia vivida con la jurisprudencia de la revolución bolivariana nos enseña que apartarse completamente del positivismo ha alimentado un activismo judicial arbitrario y sesgado.

Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil

Nasly Ustáriz Forero*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-57-74

Resumen: Se busca indagar en el papel de la empresa como institución fundamental en el crecimiento y desarrollo económicos en una sociedad, dado que constituye el centro nuclear de estudio del Derecho mercantil. Tanto el Derecho como la Economía, por distintos derroteros, aunque con aproximaciones comunes, han ubicado a la empresa al frente de sus respectivos objetos de estudio y a la función del empresario como creadora y propulsora de bienestar. Se propone un entendimiento interdisciplinario de que la empresa mercantil haya logrado erigirse en protagonista, en una institución crucial para albergar e impulsar iniciativas emprendedoras de creciente complejidad y dinamismo.

Palabras claves: Empresa, empresario, institución fundamental de crecimiento económico y desarrollo, objeto de estudio del Derecho mercantil, función creadora de bienestar, perspicacia, entendimiento interdisciplinario.

Brief evolutionary vision of the role of the firm as a fundamental institution in Economics and Commercial Law

Abstract: *It seeks to investigate the role of the firm as a fundamental institution in economic growth and development in a society, given that it constitutes the nuclear center for the study of commercial law. Both Law and Economics, through different paths, although with common approaches, have placed the company at the forefront of their respective objects of study and the role of the entrepreneur as creator and promoter of well-being. An interdisciplinary understanding is proposed that the commercial firm has managed to establish itself as a protagonist, in a crucial institution to host and promote entrepreneurial initiatives of increasing complexity and dynamism.*

Key words: *Firm, entrepreneur, fundamental institution in economic growth and development, object of study of commercial law, creative function of well-being, alertness, interdisciplinary understanding.*

---

* Abogada mención *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil Mención Honorífica y Derecho Tributario (1986/1993), Universidad Central de Venezuela. Doctoranda (elaboración de tesis doctoral en la actualidad) del Doctorado en Ciencias, mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora Programas de CENDECO, Universidad Metropolitana. Profesora invitada en Programas de Formación Fiduciaria Internacional auspiciados por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) con universidades de la región. Máster en Economía Universidad Francisco Marroquín/OMMA. Autora de trabajos jurídicos y financieros para publicaciones nacionales y foráneas. Conferencista en distintas oportunidades para COLAFI y COLADE, ambos comités técnicos adscritos a FELABAN. Directora de 100% Banco, Banco Universal.

Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil

"But, the last two centuries most creative artist-individuals who have vastly enriched the human experience are, with few exceptions, reviled or ignored. They are entrepreneurs who have created the world we live in today. (Steve Forbes)

Nasly Ustáriz Forero*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-57-74

SUMARIO:

1. Nociones Introductorias. 2. Breve evolución histórica de la empresa mercantil: una aproximación institucional y evolutiva. 2.1 Revisión crítica sobre las primeras manifestaciones empresariales. 2.2 De la importancia de los comerciantes a las figuras de empresario y empresa como núcleo del Derecho mercantil: Cómo una noción económica se coloca en el centro del ámbito jurídico. 3. El empresario y la función empresarial. CONCLUSIONES.

A NUESTRO RECORDADO LUIS FERNANDO RAMÍREZ

Luis Fernando fue un maravilloso compañero con quien tuve el privilegio de compartir en la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad Central de Venezuela, durante mis años de impartir clases de pregrado, siendo la Dra. Tania González B. jefa de cátedra de Derecho mercantil y posteriormente de postgrado. Siempre lúcido y atento, puntual e impecable su recuerdo se mantiene vivo en la memoria de quienes lo conocimos.

También debo expresar mi reconocimiento y gratitud hacia la formidable tarea de difusión y actualización de nuestra disciplina desempeñada por el equipo que conforma la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). A ellos va dedicada la presente investigación.

---

* Abogada mención cum laude, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil Mención Honorífica y Derecho Tributario (1986/1993), Universidad Central de Venezuela. Doctoranda (elaboración de tesis doctoral en la actualidad) del Doctorado en Ciencias, mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora Programas de CENDECO, Universidad Metropolitana. Profesora invitada en Programas de Formación Fiduciaria Internacional auspiciados por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) con universidades de la región. Máster en Economía Universidad Francisco Marroquín/OMMA. Autora de trabajos jurídicos y financieros para publicaciones nacionales y foráneas. Conferencista en distintas oportunidades para COLAFI y COLADE, ambos comités técnicos adscritos a FELABAN. Directora de 100% Banco, Banco Universal.

1. Nociones introductorias.

Hemos de comenzar este trabajo haciendo énfasis en el rol de la empresa como *institución fundamental*, como protagonista en el crecimiento y desarrollo de la economía. También y no menos importante es su relevancia a la hora de dar cabida e impulsar iniciativas y emprendimientos cada vez más complejos y dinámicos. Y, por otra parte, como intentaremos mostrar a la luz del examen de la doctrina más autorizada, la misma noción de empresa y la de empresario se han erigido en el objeto central de estudio del nuevo Derecho mercantil, a despecho de las previsiones positivas que siguen manteniéndose en los Códigos de Comercio y leyes especiales en distintos países. Esto proporciona a las dos ciencias un núcleo, un objeto de estudio central y común que entiendo puede ser mutuamente enriquecedor para acercarnos al complejo fenómeno empresarial[1].

Para hacer más interesante aun el tema, hemos de convenir con el ilustre profesor Israel Kirzner en las dificultades que ha tenido desde siempre la mera comprensión de la función empresarial, como en su criterio queda demostrado cuando aludía a "*la eliminación virtual de dicho papel en las exposiciones más recientes de las teorías de los precios, así como en* <u>*los múltiples y cuidadosos intentos de autores anteriores para definir al empresario y distinguir su papel del capitalista o del empleado dirigente.*</u> *Estos intentos reflejan el deseo de identificar con precisión algo cuya presencia se siente indudablemente, pero que, superficialmente, solo se presta a una definición vaga*"[2]. (Subrayado agregado)

Si admitimos estas ideas como punto de partida, resultará por demás obvia la necesidad de entender, ante todo, de qué hablamos cuando hablamos de empresa, en especial dada la polisemia propia del término[3], las diversas acepciones del mismo vocablo. También de los esfuerzos que se han hecho a lo largo del tiempo no solo desde

---

1 Se trata de una relación que fue explorada y repasada desde el enfoque clásico de la Economía, con su aproximación multidisciplinaria conformada por autores que aún no eran siquiera economistas, razón por la que resulta natural pensar que se hayan propuesto su estudio y comprensión como una sub-disciplina del Derecho. Esa génesis común, nos permite advertir como los primeros autores mostraban una intención filosófica de evidente vinculación entre Economía y Derecho. Ello no es casual, si simplemente miramos la importancia que en la vieja ciencia jurídica se le ha dado siempre a la regulación del derecho de propiedad. También contribuyó a esta percepción esa suerte de mirada despectiva que algunos tenían hacia la Economía, vista como una mera ciencia utilitaria, dado que no perseguía el conocimiento como un fin en sí mismo

2 Israel M Kirzner, "El Empresario". *Lecturas de Economía Política, Vol. I.* (Unión Editorial, Madrid, 1998).

3 Uno de los problemas principales con los que se tropieza cuando se inicia una investigación de esta naturaleza es el de terminología. La falta de uniformidad en el lenguaje es harto frecuente, ya que no solo la extensa literatura sobre la materia, tanto económica como jurídica por limitarlo a los dos enfoques que intentamos hermanar, sino también los distintos ordenamientos jurídicos utilizan los vocablos con sentido diferente. Ejemplo claro es el uso que el Código de Comercio francés ha hecho de la palabra **empresa**, toda vez que emplea los términos *entreprise, fonds de commerce* y *achalandage*, además de *entrepreneur*, esta última concretamente para referirse al empresario. Al respecto, cfr. Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo II, (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998): 214.

la ciencia económica, sino desde la jurídica por alcanzar algún consenso en cuanto a qué habremos de entender por empresa, qué palabra usaremos para referirnos a ese fenómeno, qué contenido y qué enfoque serían los más apropiados de acuerdo con la realidad del emprendimiento empresarial[4]: ese "*elemento esquivo*" en palabras del mismo profesor Kirzner. Y solo podremos empezar a dimensionar la complejidad de esta tarea si explicamos a la empresa como una categoría ante todo económica, pero también social, política además de jurídica lo que ha dificultado enormemente su conceptualización.

Como punto adicional pero no menor, es importante no perder de vista el hecho de que hablar de empresa, también implica referirse a instituciones, lo que a su vez constituye un asunto de enorme complejidad[5]. No obstante, es crucial incluso para la misma delimitación del problema económico, como ha apuntado el profesor Hayek, cuando aludiendo al pensamiento de Ludwig von Mises, sostiene que el término mismo puede inducir al error porque parece sugerir algo ya instituido. Nos negamos, sigue diciendo Hayek a "*reconocer que la sociedad es un organismo y no una organización*"[6].

Siguiendo las ideas precedentes, aludir a la empresa como una institución, nos remite a intentar revisar ese proceso evolutivo que le es propio. Ello es así puesto que como tal *organismo* -fruto de un desarrollo histórico-, nos conduce de manera imprescindible a la necesidad de hacer un examen de esta tesitura, aunque sea muy preliminar, a fin de no exceder los límites impuestos por las características propias de la presente investigación. Y es que entendemos que indagar, aun brevemente, en el devenir histórico de sus orígenes nos permitirá o al menos ayudará a comprender un problema no menor e interesantísimo en cualquier aproximación que se haga al concepto de empresa, como lo es el de su mutabilidad, su carácter maleable mezcla de flexibilidad y adaptabilidad, que le ha permitido desempeñar ese rol principal, protagónico que tanto han resaltado los estudiosos tanto de la ciencia económica como del Derecho, y que nos ha impulsado a escogerla como nuestro objetivo de análisis. Como bien señala el profesor Broseta Pont, al aludir a la realidad económica: "*resalta cada día con mayor vigor la presencia de un factor que asume el papel protagonista de la evolución económica: la empresa*"

---

4 "*Corporations are easier to create than to understand*" es la expresión no exenta de humor que debemos al profesor Robert Hessen. Al respecto, cfr. Robert Hessen, "Corporations". *The Concise Encyclopedia of Economics*. (Library of Economics and Liberty, 2015).

5 Aludimos aquí a la idea de descentralización propia de sociedades avanzadas y complejas, de las diferentes posibilidades de emprendimiento empresarial que genera como resultado ese orden social, extenso, complejo, disperso, es decir **ese orden espontáneo** que tanto asociamos al pensamiento hayekiano.

6 Conferencia inaugural pronunciada en la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres, en la sesión del 1º de marzo de 1933, Friedrich A. Hayek, "La Tendencia del Pensamiento Económico". *Revista Libertas. Nº 18.* (Instituto Universitario USEADE, Buenos Aires, 1993).

2. Breve evolución histórica de la empresa mercantil: una aproximación institucional y evolutiva.

2.1 Revisión crítica sobre las primeras manifestaciones empresariales.

Las estructuras jurídicas de colaboración entre personas, esto es las estructuras asociativas en general, han experimentado en la ciencia jurídica una evolución importante que desde siempre y de manera bastante unánime se había entendido que abarcaba desde el siglo XII (finales de la baja Edad Media) hasta las regulaciones incluidas en los Códigos de Comercio y las leyes de sociedades surgidas en el siglo XIX. Sin embargo, no albergamos dudas respecto de que las primeras estructuras que se concibieron han sido herederas de tradiciones comerciales de mayor antigüedad aun, que han sufrido sus respectivos procesos evolutivos hacia formas más nuevas y modernas.

No obstante, investigaciones posteriores parecen someter a franca revisión aquel criterio doctrinario pacífico relativo a la génesis medieval de la empresa mercantil. Y podemos afirmar esto en virtud de una serie de estudios y monografías sobre la economía de los imperios de la Antigua Mesopotamia, gracias a los cuales y a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha logrado demostrar, como sostiene de forma categórica el profesor e historiador español González García, que "*a pesar de lo limitado de la evidencia, la iniciativa privada tenía un papel económico importante, además del templo y el palacio, con los que interactuaba en un marco mercantil*". Y, en parte, se puede entender esta divergencia de criterios a causa de lo que el mismo profesor García ha calificado como "*la secular polémica entre primitivistas y modernistas*" la cual, según su criterio "*ha dividido a los historiadores antiguos entre los defensores de una economía simple y basada en la redistribución, incomprensible desde nuestra moderna mentalidad, y los defensores de la existencia de intercambios complejos y economías de mercado, que podemos aspirar a entender mediante la moderna teoría económica*".[7] (Subrayados agregados).

Las afirmaciones anteriores las sostiene el citado profesor González García, a fin de ilustrar un curioso caso de respeto académico extremo o, como él mismo lo denomina de "*temor reverencial*" cuando *afirma que: "Aunque la ortodoxia representada por los postulados de Karl Polanyi y Moses Finley haya sido en la práctica abandonada por completo, sigue existiendo un temor reverencial por su memoria y un deseo declarado de no refutarlos abiertamente. Sin embargo, la moderna historiografía no tiene empacho en hablar de economía de mercado en el mundo antiguo, y de la validez de*

[7] Alberto González García. "Reseña del trabajo de M. Jursa". *Revista Numismática Hécate*, No. 3. http://revista-hecate.org/files/1414/8260/2760/Recension_Jursa3.pdf.

las modernas herramientas de análisis que proporciona la teoría económica". (Subrayados agregados)

Tales descubrimientos los debemos en buena medida a la obra descomunal del profesor austríaco de Asiriología, Michael Jursa, reseñada en el link suministrado *infra*, sobre la cual, concluye González García: "*A pesar de su densidad y aún escasa difusión, creemos que este libro es indispensable para los estudiosos del Antiguo Oriente y los historiadores económicos... A nuestro entender pone punto y final definitivo a numerosos prejuicios primitivistas sobre la simplicidad y burocratización dirigista de la economía mesopotámica, abriendo las puertas a nuevas y más rigurosas investigaciones*".

Y esta es justamente la intención que nos anima al examinar aun de pasada estas fuentes: proporcionar una nueva mirada a estos fenómenos complejos, porque en mi criterio, comprender que este tipo de instituciones comerciales surgieron en el relacionamiento humano desde el principio de los tiempos que podemos registrar dota al desarrollo de la noción de empresa y a la iniciativa emprendedora de una mayor profundidad, de una entidad propia, casi de un *abolengo*, por desfasada que pueda sonar esta palabra, pues nos introduce en la convicción de que el ser humano, al convivir en sociedades antiquísimas, aun tenidas como primitivas, comprendió bastante pronto la inevitable realidad de su mutua dependencia, la inapelable y enriquecedora necesidad de relacionarse de manera creadora y pacífica, como alternativa a la violencia congénita a la que parecemos estar condenados como especie.

El razonamiento precedente justifica sobradamente que nos hayamos detenido en la fuente de estos hechos contrastados por el insigne profesor de la Universidad de Viena (una vez más, un austríaco haciendo una callada y radical revolución de las ideas hasta entonces erigidas como verdades indiscutidas). Considero que también nos proporciona acceso directo a las nuevas investigaciones, en virtud de que no ha sido sino hasta estas últimas décadas cuando tales evidencias han trascendido, gracias al impecable trabajo y esfuerzo académico de la obra de Jursa, la cual González García califica como "*uno de sus grandes hitos historiográficos*". Y no es para menos, dado que la ambiciosa monografía del profesor vienés es el producto de luengos años de exhaustiva investigación (El link proporcionado *supra* reseña que fueron analizadas más de 20.000 tablillas cuneiformes de distintas procedencias), que da cuenta de la asombrosa complejidad de la economía mesopotámica y, más importante aún, su carácter de *economía de mercado*, con instituciones tan modernas y sofisticadas como sociedades por acciones o cheques al portador.

En cualquier caso, y pese a la indiscutible relevancia de tales investigaciones y hallazgos tanto para la historia de la Economía como para la del Derecho, en tanto ciencias sociales con puntos de contacto tan relevantes como objetos de estudio comunes, el aspecto que más nos interesa destacar aquí, al resaltar la complejidad que ya exhibía

la organización económica en la Antigüedad, es ese lado fuertemente institucional, ese carácter evolutivamente complejo y de larga data de instituciones como el sistema de precios o la misma noción asociativa como germen de la idea de empresa, que responden a un complejo desarrollo organizativo humano: se trata de eso que se ha denominado órdenes espontáneos, o bien órdenes complejos, que desde los mismísimos albores de la Historia de la humanidad surgieron en virtud del servicio prestado, de la utilidad práctica que significaron en aras de mejorar, de multiplicar los intercambios entre las personas. Así lo ha sostenido también el profesor Huerta de Soto cuando en sus clases ha afirmado de modo categórico que: "*Todas las interacciones humanas, en última instancia, son reconducibles a intercambios*".

Conforme a esta aproximación institucional y evolutiva que proponemos en este primer capítulo, consideramos que sigue siendo válido afirmar que desde las primeras estructuras de organización "empresarial" como elemento coordinador, ya sea que encontremos evidencias inobjetables de estas desde la antigua Mesopotamia, o que se hayan percibido sus huellas solo posteriormente como siguen afirmando los manuales y textos de Derecho mercantil al uso, resulta de la esencia misma de estas organizaciones, aludir a eso que en Derecho se conoce como el carácter personalísimo o "*intuitu personae*" que daba enorme relevancia al vínculo personal, a la confianza mutua que caracterizó a esas primeras comunidades ampliamente registradas, que fueron tributarias de explotaciones de comercio familiar, cuyo vínculo primigenio era la consanguinidad: Sociedades claramente personalistas. En este sentido, se ha indicado que la primera forma societaria comercial en puridad fue la sociedad colectiva. Al comerciante individual cuyo crédito descansa en sus dotes personales se enlaza esta sociedad colectiva, en la que todavía predomina el factor individual.

Pese a las diferencias apuntadas, muchos historiadores del derecho mercantil -especialmente Rehme- señalan que los archivos históricos alemanes, italianos y franceses muestran que las primeras sociedades de este género fueron constituidas por varios hermanos que buscaban así continuar la explotación comercial del padre, luego de fallecido. Y sobre este punto, se ha afirmado también, como ha sido recogido por la profesora Adrián, que se trataría de una peculiar adaptación de la figura de la sociedad romana *societas universorum bonorum*, que ya para esa época había desaparecido en el derecho civil, con la particularidad de que los bienes objeto de los aportes y la convención de mancomunidad estaba limitada solo a los bienes relacionados con el comercio heredado del padre[8].

[8] T.M. Adrián Hernández, "La recepción del derecho societario europeo en el Código de Comercio de 1904 y su perpetuación hasta la actualidad". *CENTENARIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO DE 1904*. Tomo I. (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004): 526-527.

Con posterioridad, por causas diversas, ese carácter se va perdiendo paulatinamente, a medida que surgen otros vínculos, basados en la mutua confianza, y así se conciben otras estructuras que son capaces, con mayor efectividad, de captar capitales que permitan el crecimiento y desarrollo de aquella idea inicial, al revisar los orígenes de la firma o empresa mercantil[9].

También en este punto consideramos relevante constatar que, pese a las evidencias históricas antes referidas que nos invitan a revisar conceptos, es precisamente en la Edad Media cuando aparece *la ciudad*, al menos con ese especial significado económico y político-social, que nos interesa destacar en este repaso evolutivo, toda vez que irrumpe una pujante organización burguesa, por contraposición a lo feudal que ponía su acento en la tierra. Es esta nueva fórmula la que alumbra a nuevas actividades económicas y una pujante actividad emprendedora en la que se desarrolla el comercio con intensidades varias según la situación geográfica o temporal, así como una naciente industria artesana aun rudimentaria[10].

Así, la ciudad se convirtió en un centro de consumo, de cambio y de producción en el que predomina el trabajo libre, y la actividad económica se concentra en dos clases de "profesionales": los mercaderes y los artesanos. Son estos los que a partir justamente del siglo XII se agruparán en gremios y corporaciones. Pero no serán estas asociaciones profesionales, sin embargo, las que agotarán el significado económico de la ciudad: es que no podemos dejar de mencionar, siguiendo al profesor Broseta Pont, la innegable influencia de *ferias y mercados*, como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, quien se ha encargado de resaltar la indiscutible conexión entre ciudad y mercado, siguiendo, entre otras, las posiciones de Rubio J. y de Girón Tena[11], para quienes, como sigue destacando el profesor Broseta Pont, la influencia corporativa de estas organizaciones es de tal envergadura que el mismo Rubio ha afirmado que "*el Derecho de las ciudades es esencialmente derecho del mercado y de los mercaderes*.[12]

---

[9] Tampoco aquí conviene hacer afirmaciones demasiado categóricas. Por citar un ejemplo, el profesor Hessen alude a ese "*otro mito*" que constituye la generalización de la noción de responsabilidad limitada como el incentivo para atraer "*vastas cantidades de capital*". En sus propias palabras concluye este razonamiento sosteniendo con sobrada lógica que: "*The assurance that one could lose only one's total investment is hardly a persuasive sales pitch". Óp. Cit.* Robert Hessen, *Corporations*.

[10] Ascarelli en diversos trabajos se hace eco de lo que es manifestación de una opinión generalizada respecto de las ciudades de esta época, las cuales sintetiza y recoge en su *Corso di Diritto commerciale* (Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto commerciale*. (Milan, 1962).

[11] Manuel Broseta Pont, *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil.* (Edit. Tecnos, Madrid, 1965): 25.

[12] Prueba de ello, sigue diciendo el Prof. Broseta Pont, son los propios Fueros municipales, en los cuales se encuentran expresos preceptos mercantiles, como es el caso de Valencia (1250) y el de Tortosa (1272), pese a que también, concluye con el ya citado Rehme, en que no se concedía a las asociaciones de mercaderes una esfera de actuación autónoma tan relevante como en las ciudades italianas.

De la manera que antecede nos hemos dedicado al examen evolutivo de la empresa hasta el punto de que estimamos más relevante para el propósito de este estudio, toda vez que entendemos que aquí se pone de manifiesto el aspecto que consideramos central en el análisis propuesto y es el de la importancia de los mercaderes, de los comerciantes como el punto de partida de esa *esquiva noción de empresario*, a la que vamos a dedicar la atención en la parte siguiente de este trabajo.

2.2. De la importancia de los comerciantes a las figuras de empresario y empresa como núcleo del Derecho mercantil: Cómo una noción económica se coloca en el centro del ámbito jurídico.

Mucho se ha afirmado en la doctrina por los juristas que el Derecho mercantil es una *categoría histórica*. Ello ha surgido de ese doble método empleado por los estudiosos, de observación de la realidad, por una parte, e historicista por la otra. Esta combinación ha sido ampliamente entendida y expuesta por Wieland y Garrigues, entre otros, y se justifica al afirmar, como lo hacen estos autores, que el campo de aplicación del Derecho cobra verdadero sentido si se logra profundizar en las causas que han determinado, a través de distintos períodos históricos "*una concreta y cambiante realidad económica*"[13]. Como veremos posteriormente, no es despreciable la importancia del cambio al analizar la función empresarial.

Entonces, es esa doble dirección metodológica, que combina la investigación histórica con una atenta observación de la realidad, la que nos va a permitir comprender uno de los fenómenos más interesantes que se presentan en el campo del Derecho privado, al que hemos hecho previa alusión: la mutabilidad del ámbito del Derecho mercantil, que en su devenir ha permitido esa corriente de *cambios constantes* que se aprecian en la evolución del objeto del estudio de nuestra disciplina, que son registrados al analizar la abundante literatura jurídica sobre el tema. El fenómeno ha sido descrito por algunos como la "generalización del Derecho mercantil", otros como la "comercialización del Derecho civil", pero, en definitiva, se inscribe en una tendencia que es la que nos permitirá explicar, aunque sea de manera breve, esa evolución en el concepto de empresa y en que haya sido posible visibilizar el fenómeno empresarial, a fuerza de la atenta observación de la realidad que muchas veces los códigos y compilaciones legales tardan en registrar.

No se corresponde, sin embargo, con el objeto de este trabajo hacer un repaso de la conjunción de factores económicos y político-sociales y su relevancia en lo que finalmente se haya concretado en cada período, o cada país, como el contenido propio del

[13] Wieland y Garrigues ambos citados por Manuel Broseta Pont, *La Empresa*... Óp. cit.., p. 25

Derecho mercantil[14]. Recordemos simplemente a efectos que nos interesa mostrar de cara a este análisis, la forma en la que el profesor Broseta Pont da breve cuenta de esta tendencia al cambio que muestra el derecho comercial: "*Así, nacido este para el comercio, se extiende a la industria; destinado a regular el tráfico de muebles, se extiende al de inmuebles cuando unos sujetos se dedican a él profesionalmente; excluyendo en sus orígenes a la actividad agrícola, tiende modernamente a abarcarla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales.*"

Las ideas precedentes nos permitirán entender el impulso evolutivo que se suscitó en el Derecho mercantil, y *como la figura del empresario sustituyó a la de comerciante*: se invierte así la relación de género a especie que existía entre ambas en los códigos decimonónicos, -el empresario deja de ser una especie del género comerciante y éste pasa a ser, por el contrario, una especie del género empresario-, convirtiendo al estudio del empresario y la empresa en el centro del nuevo Derecho mercantil, como ya afirmamos. Ello es así aun en los países en los cuales el derecho positivo mantiene vigente el esquema tradicional que *gira en torno al acto de comercio y al comerciante*[15].

La referida evolución se explica, en buena medida, por la fuerte influencia que significó la promulgación del Código Civil italiano de 1942 –con el cual se procedió a la unificación formal del Derecho privado italiano- que efectuó "*el traslado del eje de la teoría de la empresa del momento del cambio al momento de la producción. Era necesario mostrar -tal como señalaba uno de los artífices del código- que la función del empresario es una función creadora de riqueza y no solo intermediaria. (Asquini citado por Galgano)*"[16].

Con la recepción que hizo el codificador italiano de la empresa y el empresario como nociones centrales de su compilación normativa, el tema trascendió de las meras elaboraciones doctrinales y vemos aquí esa conexión íntima entre derecho y economía que hemos intentado rescatar, y que es parte misma de cualquier intento de describir el fenómeno empresarial. Así observamos que la constatación de lo que ocurre en la realidad económica del tráfico es la que logra imponerse en los textos legislativos.

---

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

[15] Ocurre ello como lo refiere con claridad el profesor venezolano Morles Hernández al afirmar: "*Es el caso de España, en donde Polo, Girón Tena, Uría, Sánchez Calero y Giménez Sánchez aceptan la noción como delimitadora de la materia mercantil…*". Y Broseta Pont, por citar directamente un doctrinario más concluye que el contenido del Derecho mercantil español –el de la realidad del tráfico, no el del Código de Comercio- se estructura en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. Y compara la situación española con la venezolana cuando concluye así: "*Algo similar podría afirmarse respecto a Venezuela: el Derecho mercantil positivo sigue girando en torno del acto de comercio y del comerciante, pero el Derecho mercantil de la realidad es el derecho del empresario y de la empresa*. Alfredo Morles Hernández, *Curso*… Óp. cit. pp. 213-214.

[16] Alfredo Morles Hernández, *Curso*… Óp. cit. p. 215.

Un logro de la doctrina italiana al poner a la empresa como el criterio central del Derecho mercantil, con una influencia innegable en otros países del viejo continente como Francia o España, y como parte de la Unión Europea.

3. El empresario y la función empresarial.

La complejidad tanto terminológica como de fondo de las nociones que ponen título a este último capítulo de mi trabajo, a la que hemos dedicado los capítulos anteriores, y muy especialmente para el ámbito jurídico, puede volverse aún más compleja y extensa para la ciencia económica. Si examinamos aun de forma meramente enunciativa el vasto elenco de actividades distintivas que se atribuyen al emprendedor, entre las que podemos enumerar la necesidad de logro, tolerancia a la incertidumbre, disposición a asumir riesgos calculados, deseo de independencia, perseverancia, tenacidad, una alta disposición al aprendizaje de los fracasos, iniciativa, autonomía, capacidad de adaptación, sentido de previsión, optimismo, entre muchas otras, siguiendo un poco las pautas de la Escuela Austríaca, quizá lo aprendido nos permitiría decantarnos por relacionar a la empresa, al emprendimiento con lo inesperado.

Y si esa es la elección, ello nos lleva en este punto a optar por una aproximación funcional, como aludía Peter Kline, para tratar de entender el papel de la empresa como institución fundamental, como protagonista del crecimiento y desarrollo de la economía. Así como para el Derecho mercantil, como acabamos de revisar, la empresa pasó de ser parte de un concepto general y más amplio –el de comerciante- a convertirse en el eje de su estudio y regulación, la ciencia económica por su parte ha transitado un camino similar, al recorrido por los juristas, los cuales se rindieron ante la noción económica, adoptándola en forma plena y renunciando, no sin previos y arduos esfuerzos, a definir ese fenómeno fuera de los cánones de la Economía[17].

Pero tampoco del lado de la Economía ha sido evidente o fácil la tarea, en especial si miramos hacia los orígenes de la teoría tradicional de esa ciencia, pues como sostiene el profesor argentino Landoni: "*Quizás, la figura del empresario sea el elemento de mayor ausencia en la teoría de la empresa neoclásica*", puesto que los agentes económicos optimizadores toman sus decisiones sobre la base de un conjunto

[17] Como expresamente reconoce el maestro Morles Hernández formular un "concepto jurídico" de empresa en oposición a un "concepto económico" tiene dificultades dado que el enfoque legal suele ser generalmente unilateral, por lo que termina reconociendo expresamente que: "*La empresa es un fenómeno económico, social y político, además de jurídico. Lo ideal sería encontrar una noción que integrara todos sus aspectos*." Alfredo Morles Hernández, *Curso…* Tomo I. Óp. cit. p. 219.

de medios y fines "dados" [18]. Y esa óptica, deja de lado todo el permanente proceso de identificación de los mejores cursos de acción y de los medios para alcanzarlos. En suma, deja de lado todo el aprendizaje, que es la lección más importante que puede extraerse de esas múltiples señales que el proceso económico y de mercado va dejando, aunque de forma dispersa, aleatoria.

Si a esta "invisibilidad" de origen o propia de la teoría neoclásica, sumamos la dificultad de aprehender cabalmente las enseñanzas austríacas, en virtud de la multitud de aspectos que esa escuela aporta a la teoría de la empresa, entenderemos más cabalmente aquella alusión de Kirzner al carácter *esquivo* de la empresarialidad. O como han sostenido de manera tremendista y casi a contramano de lo que venimos afirmando, Gerald O'Driscoll y Mario Rizzo:" *No hay una teoría subjetivista o austriaca de la empresa*"[19], probablemente más por exceso que por defecto, ante la constatación de que cada autor de la Escuela pone el acento en alguno de esos muchos aspectos de la empresarialidad, que enumeramos al inicio de esta sección.

La función del emprendedor, del empresario en la Economía está íntimamente ligada al descubrimiento de oportunidades, y ello gracias a ese discernimiento, a esa perspicacia (*alertness/judgment*) en contextos de incertidumbre, de ahí el acento que hemos dado en ponerle. Por eso hemos optado por este enfoque que los empresarios logran a través del proceso de ensayo y error que deben ejecutar de manera permanente, y que hace que sea tan compleja y ardua su tarea. Recordemos aquí que, para el pensamiento de la escuela austriaca, el conocimiento cierto y objetivo, respecto del futuro, como algo "dado" no está disponible, se encuentra diseminado entre muchos actores económicos. En estas condiciones resulta del todo imposible la noción de la escuela neoclásica de equilibrio "automático" a partir de precios conocidos.

Como sostiene George Gilder, al hablar de la riqueza de los principales emprendedores de Estados Unidos, tampoco les es dada a los empresarios demasiada ocasión para deleitarse con esa prosperidad[20]. Y es aquí donde podemos hacer la conexión con la posición ya adelantada que debemos al profesor Kirzner. Y es que para interpretar la conducta empresarial hay que observar la tendencia de la acción humana de siempre

---

[18] Tomaremos aquí como teoría neoclásica de la empresa a la teoría tradicional para distinguirla de los avances que se dieron con posterioridad y que permiten aludir a una moderna teoría de la empresa, que estudia, entre otros aspectos, el origen de la firma, el tamaño o los límites de la firma, su organización, problemas de agencia entre propietarios y administradores, etc. Al respecto, cfr. R. Coase, *The firm, the market and the law*. (Chicago Press, 1988). .

[19] Citado en N. Foss, *La teoría de la empresa: los austriacos como precursores y críticos de la teoría contemporánea.* (Libertas 26, 1997).

[20] Eso debido a que, como claramente indica Gilder respecto de esa riqueza: "It has been given to others in the form of investments. It is emboided in a vast web of Enterprise that retains its worth only throught constant work and sacrifice". George Gilder, *Wealth and Poverty*. (A New Edition for the Twenty-First Century. Regnery Publishing, Inc. Washington, D.C., 2012):67.

buscar nuevos objetivos y descubrir recursos desconocidos hasta el momento. Kirzner alude a esta perspicacia hacia nuevos fines y recursos como *el elemento empresarial fundamental en la toma de decisiones* (*alertness*). No puede ser de otra manera, los mercados, entendidos como procesos, promueven una dura máxima, un mandamiento férreo no escrito en lugar alguno, pero del que ningún emprendedor puede librarse: en un mercado abierto y desregulado los negocios, paulatinamente dejarán de serlo. Por lo que es inevitable la promoción de la competencia y de la innovación para vencer esta tendencia, esta terrible espada de Damocles que pende sobre todos los empresarios. Es esa forma de coacción impersonal a la que aludía Hayek. En todo caso, los empresarios al descubrir segmentos donde la rentabilidad del capital es mayor a su costo, tienden a ajustar los desequilibrios coordinando el proceso desde los bienes de producción hacia los bienes de consumo.

Es el mercado, el proceso de mercado y su incertidumbre congénita el ámbito natural del empresario. Pero su rol, como ya hemos adelantado no surgió de manera directa ni simple. Desde el pensamiento del irlandés Richard Cantillon, quien ya se planteaba al emprendedor como aquel que afronta "riesgos" y a quien debemos la introducción seminal de la expresión "*entrepreneur*"[21]. Pero lo cierto es que la ciencia económica, y en especial la copiosa literatura en lengua inglesa, deben a la labor de John Stuart Mill la verdadera asimilación del término "*entrepreneur*" a ese idioma. Entre los de habla hispana, es el profesor Huerta de Soto quien pone en relieve que toda la multiplicidad de palabras empleadas –emprendedor, empresario, empresa incluso la misma *entrepreneur*- derivan de la voz latina *in prehendo*: descubrir, atrapar, darse cuenta.

Entonces a partir de esta complejidad terminológica, que ya habíamos advertido en forma precedente, podemos empezar a concluir con los profesores Rothbard y Kirzner, en qué es aquello que distingue a los emprendedores, a los empresarios: se trata de detectar un mercado subvalorado, un conjunto de oportunidades que han pasado inadvertidas para otros, sobre la base de las ideas extraídas del pensamiento de Mises[22]. Es ese *homo agens* de Mises, el empresario cuya función queremos destacar aquí, el que se pone al frente del proceso, no solo porque tiende a perseguir sus fines eficientemente, "*una vez que los fines y los medios se han identificado con claridad, sino también del impulso y la perspicacia que se precisan para definir los fines a alcanzar y los medios disponibles*"[23]. Y si las teorías clásicas dejaban fuera a este protagonista,

---

[21] Y que, pese a ser el autor más citado por Adam Smith en su magna obra *La Riqueza de las Naciones*, no logró Cantillón que el escocés asimilara el término foráneo.

[22] En palabras del profesor Kirzner: "*En vez de insistir en la acción de tipo económico, creo que sería muy útil destacar la noción más amplia de Mises de acción humana*". Israel M. Kirzner, "El Empresario" … Óp. cit. p.. 3.

[23] Ibídem, Pág. 3

es debido, probablemente a la escasa diferencia que podía ofrecer un agente cuyo rol se limitaba a moldear unos medios dados para ajustarlos a unos fines dados.

Es, en definitiva, ese juicio, esa capacidad de anticiparse, de estar alerta, la verdadera clave y el reto permanente de los emprendedores. Es este elemento diferenciador, ese que tanto esfuerzo costó aprehender a pensadores tanto de la ciencia económica como de la jurídica, ese "elemento de perspicacia" el que es identificado por Kirzner, con la ayuda del pensamiento de Mises, *como el verdadero elemento empresarial*, el que permite definir y entender la noción que tan esquiva se planteó en sus orígenes: "*Es este elemento empresarial el que hace que la acción humana sea algo activo, creador y humano, en vez de algo pasivo, automático y mecánico*."[24]

Para concluir diremos que lo más relevante de esta noción consiste, quizá, en su flexibilidad para permitirnos entender la importancia de la función social tanto de las ganancias como de las pérdidas, enfatizada por Mises. Y la incertidumbre permanente a la que está sometido el emprendedor radica en esa posibilidad de no acertar en el cálculo económico, su herramienta principal en la toma de decisiones. Por eso, como se nos ha enseñado, las pérdidas juegan un papel de tanta importancia como las ganancias, porque aquellas muestran una discrepancia entre la valoración que el empresario hace de los factores y la valoración que los consumidores hacen, indirectamente, de los mismos factores. Esto indica, *ex post*, una sobrevaloración de los factores, que en última instancia se identifica como la otra cara de aquella moneda de detectar la oportunidad de arbitrar, cuando el empresario, al descubrir mercados subvaluados donde comprar a un precio y vender a uno mayor, detectaba también la oportunidad de obtener ganancias.

Y es así como podemos concluir este trabajo revelando la razón del énfasis en ubicar a la empresa como *institución fundamental* en el crecimiento y desarrollo económicos. Podemos así entender la idea de que nos encontramos ante un organismo, más allá de la idea quimérica o ficcional de atribuirle personalidad jurídica, de personalizarla. Nos hallamos ante un ente que, a través de un complejo proceso de toma de decisiones, de una persona, o de varias en forma colectiva o colegiada, cuya visión y descubrimiento de las oportunidades que habían pasado a otros inadvertidas, a través de la innovación permanente y la tecnología como grandes estandartes, asume la responsabilidad por las decisiones que enrumban a la empresa colectiva hacia el éxito o el fracaso. Se trata, en suma, de una forma organizativa indispensable, ya intuida por la raza humana desde los mismos albores de su historia como vimos, que nos permite aspirar a las mejores cualidades que alientan en nuestro interior.

24 Ibídem, Pág. 17

Podemos, en definitiva, adjudicarle las palabras de reconocimiento que el profesor argentino Arecha, empleaba para describir a la sociedad anónima: "*La genialidad del hombre está en la creación de esa máquina, que no es máquina ni herramienta, que es obra de su genio…facultad del hombre que permite al comerciante desplegar otros sueños imaginativos"*[25].

CONCLUSIONES.

1. Lo primero que debo enfatizar es en el rol de la empresa como institución fundamental y protagonista en el crecimiento y desarrollo económicos. También y no menos importante es su relevancia a la hora de dar cabida e impulsar iniciativas y emprendimientos cada vez más complejos y dinámicos.
2. La noción de empresa y la de empresario en su más preciso sentido económico se han erigido en el objeto central de estudio del nuevo Derecho mercantil, a despecho de las previsiones positivas que siguen manteniéndose en los Códigos de Comercio y leyes especiales en distintos países.
3. Al estudiar el desarrollo evolutivo de la empresa la intención que nos animó fue la de proporcionar una nueva mirada a estos fenómenos complejos. En mi criterio, y es una de las conclusiones centrales del trabajo, comprender que este tipo de instituciones comerciales surgieron en el relacionamiento humano desde el principio de los tiempos que podemos registrar dota al desarrollo de la noción de empresa y a la iniciativa emprendedora de una mayor profundidad, de una entidad propia. Ello debido a que nos introduce en la convicción de que el ser humano, al convivir en sociedades incluso antiquísimas, aun tenidas como primitivas, comprendió bastante pronto la inevitable realidad de su mutua dependencia, la inapelable y enriquecedora necesidad de relacionarse de manera creadora y pacífica, como alternativa a la violencia congénita a la que, muchas veces, pareceríamos estar condenados.
4. Uno de los aspectos que más nos interesa destacar, al resaltar la complejidad que ya exhibía la organización económica en la Antigüedad, es ese lado fuertemente institucional, ese carácter evolutivamente complejo y de larga data de instituciones como el sistema de precios o la misma noción asociativa como germen de la idea de empresa, que responden a un complejo desarrollo organizativo humano.

[25] Waldemar Arecha, *La sociedad anónima y el hombre.* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965): 34.

5. También interesa insistir en la relevancia de eso que hemos denominado órdenes espontáneos, o bien órdenes complejos, que desde los mismísimos albores de la Historia de la humanidad surgieron en virtud del servicio prestado, de la utilidad práctica que significaron en aras de mejorar, de multiplicar los intercambios entre las personas.
6. La función del empresario es una función creadora de riqueza y no solo intermediaria.
7. A partir de la complejidad terminológica expuesta, podemos concluir con los profesores Rothbard y Kirzner en que es aquello que distingue a los emprendedores, a los empresarios es un mercado subvalorado: ese conjunto de oportunidades que han pasado inadvertidas para otros, sobre la base de las ideas extraídas del pensamiento de Mises.
8. Es ese juicio (*judgement*), esa capacidad de anticiparse, de estar alerta, la verdadera clave y el reto permanente de los emprendedores. Es este elemento diferenciador, ese que tanto esfuerzo costó aprehender a pensadores tanto de la ciencia económica como de la jurídica, ese "elemento de perspicacia" el que es identificado por Kirzner, con la ayuda del pensamiento de Mises, *como el verdadero elemento empresarial.*
9. Finalmente, ratificamos que la empresa en tanto organismo, en tanto forma organizativa indispensable, ya intuida por la raza humana desde los albores de su historia se nos revela como *institución fundamental* en el crecimiento y desarrollo económicos. Más allá de la idea quimérica o ficcional de atribuirle personalidad jurídica, de personalizarla, estamos ante un ente que a través de un complejo proceso de toma de decisiones, de una persona, o de varias en forma colectiva o colegiada, cuya visión y descubrimiento de las oportunidades que habían pasado a otros inadvertidas, a través de la innovación permanente y la tecnología como grandes estandartes, asume así la responsabilidad por las decisiones que enrumban a la empresa colectiva hacia el éxito o el fracaso.

BIBLIOGRAFÍA

Adrián Hernández, T.M., "La recepción del derecho societario europeo en el Código de Comercio de 1904 y su perpetuación hasta la actualidad". *CENTENARIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO DE 1904*. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004.

Ascarelli, Tullio, Corso di Diritto commerciale. Milan, 1962.

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

Coase, R., *The firm, the market and the law*. Chicago Press, 1988.

Foss, N, *La teoría de la empresa: los austriacos como precursores y críticos de la teoría contemporánea.* Libertas 26, 1997.

Gilder, George, *Wealth and Poverty*. A New Edition for the Twenty-First Century. Regnery Publishing, Inc. Washington, D.C., 2012.

González García, Alberto, "Reseña del trabajo de M. Jursa". *Revista Numismática Hécate*, No. 3. http://revista-hecate.org/files/1414/8260/2760/Recension_Jursa3.pdf.

Hayek, Friedrich A., "La Tendencia del Pensamiento Económico". *Revista Libertas. Nº 18.* Instituto Universitario USEADE, Buenos Aires, 1993.

Hessen, Robert, "Corporations". *The Concise Encyclopedia of Economics*. Library of Economics and Liberty, 2015.

Kirzner, Israel M. "El Empresario". *Lecturas de Economía Política, Vol. I*. Unión Editorial, Madrid, 1998.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomos I y II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

Turismo colaborativo: el caso de Airbnb y el Derecho internacional privado venezolano

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-75-103

Resumen: El objetivo de estas breves líneas es el análisis las relaciones contractuales que se tejen para la prestación de servicios de turismo colaborativo, entre la plataforma Airbnb y sus huéspedes y anfitriones. Emprenderemos esta tares, en primer lugar, desde la perspectiva del Derecho interno, considerando tres características de estas relaciones, como son la intermediación contractual, su carácter electrónico y, desde luego, su internacionalidad. Esta última característica nos conduce a apreciar el fenómeno desde la óptica del Derecho internacional privado, en este último caso, incluyendo aspectos relativos a la jurisdicción y al Derecho aplicable.

Palabras clave: Turismo. Economía colaborativa. Derecho internacional privado.

Collaborative tourism: the case of Airbnb and Venezuelan Private International Law

Abstract: *The aim of these brief lines is to analyze the contractual relationships that are established for the provision of collaborative tourism services, between the Airbnb platform and its guests and hosts. We will undertake this task, first, from the perspective of domestic law, considering three characteristics of these relationships, such as contractual intermediation, their electronic nature and, of course, their internationality. This last characteristic leads us to appreciate the phenomenon from the perspective of Private International Law, including aspects related to jurisdiction and applicable law.*

Key Words: *Tourism. Collaborative economy. Private International Law.*

---

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); Postdoctoral researcher becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

Turismo colaborativo: el caso de Airbnb y el Derecho internacional privado venezolano

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-75-103

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. Relaciones de turismo mediadas por plataformas turísticas colaborativas. 1.1. El alojamiento como servicio turístico en el Derecho venezolano. 1.2. El turista. 1.3. La plataforma Airbnb. 2. Intermediación de Airbnb. 3. Respuesta del Derecho internacional privado. 3.1. Determinación de la jurisdicción. 3.1.1. El sistema venezolano y la determinación de la jurisdicción en materia contractual. 3.1.2. La cláusula de elección de foro de Airbnb. 3.2. El Derecho aplicable.*** UNA NOTA FINAL.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las cifras de IndexMundis, en 2017 Venezuela recibió 427 mil visitas internacionales. No obstante, en 2018 se reportó una caída en las cifras[1] y 2019 fue calificado por el Consejo Superior de Turismo, Conseturismo[2], como el peor año de las dos últimas décadas para el turismo en nuestro país[3]. En 2020, debido a la pandemia,

---

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto "El régimen jurídico del turismo colaborativo en Andalucía. A propósito de la (des)regulación en España, Portugal y Latinoamérica", presentado a la convocatoria publicada mediante resolución del Rector de la Universidad de Córdoba de fecha 27 de marzo de 2018, en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020" Código No. 29-000057, Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

1 Hostertur, "Se desploman las cifras de la industria turística en Venezuela", acceso el 10 de mayo de 2021, https://www.hosteltur.com/lat/161000_se-desploman-cifras-industria-turistica-venezuela.html

2 Conseturismo es una "Asociación Civil sin fines de lucro formada por entidades económicas gremiales privadas del empresariado turístico nacional, personas naturales o jurídicas que conjunta o separadamente, ejerzan la representación de actividades e intereses vinculados a la actividad turística". Ver: https://www.conseturismo.com/quienes-somos/, acceso el 10 de mayo de 2021).

3 Conseturismo, "Sector turismo reportó caída de 30% en productos y servicios", acceso el 10 de mayo de 2021, https://www.conseturismo.com/sector-turismo-reporto-caida/

la situación empeoró[4], y, en marzo de 2021, Conseturismo reconocía que la cuarentena terminó por asfixiar al sector[5].

Sin embargo, el potencial turístico de Venezuela es innegable y no dudamos que se convierta en un importante motor para la reconstrucción del país. Aunque la ya conocida crisis que afecta al país, ahora agravada por la pandemia, ha causado una disminución de las visitas internacionales, aun siguen llegando extranjeros ávidos de conocer las bellezas naturales del país: playas, selva y sabana, llanos y montañas, una importante variedad de flora y fauna, un clima tropical privilegiado. Incluso Caracas conserva una importante oferta gastronómica y cultural que se ha ido transformando y adaptado a las circunstancias políticas, sociales y económicas.

Muchas de las llegadas internacionales a Venezuela obedecen a la nueva forma de hacer turismo: el turista contrata directamente los servicios, tanto de transporte en todas sus modalidades, como de alojamiento y suele recurrir para ello, a plataformas que realizan la labor de intermediación entre el turista y el prestador del servicio. Los propios venezolanos recurren también a estos servicios para hacer turismo interno e internacional.

En efecto, en Venezuela funcionan plataformas que sirven para poner en contacto al turista con los prestadores de servicios turísticos. Airbnb[6], por ejemplo, ofrece en Venezuela servicios a turistas y a prestadores de servicios, para alojamientos tanto en Venezuela como en el extranjero. No obstante, la naturaleza y funcionamiento de esta plataforma han sido poco explorados.

A los efectos de este trabajo nos centraremos en el caso de las relaciones de hospedaje mediadas por Airbnb, con el objetivo de determinar la naturaleza de la relación que se establece con esta plataforma por parte de los demás intervinientes en la actividad turística y, analizar, en particular, los aspectos propios de la internacionalidad de esta relación y la consecuente necesidad de determinar los tribunales ante los cuales habrán de plantearse las posibles controversias y el Derecho aplicable a las mismas, poniendo especial énfasis en la relación con el turista y la consideración de la protección derivada del Derecho de consumo.

---

4 Ver: Claudia Madrid Martínez, "Respuestas locales a un problema global: el Derecho del turismo en Venezuela frente al COVID-19", en *The Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry* (Estoril, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, 2020), en imprenta. Disponible en: http://intranet.eshte.pt/LegalImpactsCoronavirus30/, Acceso el 10 de mayo de 2021.

5 Conseturismo, "Cuarentena termina de asfixiar al sector turismo", acceso el 10 de mayo de 2021, https://www.conseturismo.com/cuarentena-termina-de-asfixiar-al-sector-turismo/

6 De hecho, Airbnb ha funcionado como una importante alternativa para obtener ingresos en dólares. El Estímulo, "Airbnb en el oeste de Caracas: yo amo el peligro", acceso el 10 de mayo de 2021, https://elestimulo.com/climax/airbnb-en-el-oeste-de-caracas-yo-amo-el-peligro/

1. Relaciones de turismo mediadas por plataformas turísticas colaborativas

Desde el punto de vista subjetivo, la relación turística ha estado tradicionalmente definida por la intervención del prestador de servicios turísticos, de una parte, y el turista, de la otra. No obstante, hoy en día esta relación se ha transformado debido, por una parte, a que el prestador de servicios no necesariamente es un prestador de servicios turísticos; y, por la otra, porque la relación entre las partes puede estar mediada por una plataforma cuya misión es poner en contacto a las partes. Ambas transformaciones se han materializado en la prestación de servicios de alojamiento.

En efecto, hoy es común que los particulares ofrezcan todo o parte de sus viviendas, para el alojamiento de turistas. Los servicios de alojamiento prestados entre particulares supusieron el inicio de la llamada economía colaborativa y, según reporta Petrizzo Páez, estos encuentran sus antecedentes, en primer término, en la oferta por parte de particulares y organizaciones de servicios de alojamiento y alimentación para apoyar a los peregrinos que recorren el Camino de Santiago en España; y, en segundo lugar, la autora se refiere a los establecimientos *Bed & Breakfast* desarrollados a partir de las formas de turismo joven en Europa y que, en la década de los 60 del siglo pasado llegaron a Estados Unidos, donde luego se desarrolló la modalidad del *couchsurfing*, centrada en "la localización de un sofá por intercambio entre viajeros de distintas partes del mundo"[7].

Estas experiencias de colaboración llegaron a Internet gracias a intermediadores que empezaron a ofrecer plataformas para que las partes se pongan en contacto y celebren sus contratos de alojamiento. Internet, desde luego, supuso la masificación de estos servicios que dejaron de limitarse a una colaboración entre partes, bien sin intercambio económico, bien con un importe poco significativo, para enmarcarse en el concepto de economía colaborativa. Este nuevo concepto engloba "…la venta, intercambio o cesión de productos o servicios, principalmente por parte de individuos, mediante plataformas tecnológicas en línea que permiten la conexión y gestión de la relación entre los proveedores y los consumidores, usando los proveedores medios propios, disponiendo de autonomía para organizarse sin alcanzar el tamaño de una pyme"[8].

---

[7] María Ángela Petrizzo Páez, Turismo colaborativo, *Working Paper*, enero 2017, DOI: 10.13140/RG.2.2.25335.01449, 7.

[8] Santiago Melián González y Jacques Bilchand Gidumal, "Capítulo I. la vivienda vacacional como parte del fenómeno de la economía colaborativa", en *Las viviendas vacacionales, entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, dirigido por I. González, M. Rodríguez y coordinado por B. Fonticiella, (Madrid: Dykinson, 2019), 25-26.

En sentido similar, Montero Pascual entiende que se trata de un "modelo de organización industrial en el que una plataforma electrónica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes, ofertados por un grupo de usuarios (prestadores) y demandados por otro grupo de usuarios (consumidores)"[9]. Airbnb representa un ejemplo paradigmático de este planteamiento, pero antes de analizar su naturaleza, conviene precisar brevemente como ve el Derecho venezolano al prestador de servicios de alojamiento y al turista, para luego determinar como podrían adaptarse sus soluciones a los casos en que estos dos sujetos son puestos en contacto mediante plataformas de economía colaborativa.

1.1. El alojamiento como servicio turístico en el Derecho venezolano

La Ley Orgánica de Turismo[10] no hace expresa referencia al prestador de servicios de alojamiento, sino que define, de manera general, al prestador de servicios turísticos, como "[t]oda persona natural, jurídica, de derecho público o de derecho privado, que realice actividades de prestación de servicios turísticos dentro del territorio nacional" (art. 2.10). Estos servicios turísticos comprenden, desde luego, al alojamiento con fines turísticos (art. 34.1).

Ahora bien, los establecimientos que prestan servicios de alojamiento son definidos por el artículo 2 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Turismo sobre Establecimientos de Alojamiento Turístico de 1998[11], como aquellos que "prestan al público el servicio de hospedaje en forma temporal, con áreas e instalaciones comunes". Estos servicios son prestados por tres tipos de establecimiento: los prestadores de servicios turísticos que cumplen con los requisitos establecidos por la Ley; los establecimientos de alojamiento turístico familiar comunitario; y los establecimientos "extrahoteleros". Veamos.

Los prestadores de servicios de alojamiento con fines turísticos deben, de conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica de Turismo, son aquellos inscritos en el Registro Turístico Nacional. Estos establecimientos deben obtener la licencia de turismo correspondiente; solicitar los permisos necesarios para el desarrollo, funcionamiento

---

9 Juan José Montero Pascual, "La regulación de la economía colaborativa", en *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, dirigido por J.J. Montero Pascual, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 23.

10 Gaceta Oficial No. 5.554 Extraordinario, 13 de noviembre de 2001.

11 Decreto No. 3.094 de 9 de diciembre de 1998, Gaceta Oficial No. 36.607, 21 de diciembre de 1998.

funcionamiento y modificación de proyectos turísticos y obtener la correspondiente clasificación y categorización, en los casos en que sea aplicable y prestar sus servicios conforme a los mismos, en las condiciones ofrecidas de servicios, tarifas, calidad, eficiencia e higiene[12].

Los establecimientos de alojamiento turístico familiar comunitario obedecen a que, en el marco de la Ley Orgánica de Turismo, el turismo ha sido calificado como una actividad de naturaleza comunitaria[13]. El ordinal 2 del artículo 26 define este alojamiento como un "tipo de establecimiento con un mínimo de una habitación para turistas y un máximo de cuatro, dotada de baño privado o a compartir, que pueda ofrecer los servicios de alimentación, administradas por la familia anfitriona y avalada por el consejo comunal, y que se encuentre localizada en un entorno rural". Esta modalidad –que tiene un evidente esquema colaborativo– no requiere para su funcionamiento del cumplimiento de los requisitos de registro antes mencionados, sino que basta la simple autorización del consejo comunal[14].

La tercera categoría de establecimientos ha nacido de la práctica. En efecto, tal como afirma Petrizzo Páez, en muchos de los destinos turísticos del país, los servicios de alojamiento son prestados por establecimientos calificados como "extrahoteleros" que suplen las deficiencias en la oferta de hospedaje de los establecimientos antes mencionados. Se trata de servicios prestados, no solo al margen de las regulaciones del Estado, pues ni cumplen con los requisitos establecidos por la Ley ni pagan impuestos por su actividad, sino que también se desarrollan fuera de los sistemas de las plataformas

---

[12] El deber de estar inscritos en el Registro Turístico Nacional es ratificado por el artículo 3 del Reglamento de 1998, instrumento que además establece el deber de solicitar y obtener su clasificación –determinación del tipo de establecimiento en función de sus características arquitectónicas de infraestructura, su ubicación y de los servicios que ofrece– y categorización –medición de la calidad y cantidad de servicios que prestan a los huéspedes, el cual los ubicará en una categoría determinada, según el Tabulador de Servicios que corresponda a su clasificación– (arts. 4 y 5). MINTUR ha regulado, en particular, los requisitos y condiciones que deben cumplir los hoteles de turismo (Resolución No. 005, de 4 de febrero de 2015, http://www.mintur.gob.ve/wp-content/uploads/2019/05/resolucion-005.pdf [Acceso el 10 de mayo de 2021]) y las posadas (Resolución No. 074, de 7 de agosto de 2013, Gaceta Oficial No. 40.224, 8 de agosto de 2013) para ser categorizados.

[13] Se trata de una "política de Estado orientada a fomentar la participación de las comunidades organizadas en instancias del poder popular y demás formas de participación en el desarrollo y control de la actividad turística, el manejo adecuado del patrimonio natural y cultural a través del impulso de empresas turísticas de propiedad social directa e indirecta comunal y demás organizaciones socioproductivas" (art. 2.15). De manera más específica, el 26 de la Ley de fomento del turismo sustentable como actividad comunitaria y social, dispone que la actividad turística "debe basarse en la cooperación, solidaridad y complementariedad, por lo que debe estar integrado por una red socio productiva de no menos de tres prestaciones de servicios turísticos comunitarios diferentes que a su vez se relacionen entre ellas y con el producto turístico final".

[14] Los consejos comunales son "instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social", art. 2 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, Gaceta Oficial No. 39.335, 28 de diciembre de 2009.

de intermediación, por lo que no siempre reflejan –tal como reporta la propia autora– la confianza que en ellos depositan los turistas[15].

Una revisión de las ofertas en Airbnb de alojamientos en Venezuela permite constatar que la mayoría de ellas ofrecen alojamientos privados, al margen del sistema turístico. Ser anfitrión de Airbnb significa acceder a ingresos en dólares en una economía superinflacionaria, a lo cual se suma el hecho de que aproximadamente cinco millones de venezolanos han abandonado el país, dejando en algunos casos inmuebles desocupados que se han destinado a alojamientos vacacionales.

También hay ofertas de establecimientos hoteleros y posadas, a los cuales suponemos inscritos en el Registro Turístico Nacional. Lo planteamos en estos términos pues no logramos tener acceso a los datos de este registro[16] y los datos estadísticos llevados por asociaciones gremiales, como el Consejo Superior de Turismo, se limitan, en el caso de alojamientos, a los niveles de ocupación de los establecimientos agrupados por la Federación de Hoteles de Venezuela (FENAHOVEN) y por la Asociación Venezolana de Hoteles Cinco Estrellas (AVECINTEL)[17]. Algo similar puede afirmarse con respecto a los alojamientos turísticos familiares comunitarios, pues no logramos localizar los posibles registros llevados por los consejos comunales.

Esta posibilidad de acceder a servicios de alojamiento en establecimientos no registrados como prestadores de servicios turísticos ha sido uno de los principales obstáculos con que se ha encontrado Airbnb en algunos países como España, donde según refiere Mayorga Toledano, Airbnb está tratando de llegar a acuerdos con el gobierno para comprobar la inscripción en el registro de viviendas turísticas[18].

1.2. El turista

El desplazamiento temporal de una persona a un lugar diferente de aquel en el cual tiene su residencia habitual sea dentro de su propio Estado o fuera de él, por razones de ocio, recreación, salud u otros motivos, es lo que suele definir al turista en

---

15 Petrizzo Páez, "Turismo colaborativo", 9.

16 En la página web de MINTUR solo se hace referencia a los requisitos para acceder al registro: https://web.archive.org/web/20160517120046/http://www.mintur.gob.ve/mintur/servicios-y-tramites/, acceso el 10 de mayo de 2021.

17 https://www.conseturismo.com/estadisticas/, acceso el 10 de mayo de 2021.

18 María Cruz Mayorga Toledano, "Capítulo III. La intermediación en línea de las plataformas. El caso de Airbnb", en *Las viviendas vacacionales, entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, dirigido por I. González, M. Rodríguez y coordinado por B. Fonticiella, (Madrid: Dykinson, 2019), 59.

los diferentes sistemas. Así puede verse en la Ley Orgánica de Turismo, aunque con una particularidad, pues nuestro sistema distingue entre turista y visitante, en función del tiempo de duración del desplazamiento[19].

Así, turista es "Toda persona natural que viaje y pernocte fuera del lugar de su residencia habitual, por más de una noche y menos de seis meses, con fines de esparcimiento y recreación, beneficiándose de alguno de los servicios prestados por los integrantes del sistema turístico nacional y cuya visita no sea remunerada en el lugar visitado" (art. 2.20); mientras el visitante es "toda persona natural que se desplace fuera de su entorno habitual por menos de veinticuatro horas, con fines de ocio, recreo y otros motivos, y cuya actividad no sea remunerada en el lugar visitado" (art. 2.21).

Como vemos, tanto el turista como el visitante han de encontrarse fuera de su residencia o entorno habitual. Este alejamiento es reconocido como una de las razones por las cuales debe establecerse un sistema de protección especial para el turista, pues este puede encontrarse en lugares y entre costumbres muchas veces diferentes a los suyos, "con una mentalidad y un estado de ánimo" que le convierten en blanco fácil de abusos por parte de las empresas con las cuales contrata. El turista –se ha afirmado– es un desplazado[20].

El alejamiento, en todo caso, se caracteriza por su carácter temporal. En la mayoría de los sistemas, incluyendo el concepto de la Organización Mundial de Turismo, el tiempo de permanencia fuera del entorno habitual debe ser inferior a un año. Así lo reconoce la Ley venezolana al definir turismo (art. 2.14). Sin embargo, el artículo 2.20 *eiusdem* limita ese tiempo a menos de 6 meses, lo cual, además de contradecir la norma antes citada, supone una modificación importante a la Ley derogada cuyo artículo 102.1 también se refería a un año[21].

No queda clara la razón del cambio y tampoco por qué en la definición de turismo se sigue haciendo referencia a un año y no a seis meses. La doctrina no se ha pronunciado al respecto. En cuanto a la jurisprudencia, hemos de reseñar una sentencia dictada en 2018 por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual,

---

[19] La Organización Mundial de Turismo, por el contrario, define al turista mediante la noción de visitante, es decir, "una persona que viaja a un destino principal distinto al de su entorno habitual, por una duración inferior a un año, con cualquier finalidad principal (ocio, negocios u otro motivo personal) que no sea la de ser empleado por una entidad residente en el país o lugar visitados. Un *visitante* (*interno*, *receptor* o *emisor*) se clasifica como *turista* (o *visitante que pernocta*), si su *viaje* incluye una pernoctación, o como *visitante del día* (o *excursionista*) en caso contrario". En: http://media.unwto.org/es/content/entender-el-turismo-glosario-basico#Visitante, acceso el 10 de mayo de 2021.

[20] Guillermo Alcover Garau, "Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la comunidad autónoma de las islas baleares en materia de turismo", *Estudios sobre consumo*, No. 18 (1990): 76.

[21] De conformidad con el artículo 102.1 de la Ley derogada turista era "[t]oda persona natural que viaje fuera de su entorno habitual, **por más de una noche y menos de un año**, con fines de ocio y recreo, beneficiándose de alguno de los servicios prestados por los integrantes del Sistema Turístico Nacional, y cuya visita no sea remunerada en el lugar visitado" (resaltado nuestro).

sobre la base del aparte único del artículo 23 la Ley de Derecho Internacional Privado[22], y sin mencionar la normativa en materia de turismo, entiende que si una persona no ha estado un año en un país, no puede considerársela domiciliada en él sino que, por el contrario, tendría la condición de turista[23].

Nosotros hemos afirmado en otras oportunidades que, considerando la evolución del Derecho del turismo en Venezuela y los lineamientos de la Organización Mundial del Turismo, de la cual Venezuela es parte desde 1975, debería prevalecer el límite de un año para considerar a una persona como turista[24].

El objetivo del desplazamiento es su segunda característica, pues el turista no se desplaza para realizar una actividad remunerada en el lugar visitado, el turista se desplaza por ocio, recreación, incluso por salud, de manera que sus objetivos son distintos de los meramente profesionales. Podría en tal sentido afirmarse que el turista es el destinatario final de los servicios turísticos, lo cual coincide, en líneas generales, con el concepto de consumidor del Derecho venezolano.

En efecto, aunque en Venezuela no existe una norma que determine lo que ha de entenderse por consumidor, pues, con la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios[25], también se derogó la definición que había estado presente en el sistema venezolano, y que giraba en torno al criterio de destino final, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, hagan uso de expresiones como "destinatario final" o "consumidor final" para referirse a los consumidores[26].

---

[22] Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998. Esta norma establece limitaciones a los efectos del cambio del de domicilio, cuando este criterio es utilizado para la determinación del Derecho aplicable al divorcio y la separación de cuerpos. De acuerdo con esta norma, "El cambio de domicilio del cónyuge demandante solo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual".

[23] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 01029, 3 de octubre de 2018 (*Eddy Shomron Cohen Levy vs. Ana Carolina Siboni Abecasis*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/301493-01029-31018-2018-2018-0401.html, acceso el 10 de mayo de 2021.

[24] Es la opinión que hemos sostenido en: Claudia Madrid Martínez y Eugenio Hernández-Bretón, "Derecho del Turismo en Venezuela", en: *Derecho del Turismo en las Américas* editado por Carlos Torrtes et al, (Estoril, Salamanca, Buenos Aires, México, Punta Arenas, Montevideo, Viedma, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, Universidad de Salamanca, Universidad de Buenos Aires, UNAM, Universidad de Magallanes, Universidad de la Empresa, INATEL, CITUR, Universidad de Rio Negro, 2020), 1400.

[25] Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

[26] Ver, entre las decisiones más recientes: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0069, 11 de febrero de 2015 (*Municipio Sucre del Estado Bolivariano Miranda vs. Tecniauto C.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0706, 17 de junio de 2015 (*Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria [SENIAT] vs. Compañía Brahma Venezuela, S.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0707, 17 de junio de 2015 (*Municipio Valencia del Estado Carabobo vs. Autokia del Centro, C.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178570-00707-17615-2015-2015-0237.HTML, acceso el 10 de mayo de 2021.

1.3. La plataforma Airbnb

Ahora bien, la forma en que el prestador de servicios de alojamiento –inscrito o no en el Registro Turístico Nacional– y el turista entran en contacto, según hemos afirmado antes, puede involucrar a un tercero, una plataforma, mediante la cual se ofrecen o solicitan servicios de alojamiento y que facilita el "espacio" para que las partes celebren su contrato y establezcan el contenido del mismo. La plataforma no forma parte de la relación que se ha perfeccionado gracias a su intermediación, ni presta directamente el servicio buscado por el usuario, sino que se limita a facilitar la contratación por parte de terceros[27].

A partir de la Resolución 15 de junio de 2017, del Parlamento Europeo sobre las plataformas en línea y el mercado único digital[28], Mayorga Toledano destacó los rasgos comunes de estas plataformas: uso de la tecnología para facilitar las interacciones entre los usuarios; la recopilación y uso de datos de esas interacciones; y los efectos de red que hacen más valioso para otros usuarios el uso de esas plataformas[29].

Este concepto es compatible con la concepción que Airbnb tiene de sí misma en sus "Términos de Servicio para Usuarios no Europeos" –que es la versión que utilizaremos en este trabajo[30]. Allí, Airbnb se define como una plataforma que "ofrece un sitio en línea que permite a los usuarios ('**Miembros'**) publicar, ofrecer, buscar y reservar servicios". Los servicios que pueden publicarse, ofrecerse, buscarse y reservarse a través de Airbnb son, tal como afirmamos antes, alojamiento y experiencias, estas últimas incluyen actividades, excursiones y eventos.

Airbnb funciona entonces como un intermediario entre el prestador del servicio de alojamiento y el usuario del mismo, los pone en contacto y son ellos quienes celebran el contrato de alojamiento, por lo cual, "…Airbnb no posee, controla, ofrece ni administra ningún Anuncio o Servicio del Anfitrión… ni es parte en los contratos celebrados directamente entre los Anfitriones y los Huéspedes, ni tampoco es agente inmobiliario ni asegurador". Se trata de relaciones *peer to peer* (P2P) celebradas directamente entre personas que han sido puestas en contacto por medio de la plataforma.

---

27 "Por eso ni Airbnb tiene propiedades inmobiliarias, ni BlaBlaCar o Uber son propietarios de vehículos. Las plataformas electrónicas se limitan a casar la oferta de los propietarios de casas, vehículos, plazas de parking y cualquier otro bien o servicio con la demanda de los mismos. Las plataformas no prestan servicios de transporte ni servicios de alojamiento ni ningún otro servicio subyacente. Se limitan a mediar, a facilitar la contratación entre terceros". Ver: Montero Pascual, "La regulación de la economía colaborativa", 18.

28 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0272_ES.html, acceso el 10 de mayo de 2021.

29 Mayorga Toledano, "Capítulo III. La intermediación en línea de las plataformas", 55-56. Se trata, en palabras de Montero Pascual, de "empresas que operan en mercados multilaterales, que utilizan internet para hacer posible las interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, con el objeto de facilitar la contratación del uso temporal de bienes y servicios". Ver: Montero Pascual, "La regulación de la economía colaborativa", 25.

30 https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#TOS, acceso el 10 de mayo de 2021.

En efecto, es reconocido como un "principio ontológico" de la economía colaborativa el hecho de que se realice entre iguales (P2P) y que no exista una posición de dominio, poder o jerarquía de alguna de las partes sobre la otra, sino que se trata más bien de una relación en la que todas trabajan juntas para obtener un producto o servicio en beneficio de todos[31]. En este caso, Airbnb las pone en contacto.

La idea de Airbnb tiene naturaleza colaborativa desde sus inicios. En 2007, ante un aumento del canon de arrendamiento del apartamento que ocupaban en San Francisco, California, Brian Chesky, Joe Gebbia **y Nathan Blecharczyk,** jóvenes diseñadores industriales, estos decidieron ofrecer una habitación en un foro de diseñadores en el que participaban. Con tal objetivo desarrollaron una página web en la que ofrecían, precisamente, cama de aire (*airbed*) y desayuno. Así nació *Airbed and Breakfast*, una compañía de capital abierto que fue creciendo poco a poco, y que en 2009 se convirtió en Airbnb. La estrategia de negocios se amplió a la posibilidad de arrendar, no solo habitaciones o espacios en casas de familia, sino también casas completas y, en 2016, comenzó a ofrecer, además del alojamiento, "experiencias", lo cual permitió a los viajeros acceder a actividades y programas dirigidos por los anfitriones locales[32]. Airbnb tiene hoy presencia en 192 países –y más 33 mil ciudades– alrededor del mundo, entre los cuales se cuenta Venezuela.

Los servicios de intermediación prestados por Airbnb se amoldan al concepto de "servicios de intermediación en línea" contenido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea[33]. Este instrumento define tales servicios como aquellos que constituyen servicios de la sociedad de la información; permiten a las empresas ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichas empresas y clientes, con independencia de dónde aquellas se finalicen en última instancia; y se prestan a las empresas sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y las empresas y consumidores a los que se ofrecen los bienes o servicios (art. 2.2).

El considerando No. 1 de esta Propuesta reconoce que los servicios de intermediación en línea constituyen "factores esenciales para el emprendimiento, el comercio y la innovación" a la vez que potencian el bienestar de los consumidores. Estos servicios –continúa el citato Considerando– facilitan el acceso a nuevos mercados y opor-

---

[31] Gómez-Álvarez Díaz, Rosario y Rafael Morales Sánchez, "Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera", en *Economía colaborativa… ¿de verdad?*, coordinado por R. Gómez-Álvarez Díaz et al, (Madrid: Laborum, 2018) 28-29.

[32] https://www.negociosyemprendimiento.org/2020/06/historia-airbnb.html, acceso el 10 de mayo de 2021.

[33] Bruselas, 26 de abril de 2018 COM(2018) 238 final 2018/0112 (COD), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0238&from=ES, acceso el 10 de mayo de 2021.

tunidades comerciales al permitir a las empresas aprovechar las ventajas del mercado interior; y permiten a los consumidores europeos obtener provecho de dichas ventajas, en concreto al ampliar la gama de bienes y servicios ofrecidos en línea.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, las plataformas de intermediación suelen prestar servicios complementarios como gestión de cobros, seguros, sistemas de valoración, entre otros, pero tales prestaciones no desdibujan su naturaleza de simples intermediarios en la relación entre el prestador del servicio y su usuario[34].

Airbnb, por ejemplo, presta a sus usuarios servicios de pago, los cuales pueden incluir, siempre que se encuentren disponibles, el cobro de pagos a huéspedes, mediante la forma de pago asociada a su cuenta en la Plataforma Airbnb, como tarjeta de crédito, tarjeta de débito, cuenta bancaria o cuenta de PayPal; pagos a los anfitriones a un instrumento financiero asociado a su cuenta en la Plataforma Airbnb, como una cuenta PayPal, cuenta bancaria, tarjeta prepaga o tarjeta de débito; pagos a un tercero o designado por el anfitrión; recaudación y pago de donaciones benéficas; servicios de recaudación de pagos; y otros servicios de pago relacionados con los servicios de anfitriones[35].

Ahora bien, el hecho de que Airbnb preste servicios para la celebración de contratos de arrendamiento de vivienda vacacional no lo convierte, *per se*, en un operador turístico. En el caso venezolano, el artículo 34.8 considera como prestadores de servicios turísticos, entre otros, a los "[o]peradores o administradores de inmuebles con fines turísticos o vacacionales" y este, desde luego, no es el caso de Airbnb.

Así lo ha reconocido incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando, en el asunto C-390/18[36], afirmó que el

> servicio de intermediación [prestado por Airbnb] es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones.

---

[34] Montero Pascual, "La regulación de la economía colaborativa", 26.

[35] https://www.airbnb.com.co/help/article/2909/t%C3%A9rminos-de-pago-del-servicio

[36] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-390/18, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal de grande instance de Paris (Tribunal de Primera Instancia de París, Francia), mediante resolución de 7 de junio de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de junio de 2018, en el procedimiento penal contra X, con intervención de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel, en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221791&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=21629055, acceso el 10 de mayo de 2021.

Además –ha reconocido el propio tribunal– la prestación de Airbnb no es esencial a la celebración del contrato de alojamiento, pues anfitriones y huéspedes "disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles".

Conteste con su rol de simple intermediario, Airbnb no avala ni garantiza (i) la existencia, la conducta, el rendimiento, la seguridad, la calidad, la legalidad o la idoneidad de ningún huésped, anfitrión, servicio del anfitrión, anuncio o tercero; (ii) el desempeño o la no interrupción de la Plataforma Airbnb; y (iii) que la verificación de la identidad o de antecedentes realizada a los anuncios o miembros (si los hubiere) identifique conductas indebidas pasadas o prevenga conductas indebidas futuras[37]. Por tal razón, Airbnb no se hace responsable por la prestación del servicio de alojamiento y deja el riesgo en cabeza de los usuarios, en la medida en que el Derecho aplicable lo permita.

2. Intermediación de Airbnb

La actividad desarrollada por Airbnb puede ser definida a través de tres características: (i) es una actividad de intermediación; (ii) desarrollada en el mundo electrónico; y, (iii) con naturaleza internacional. A estas características se une la circunstancia de que el turista, tal como hemos afirmado antes, es considerado un consumidor, por lo que conviene tener en cuenta las normas provenientes del Derecho de consumo, las cuales habrán de aplicarse, desde luego, a los casos en que el turista haya contratado el alojamiento mediante la plataforma de Airbnb.

Ahora bien, al tratarse de una intermediación –corretaje en los términos de los artículos 2.15 y 66 del Código de Comercio[38]– la plataforma no es representante ni dependiente de las partes sino que se limita a aproximarlas, para facilitar la celebración de contratos[39]. En efecto, al referirse a los anfitriones, en los términos se uso de Airbnb se dispone que su relación con ellos "…es la de una persona o entidad independiente y no la de un empleado, agente, empresa conjunta o socio de Airbnb"[40].

---

37 https://www.airbnb.com.co/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#18, acceso el 10 de mayo de 2021.

38 Gaceta Oficial No. 475 Extraordinario, 21 de diciembre de 1955.

39 Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006), Tomo I, 508-509.

40 https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#5, acceso el 10 de mayo de 2021.

Está claro que Airbnb proporciona a las partes en el futuro contrato de hospedaje las facilidades para perfeccionar su acuerdo, sin participar en él. Pero ¿puede decirse que esa relación que establece Airbnb con anfitriones y huéspedes tiene naturaleza contractual? El hecho de que, al menos en el caso de Venezuela, el Código de Comercio no regule el contrato de corretaje, sino la actividad del corredor parece apuntar a una respuesta negativa. Así, Morles Hernández[41] entiende que en la mayoría de los casos la actividad desarrollada por el corredor tiene naturaleza más bien "acontractual", aunque no descarta que pueda darse en algunos casos mediante un contrato, lo cual ocurre, por ejemplo, en materia de seguros[42].

En el caso de Airbnb nos ubicaríamos en el terreno contractual, pues según dispone la propia plataforma, sus términos de servicio "son un contrato legal vinculante entre usted y Airbnb que rigen el uso de los sitios web, las aplicaciones y otros ofrecimientos de Airbnb". La prestación de Airbnb consiste en poner a disposición de sus usuarios un espacio virtual para que los anfitriones hagan sus ofertas y los huéspedes las acepten y hagan sus reservas.

Airbnb pone a disposición de los anfitriones, las herramientas para configurar y administrar un anuncio contentivo de la oferta de alojamiento. De manera que es el anfitrión quien fija las condiciones del futuro contrato, lo cual incluye, tal como se establece en los términos del servicio de Airbnb, la información completa y precisa sobre el servicio a prestar, el precio y otros cargos como gastos de limpieza, tarifas del resort, depósitos de seguridad, tarifas fuera de línea y cualquier norma o requisito aplicable a los huéspedes. La plataforma pone en cabeza del anfitrión la responsabilidad de mantener actualizados la información y el contenido del anuncio[43]. Para los huéspedes, la plataforma pone a disposición servicios de búsqueda y reserva del alojamiento elegido[44].

Cuando el anfitrión acepta una reservación, "está celebrando un contrato directamente con el Huésped" y es por ello responsable de entregar su servicio del anfitrión en los términos y al precio especificados en su anuncio. Este contrato de hospedaje, como hemos afirmado, es independiente de la relación con Airbnb. Esta independencia fue reconocida por el Tribunal europeo en el ya citado Asunto C-390/18, al afirmar que el servicio de intermediación prestado por Airbnb "…no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento".

---

41 Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo IV, 2469.

42 Arts. 114 y siguientes de la Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial No. 39.481, 5 de agosto de 2010.

43 https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#6, acceso el 10 de mayo de 2021.

44 https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#EU1, acceso el 10 de mayo de 2021.

Estos servicios son remunerados. En efecto, cuando se perfecciona el contrato de hospedaje, Airbnb recibe una comisión por sus servicios, lo cual permite que la plataforma "funcione adecuadamente y cubrir el coste de los productos y servicios que ofrecemos, como la atención al cliente 24 horas, 7 días a la semana". Esta comisión, a elección del anfitrión puede ser compartida con el huésped o asumida íntegramente por él. Además, puede generar el pago del Impuesto al Valor Agregado, IVA, en función del lugar de la prestación del servicio[45].

En definitiva, la relación establecida entre Airbnb y sus huéspedes y anfitriones es una relación contractual, pero el hecho de que el Código de Comercio venezolano más que al contrato, se refiera a la conducta del corredor, nos conduce a pensar que se trata de un contrato nominado, mas no típico, pues no cuenta con regulación especial y, por tal razón, ha de recurrirse a las normas generales en materia de contratos contenidas tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil[46].

Ahora bien, además de ser contractual, es una relación que se perfecciona y se ejecuta por medios electrónicos. Se trata, tal como lo concibe el Tribunal europeo en la ya citada decisión del Asunto C-390/18, de "servicios de la sociedad de la información" en los términos del artículo 1.1.b de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información[47], al tratarse de servicios prestados "a distancia" –sin que las partes estén presentes simultáneamente–; "por vía electrónica", –servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético– y "a petición individual de un destinatario de servicios" –prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En el ordenamiento venezolano no existe una concepción semejante[48]. La única definición legal de comercio electrónico estuvo contenida en la hoy derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Hoy, la Ley Orgánica de Precios Justos se limita a incluir como sujetos de aplicación de sus normas a "las

---

45 https://www.airbnb.es/help/article/1857/qu%C3%A9-son-las-comisiones-de-servicio-de-airbnb, acceso el 10 de mayo de 2021.

46 Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

47 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L1535&from=DA, acceso el 10 de mayo de 2021.

48 Rodner entiende que el comercio electrónico está referido a "…las transacciones comerciales que se realizan a través de teletransmisiones…" y reconoce que este se manifiesta, fundamentalmente, mediante negocios jurídicos celebrados por medios electrónicos. Ver: James Otis Rodner, "El negocio jurídico electrónico", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 136, (1999): 248.

personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades económicas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, **incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos**" (resaltado nuestro), sin establecer regulación alguna al respecto.

De momento, la única normativa vigente que resulta aplicable, al menos parcialmente, a transacciones electrónicas, se encuentra en el Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas[49], cuyo artículo 15 admite la validez del perfeccionamiento del contrato por medios electrónicos, al disponer que, "[e]n la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos". Aunque esta norma parece sugerir la necesidad de un acuerdo previo, a través del cual las partes admitan la validez del uso de medios electrónicos para la celebración del contrato, Morles Hernández ha afirmado que más bien ha de presumirse que existe un acuerdo tácito para obligarse por medio de mensajes de datos e incluso –continúa el autor– "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*"[50]. Ello, a pesar de que no puede afirmarse la aceptación como principio general, por parte del sistema venezolano, de la doctrina de los actos propios.

En definitiva, actualmente no existe en Venezuela regulación alguna respecto de estas plataformas[51], aunque hemos de reconocer que su funcionamiento podría encuadrar en la Resolución de MINTUR No. 013 de 14 de mayo de 2018[52] que, refiriéndose específicamente a los servicios de las agencias de viajes y turismo, admite que tales servicios puedan ser prestados de manera virtual, a través de portales –sitio web que ofrece al usuario de forma fácil e integral el acceso a servicios turísticos mediante enlaces web, aplicativos, buscadores y compra (art. 3.13)– o banners –formato publicitario dentro de una página web cuyo objetivo es atraer tráfico hacia el sitio web del anunciante que paga por su inclusión (art. 3.3).

La tercera característica que hemos mencionado al inicio de esta sección es la internacionalidad. No resulta complicado atribuir esta característica a las relaciones perfeccionadas con una plataforma administrada por una empresa que tiene su sede en Estados Unidos y que tiene presencia, como hemos dicho, en 192 países. Este plantea-

---

49 Gaceta Oficial No. 37.148, 28 de febrero de 2001.

50 Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo IV, 2235.

51 Madrid Martínez y Hernández-Bretón, "Derecho del Turismo en Venezuela", 1406-1407.

52 Gaceta Oficial No. 41.415, 8 de junio de 2018.

miento se ve ratificado cuando consideramos que, en el marco del sistema venezolano de Derecho internacional privado la internacionalidad del contrato "debe interpretarse en forma amplia respondiendo no solo a criterios jurídicos, sino también a criterios económicos y financieros"[53].

El criterio jurídico –referido a los llamados elementos de extranjería– supone los vínculos del contrato con ordenamientos jurídicos extranjeros, debido a la localización de los elementos objetivos o subjetivos del contrato en ordenamientos jurídicos diversos. Es este el criterio aceptado por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana[54] y por la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales[55], esta última solo está vigente entre Venezuela y México.

La Ley de Derecho Internacional Privado califica como internacionales a los "supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros", sin limitar el tipo de relación que debe tener la relación con tales ordenamientos, de manera que, por ejemplo, el lugar de constitución de una de las partes en la relación puede hacer que la misma se considere como internacional. La Convención Interamericana, por su parte, contiene una norma que sí limita los contactos con ordenamientos extranjeros, pues luego de establecer, en su artículo 1, que la misma se aplicará a los contratos internacionales, dispone que "Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte".

No queda claro si la referencia al "establecimiento" contenida en la norma citada ha de entenderse como referida al establecimiento principal o al establecimiento más vinculado con el contrato en cuestión. No obstante, el hecho de que no se hubiera incorporado en la versión definitiva de la Convención la propuesta de la Reunión del Grupo de Expertos de Tucson de referirse expresamente al establecimiento más vinculado con el contrato, y considerando que la versión en inglés del artículo 12 de la propia Convención se refiera a *principal place of business*[56]*, nos conduce a pensar en la intención de hacer referencia, justamente, al establecimiento principal.*

La jurisprudencia venezolana, por su parte, ha sido muy flexible en la calificación del contrato como internacional y, por una parte, ha entendido que "…los contratos ubicarán en el campo del Derecho Internacional Privado cuando las partes que se

---

[53] Tatiana B. de Maekelt, "Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho", en *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, coordinado por C. Febres Fajardo, (Mérida: Universidad de Los Andes, 2005), Tomo I, 214.

[54] Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998, con vigencia a partir del 6 de febrero de 1999.

[55] Ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

[56] Referencias tomadas de: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas* (Washington: OEA, 2019) 86.

obliguen sean de distinta nacionalidad; tengan domicilios en diferentes Estados; se celebren en un Estado y los efectos deban cumplirse en otro; las partes sean de un mismo Estado, pero celebren el contrato en otro, etc."[57]*. Por otra parte, la jurisprudencia ha llegado a aceptar que para calificar un contrato como internacional "…*deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios) ..."[58]. En esta decisión se tomó incluso en consideración la amplitud en la calificación de la internacionalidad del contrato recomendada en los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en ese momento, en su versión de 1994.

En el caso del comercio electrónico, reiteramos, la internacionalidad no es una característica esporádica, sino más bien habitual[59], lo cual hace necesaria la intervención del Derecho internacional privado. Exploremos ahora las alternativas que tienen anfitriones y huéspedes en sus relaciones con Airbnb, en lo relacionado con los tribunales a los cuales pueden acudir y Derecho que verán aplicado a sus relaciones.

3. Respuesta del Derecho internacional privado

3.1. Determinación de la jurisdicción

3.1.1. El sistema venezolano y la determinación de la jurisdicción en materia contractual

La primera cuestión que ha de plantearse el usuario de plataforma –sea huésped o anfitrión– al explorar la posibilidad de entablar reclamaciones frente a Airbnb, tiene que ver con la determinación de la autoridad competente para escuchar esos reclamos. Por ello, es necesario tener en consideración, en primer lugar, los criterios de que dispone el sistema venezolano para determinar la jurisdicción de sus tribunales; y, en segundo lugar, las posibilidades de excepción frente a disposiciones contractuales. Veamos.

---

[57] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia No. 01892, 10 de octubre de 2000 (*Montoya, Kociecki & Asociados, Sociedad Civil contra Alfred Missri Basmagi*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01892-101000-11258.HTM acceso el 10 de mayo de 2021.

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997 (*Embotelladora Caracas et al. vs. PepsiCola Panamericana*), en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, No. 109 (1998), 150 ss.

[59] Así lo reconoce Pedro De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, (Madrid: Civitas, 2011), 801-802. Para ese autor, Internet facilita el contacto comercial del consumidor, desde su propio domicilio, con empresas situadas en el extranjero.

En materia de relaciones contractuales, el sistema venezolano de Derecho internacional privado cuenta con criterios de jurisdicción en el Código Bustamante[60] y en la Ley de Derecho internacional privado[61]. El Código Bustamante reconoce la sumisión como principal criterio de jurisdicción, pero la posibilidad de que las partes por propia voluntad decidan el Estado cuyos tribunales conocerán de la controversia se limita a los casos en que al menos uno de los litigantes sea nacional o esté domiciliado en el Estado del juez y "salvo el Derecho local contrario" (art. 318). Si las partes no hubieren elegido los tribunales, el artículo 323 del Código Bustamante admite que puedan acudir ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, a los del domicilio o residencia del demandado.

La Ley de Derecho internacional privado, por su parte, reconoce al domicilio del demandado como el foro general, de manera que si el demandado tiene su domicilio en Venezuela, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción (art. 39). Si el demandado tiene su domicilio en el extranjero, tratándose de materia contractual, el operador jurídico deberá recurrir al artículo 40 de la Ley, con lo cual, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción si el contrato se celebró en Venezuela; si debió o debe ejecutarse en Venezuela; si los bienes que forman su objeto están ubicados en Venezuela; si el demandado ha sido citado personalmente en Venezuela; o, finalmente, si las partes se han sometido expresa o tácitamente a su jurisdicción, sin que sea necesaria vinculación alguna con territorio nacional.

Este catálogo de criterios de jurisdicción resulta de aplicación a todo tipo de contratos, incluidos los contratos con consumidores, entre los cuales podemos incluir los contratos celebrados con las plataformas de turismo colaborativo con los turistas. De manera que, en principio, si se verifica alguno de estos criterios, los tribunales venezolanos tendrían jurisdicción.

Suena sencillo, mas recordemos que estamos frente a una relación contractual establecida entre un turista, por ejemplo, y la plataforma con el objeto de que esta lo ponga en contacto con un prestador de servicios turísticos a fin de contratar su alojamiento. Frente a un caso como este, el funcionamiento de los criterios de jurisdicción ya no parece tan sencillo: no puede decirse que la plataforma esté domiciliada o tenga

---

[60] Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.

[61] Para un análisis detallado de estos criterios, ver: Claudia Madrid Martínez, "Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado", en *Derecho procesal civil internacional*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2021), 99 ss. Claudia Madrid Martínez, "Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado", en *Derecho procesal civil internacional*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2021), 99 ss. Claudia Madrid Martínez, "Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado", en *Derecho procesal civil internacional*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2021), 99 ss.

su establecimiento en Venezuela, por lo mismo no parece viable pensar en el criterio de citación personal del demandado; la celebración y ejecución de este contrato están mediadas por tecnologías, lo que dificulta calificar el lugar en que ocurrieron estos eventos[62]; tampoco tiene el contrato un objeto material que acompañe a la conducta que compone la prestación y cuya localización en Venezuela apunte a la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

En este escenario, el criterio más problemático puede resultar más útil: la sumisión. No es gratuito que en los términos y condiciones de uso de estas plataformas suela incluirse cláusulas para la resolución de disputas, sea mediante arbitraje, sea mediante los tribunales de un Estado determinado. Nos hemos referido a este criterio como problemático pues es bueno considerar que aunque los Estados aceptan de manera relativamente fácil la sumisión a sus propios tribunales –así lo hace el sistema venezolano–, no aceptan de la misma manera la derogatoria que una sumisión a un tribunal extranjero pueda producir con relación a su jurisdicción.

A esto se une el hecho de que, en Derecho comparado, es común que en los contratos con consumidores se excluya o limite la posibilidad de sumisión a tribunales distintos de aquellos del lugar de la residencia del consumidor, debido a que semejante elección tiene más la apariencia de una imposición y puede conducir al consumidor, parte débil en la relación y que debido a la sumisión no podría litigar ante sus propios tribunales, a renunciar a su derecho a obtener una tutela judicial efectiva por no poder trasladarse al Estado donde se encuentra el tribunal "elegido" y que, generalmente, coincide con el de la sede del prestador de servicios.

En Venezuela, debido a la inexistencia de normas de protección al consumidor, el usuario de los servicios prestados por plataformas de turismo colaborativo, que incluyan cláusulas de elección de foro en sus términos y condiciones de uso, no tiene siquiera la alternativa de que una cláusula de sumisión contenida en el contrato se pueda considerar como una cláusula abusiva, como ocurre en otros sistemas[63]. Tengamos en cuenta que si bien la derogada Ley para la Defensa de la Personas en el Acceso a Bienes y Servicios consideraba nulas las cláusulas que "[e]stablezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o de las personas" (art. 74.8), hoy no hay una regulación semejante en la Ley Orgánica de Precios Justos.

---

[62] Claudia Madrid Martínez, "La internacionalización del consumo: el comercio electrónico y la realidad venezolana", *Derecho y Tecnología*, Vol. 12 (2011), 7 ss.

[63] Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho internacional privado venezolano", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13 (2020), 203 ss.

Por otra parte, la protección en contratos de adhesión se mantuvo, con respecto al acuerdo arbitral, en la Ley de Arbitraje Comercial[64], cuyo artículo 6, en su aparte único, exige que en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, el acuerdo arbitral deba expresarse de manera separada. Esta exigencia se debe a la necesidad de garantizar que el acuerdo incluido en un contrato predeterminado por una sola de las partes sea fruto de la expresión de la voluntad libre y sana de la parte que acepta el contrato y que no se trate de una imposición. Con fundamento en esta norma, el Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado acuerdos arbitrales contenidos en conocimientos de embarque[65] y ha extendido este rechazo a las cláusulas de elección de foro[66].

Por lo demás, solo le quedaría al usuario alegar, en virtud del artículo 47 de la Ley de Derecho internacional privado, la inderogabilidad convencional de la jurisdicción, debido a que se considera manifiestamente contraria al orden público la sumisión a un tribunal extranjero al que no puede materialmente acudir para hacer valer sus derechos. Su alegato podría encontrar también fundamento en el artículo 7.10 de la Ley Orgánica de Precios Justos[67] y su derecho a "la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses".

Con estas interpretaciones podría un consumidor, domiciliado en Venezuela, acceder a un mínimo de protección en atención a su debilidad frente al prestador del servicio y estar, con ello, a la par de la protección que le es generalmente reconocida al consumidor a nivel de Derecho comparado.

---

[64] Gaceta Oficial No. 36.430, 7 de abril de 1998.

[65] "…aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos…". Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1252, 30 de mayo de 2000 (*Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01252-300500-15341%20.HTM, acceso el 10 de mayo de 2021.

[66] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1359, 13 de junio de 2000 (*Molinos Carabobo C.A. (Mocasa) vs. Filippou Filippos*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01359-130600-14878%20.HTM, acceso el 10 de mayo de 2021.

[67] Gaceta Oficial N°40.787 del 12 de noviembre de 2015.

3.1.2. La cláusula de elección de foro de Airbnb

Estos desarrollos en cuanto a la determinación de la jurisdicción para conocer y decidir casos de Derecho internacional privado han influido, probablemente, en la forma en que prestadores de servicios de intermediación como Airbnb han planteado el tema de la resolución de litigios frente a partes que pueden ser consideradas como consumidores[68].

En efecto, en los términos y condiciones de uso para usuarios no europeos, Airbnb distingue entre usuarios en Estados Unidos, usuarios en China y usuarios en el resto del mundo. En el primer caso –usuarios residentes en Estados Unidos–, Airbnb "se compromete a participar en un proceso de resolución de disputas de carácter amistoso para el consumidor", para lo cual admite dos posibilidades: (i) una negociación informal directamente con el equipo de servicio al cliente de Airbnb y, de ser necesario (ii) un arbitraje vinculante administrado por la Asociación Americana de Arbitraje. La cláusula reconoce además que Airbnb y el usuario "conservan el derecho a solicitar medidas en el tribunal de reclamos menores como alternativa al arbitraje"[69].

Si el usuario estuviere residenciado en China, las disputas serán resueltas por arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, conforme a sus reglas de arbitraje vigentes para el momento de celebración del contrato, las cuales se considerarán incorporadas por referencia en los términos y condiciones. La propia cláusula dispone que Singapur será la sede del arbitraje, que el tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros y que el arbitraje se llevará en inglés[70].

En el caso que nos interesa, es decir, cuando el usuario tiene su residencia en un país distinto de China y Estados Unidos, la cláusula 25[71] distingue, entre los usuarios de la plataforma, a quienes actúan como consumidores y a quienes actúan como prestadores de servicios comerciales. En el caso de los consumidores, la cláusula dispone que cuando el consumidor actúa como demandante, podrá elegir entre los tribunales de Irlanda y los de su residencia. Si, por el contrario, el usuario considerado como consumidor es demandado por Airbnb, la empresa solo podrá acudir ante los tribunales de su residencia.

---

[68] Ha pasado en otros servicios. Por ejemplo, en el caso de PayPal. Ver: Claudia Madrid Martínez, "La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios", en *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, editado por A. do Amaral Junior y L. Klein Vieira, (Bogotá: Edit. Ibañez, 2016), 155 ss.

[69] https://www.airbnb.com.co/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#23, acceso el 10 de mayo de 2021.

[70] https://www.airbnb.com.co/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#24, acceso el 10 de mayo de 2021.

[71] https://www.airbnb.com.co/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#25, acceso el 10 de mayo de 2021.

Así, tratándose de un turista que tenga en Venezuela su domicilio, este podrá demandar a Airbnb ante los tribunales venezolanos y deberá ser demandado por Airbnb "únicamente" ante los tribunales venezolanos. En estos casos, los tribunales venezolanos podrán asumir jurisdicción, precisamente, sobre la base del criterio de la sumisión, establecido en el artículo 40.4 de la Ley de Derecho internacional privado.

Sin embargo, en caso que el usuario de la plataforma actúe "en calidad de empresa comercial", lo cual ocurriría con los prestadores de servicios de alojamiento que se dedican comercialmente a tal actividad, como ocurre con hoteles y posadas registrados como tales, la solución es diferente. Un usuario de Airbnb que actúe como una empresa comercial "acepta someterse a la competencia exclusiva de los tribunales irlandeses", de manera que solo podrá actuar, como demandante o como demandado, ante los tribunales de Irlanda.

Si, en este caso, el usuario acude a los tribunales venezolanos, Airbnb podría oponer la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos debido a la sumisión y la única defensa del demandante sería el hecho de que la cláusula de sumisión está contenida en un contrato de adhesión, según hemos sostenido antes. No obstante, tratándose este último de un criterio jurisprudencial, nada asegura al usuario una decisión de los tribunales venezolanos a favor de su propia jurisdicción.

Veamos ahora que pasa con el Derecho aplicable, cuando la controversia se plantea ante los tribunales venezolanos.

3.2. El Derecho aplicable

De manera semejante a lo que ocurre en materia de jurisdicción, en materia de Derecho aplicable, los criterios del sistema venezolano de Derecho internacional privado se centran en los contratos paritarios y no regulan, de manera particular, el caso de los contratos con consumidores. En materia de Derecho aplicable resultan de especial interés las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho internacional privado.

Ambos instrumentos admiten que sean las partes quienes, en ejercicio de la autonomía conflictual, decidan cuál derecho desean ver aplicado al contrato, para lo cual gozan de las más amplias facultades. En efecto, los artículos 7 y 8 de la Convención y 29 de la Ley, admiten que las partes puedan elegir cualquier Derecho, aunque no esté directamente vinculado con el contrato; que puedan elegir uno o varios Derechos para regular un mismo contrato; que puedan efectuar su elección en cualquier momento de la vida del contrato; y que, una vez hecha la elección, puedan cambiarla, siempre que no menoscaben la validez formal del contrato y los derechos de terceros.

De nuevo hemos de precisar que, este criterio, ampliamente aceptado en los contratos paritarios, en el caso de los contratos con consumidores puede transformarse en una imposición. No obstante, ni la Ley de Derecho internacional privado ni la Convención Interamericana excluyen a los contratos con consumidores del ámbito de aplicación de la autonomía conflictual, con lo cual, en principio, una cláusula de elección del Derecho aplicable contenida en un contrato con consumidores tiene plena validez.

Ahora bien, en ausencia de elección, tanto la Convención (art. 9) como la Ley (art. 30) disponen la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado con el contrato, el cual se determinará considerando los elementos objetivos y subjetivos del contrato y los principios generales del Derecho comercial internacional. Ambos instrumentos permiten aplicar, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, en una clara referencia a los componentes de la *Lex mercatoria* (arts. 10 de la Convención y 31 de la Ley).

Respecto del Derecho aplicable, Airbnb ha incluido una cláusula de elección en sus términos y condiciones, a favor del Derecho del estado de California para los usuarios residentes en Estados Unidos, del Derecho chino para los casos de usuarios residentes en China, y, en la cláusula 25, del Derecho Irlandés, cuando el país de residencia del usuario no sea Estados Unidos ni China. La cláusula 25 excluye, inoficiosamente, de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. La calificamos de tal manera, pues estos son contratos de servicios, los cuales son excluidos expresamente por la propia Convención (art. 3.2).

En materia de Derecho aplicable, el ejercicio de la autonomía conflictual está generalmente vedada o limitada en los contratos con consumidores aunque, como hemos dicho, no es este el caso de Venezuela. En todo caso, quizá en atención a esta consideración, la cláusula 25 de los términos y condiciones de uso de Airbnb dispone que la elección del Derecho irlandés "no afecta a sus derechos como consumidor de acuerdo con las normativas de protección al consumidor de su País de Residencia".

Esta referencia obedece a que, generalmente, la protección al consumidor se logra mediante normas internacionalmente imperativas cuya aplicación puede desplazar el juego de las normas de conflicto y se aplican independientemente del Derecho que resulte aplicable a la relación. Así lo reconocen, de manera general, los artículos 11 de la Convención Interamericana y 10 de la Ley de Derecho internacional privado.

Pensemos por un momento en el consumidor con domicilio en Venezuela. Al plantearse la controversia con Airbnb ante tribunales venezolanos, estos recurrirán al Derecho irlandés –el cual están obligados a aplicar en virtud, entre otras normas, de los artículos 2, 60 y 61 de la Ley de Derecho internacional privado– pero respetando los derechos que como consumidor le reconoce el Derecho venezolano.

Teóricamente, esta es la mejor solución. No obstante, tengamos en cuenta que el sistema de protección de consumidores en Venezuela es bastante precario debido, fundamentalmente, a la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y a su sustitución por la Ley Orgánica de Precios Justos, normativa que solo regula, parcialmente, uno de los aspectos de la defensa de los consumidores.

Más completas, aunque tampoco puedan calificarse como la solución más eficiente, resultan las normas sobre protección al turista. En tal sentido, destaca el artículo 51 de la Ley Orgánica de Turismo, norma que establece los derechos de los turistas y visitantes en un sentido que refuerza su consideración como consumidores.

En efecto, la norma citada dispone que turistas y visitantes tienen derecho a obtener información objetiva, oportuna, exacta y completa sobre todas y cada una de las condiciones, tarifas y facilidades que le ofrecen los prestadores de servicios turísticos; recibir los servicios turísticos en las condiciones y precios contratados, conforme a los estándares de clasificación y categorización; obtener los documentos que acrediten los términos de su contratación y las facturas correspondientes a los servicios turísticos consumidos; gozar de tranquilidad, intimidad y seguridad personal y de sus bienes; formular quejas y reclamos inherentes a la prestación del servicio turístico y obtener respuestas oportunas y adecuadas; gozar de servicios turísticos en condiciones óptimas de seguridad e higiene; obtener la debida información para la prevención de accidentes y enfermedades contagiosas; acudir ante los órganos y entes competentes en materia de turismo, protección, seguridad y defensa del consumidor y del usuario, en las oficinas creadas para tales fines, a objeto de formular denuncias derivadas de la prestación de los servicios turísticos; y "los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente en materia de protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios".

Esta última remisión implica el reconocimiento de los derechos establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos, que es prácticamente la única norma que se mantiene en materia de protección de los consumidores en el ordenamiento jurídico vigente y que "desarrolla" el artículo 117 de la Constitución[72]. De manera que turistas y visitantes tendrán derecho a la protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos; a que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; a recibir servicios básicos de óptima calidad; a la información adecuada, veraz, clara, oportuna

[72] Art. 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".

y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo; a la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales; a la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos; a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos; a la promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología; a la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses; a retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos; a la protección en las operaciones a crédito; a la disposición y disfrute de los bienes y servicios, de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida; y a los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios.

Con este panorama de protección tan francamente precario es probable que convenga más al usuario de Airbnb, considerado como turista, que se le aplique el Derecho irlandés, aunque tenga su residencia en Venezuela.

UNA NOTA FINAL

A pesar de la situación que actualmente atraviesa, Venezuela es un país con innumerables paisajes naturales que la convierten en un atractivo destino turístico. Así, la regulación del turismo tradicional no ha sido ajena al ordenamiento jurídico venezolano. Sin embargo, la transformación en la manera en que se hace turismo en la actualidad ha dejado atrás esas regulaciones

Vista la transformación de la forma de hacer turismo en la actualidad, es probable que sea necesario reformar el sistema normativo venezolano en materia de turismo y ello exigirá tener en consideración el funcionamiento de plataformas que, como Airbnb, forman parte del entramado de la economía colaborativa, evaluando también la posibilidad de implementar sistemas de resolución de conflictos que brinden formas de acceso a la justicia más cercanas al funcionamiento de estas plataformas.

Hoy parece difícil pensar en Venezuela como un atractivo destino turístico, con el brillo que tuvo en décadas pasadas. Pero no dudamos que pasada esta hora oscura, el turismo será una de las claves fundamentales para la reconstrucción. Debemos estar preparados.

BIBLIOGRAFÍA

Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006).

Claudia Madrid Martínez y Eugenio Hernández-Bretón, "Derecho del Turismo en Venezuela". En *Derecho del Turismo en las Américas* editado por Carlos Torrtes et al, (Estoril, Salamanca, Buenos Aires, México, Punta Arenas, Montevideo, Viedma, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, Universidad de Salamanca, Universidad de Buenos Aires, UNAM, Universidad de Magallanes, Universidad de la Empresa, INATEL, CITUR, Universidad de Rio Negro, 2020), pp. 1384 ss.,

Claudia Madrid Martínez, "Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado". En *Derecho procesal civil internacional*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2021), 99 ss.

Claudia Madrid Martínez, "La internacionalización del consumo: el comercio electrónico y la realidad venezolana", *Derecho y Tecnología*, Vol. 12 (2011), 7 ss.

Claudia Madrid Martínez, "La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios". En *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, editado por A. do Amaral Junior y L. Klein Vieira, (Bogotá: Edit. Ibañez, 2016), 155 ss.

Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho internacional privado venezolano", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13, (2020), 203 ss.

Claudia Madrid Martínez, "Respuestas locales a un problema global: el Derecho del turismo en Venezuela frente al COVID-19", en *The Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry* (Estoril, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, 2020), en imprenta. Disponible en: http://intranet.eshte.pt/LegalImpactsCoronavirus30/, acceso el 10 de mayo de 2021).

Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas* (Washington: OEA, 2019)

Gómez-Álvarez Díaz, Rosario y Rafael Morales Sánchez, "Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera". En *Economía colaborativa… ¿de verdad?*, coordinado por R. Gómez-Álvarez Díaz et al, (Madrid: Laborum, 2018), 15 ss.

Guillermo Alcover Garau, "Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la comunidad autónoma de las islas baleares en materia de turismo", *Estudios sobre consumo*, No. 18 (1990): 72 ss.,

James Otis Rodner, "El negocio jurídico electrónico", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 136, (1999), 241 ss.

Juan José Montero Pascual, "La regulación de la economía colaborativa". En *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, dirigido por J.J. Montero Pascual, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 10 ss.

María Ángela Petrizzo Páez, Turismo colaborativo, *Working Paper*, enero 2017, DOI: 10.13140/RG.2.2.25335.01449, 7.

María Cruz Mayorga Toledano, "Capítulo III. La intermediación en línea de las plataformas. El caso de Airbnb". En *Las viviendas vacacionales, entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, dirigido por I. González, M. Rodríguez y coordinado por B. Fonticiella, (Madrid: Dykinson, 2019), 51 ss.

Pedro De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, (Madrid: Civitas, 2011).

Santiago Melián González y Jacques Bilchand Gidumal, "Capítulo I. la vivienda vacacional como parte del fenómeno de la economía colaborativa". En *Las viviendas vacacionales, entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, dirigido por I. González, M. Rodríguez y coordinado por B. Fonticiella, (Madrid: Dykinson, 2019), pp. 23 ss.

Tatiana B. de Maekelt, "Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho". En *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, coordinado por C. Febres Fajardo, (Mérida: Universidad de Los Andes, 2005), Tomo I, 209 ss.

A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del derecho mercantil y constitucional

José Ignacio Hernández G.[*]

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-105-133

Resumen: El caso de los Bonos PDVSA 2020 ilustra la interaplicación de del Derecho Mercantil y Constitucional a PDVSA. Aunque PDVSA puede realizar operaciones de deuda bajo un marco jurídico flexible, en 2016 decidió ceder en garantía acciones de Citgo Holding, Inc. en una irracional operación de canje de los Bonos 2017 por los Bonos 2020. Si hubieran actuado con autonomía, los administradores de PDVSA no hubieran aprobado esta operación. Pero en ese momento, estaban sujetos a controles políticos del Gobierno. Como resultado, PDVSA ignoró el Acuerdo aprobado por la Asamblea Nacional el 27 de septiembre de 20216, que rechazó categóricamente su capacidad para ceder en garantías las acciones de Citgo.

Palabras clave: Operaciones de deuda de PDVSA, deberes de diligencia de los administradores, principio de racionalidad de la deuda, Bonos PDVSA 2020, controles parlamentarios sobre las empresas públicas.

About the case of the PDVSA 2020 bonds and the inter-application of commercial and constitutional law

Abstract: *The PDVSA 2020 Notes case illustrates the inter-application of the Commercial and Constitutional Law to PDVSA. Although PDVSA can enter into debt transactions under a flexible framework, in 2016, it decided to pledge Citgo Holding, Inc. shares in an irrational swap transaction of the 2017 Notes into the 2020 Notes. Had they acted with autonomy, the PDVSA administrators would not have agreed in the transaction. But at that time, they were subject to political controls of the Government. As a result, PDVSA ignored the Resolution approved by the National Assembly on September 27, 20216, which categorically rejected its capability to pledge Citgo's shares.*

Key Words: *PDVSA debt transaction, administrator's diligence duties, debt rationality principle, PDVSA 2020 Notes, parliamentary controls over state-owned corporations.*

---

[*] Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la Universidad Castilla-La Mancha y en la Universidad de Taskent. Investigador, Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard

A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del derecho mercantil y constitucional

José Ignacio Hernández G.*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-105-133

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. La emisión de los Bonos PDVSA 2020 y la irracionalidad en la actividad económica de la Administración Pública. 2. El argumento de invalidez de los Bonos PDVSA y la buena fe de los tenedores.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En un reciente artículo publicado en esta Revista, el profesor Pedro Rengel Núñez[1] realizó un completo análisis del caso de los Bonos PDVSA, en cual, además, realiza algunas reflexiones críticas sobre principal argumento bajo el cual Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y PDV Holding, Inc., demandaron la nulidad de los contratos de emisión y de garantía de esos Bonos, a saber, que PDVSA requería la autorización previa de la Asamblea Nacional para celebrar tales contratos, en tanto éstos fueron considerados contratos de interés público[2].

Partiendo de algunas de las reflexiones y conclusiones del profesor Rengel Núñez, en este breve artículo queremos brindar otra visión del señalado caso, desde la aplicación (e interaplicación) del Derecho Mercantil y Constitucional a PDVSA, incluso, en operaciones de crédito público regidas por el Derecho de Nueva York. Esto nos permitirá rebatir algunas de las conclusiones del profesor Rengel Núñez, en especial, de cara a la tesis de los actos propios y la supuesta incompatibilidad entre la demanda de nulidad y la necesaria renegociación de la deuda pública externa venezolana.

---

* Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la Universidad Castilla-La Mancha y en la Universidad de Taskent. Investigador, Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard

1 Pedro Rengel Núñez, El sonado caso de los Bonos PDVSA 2020, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 5, 2020,* Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas (35-58).

2 El caso es *Petroleos De Venezuela S.A. v. MUFG Union Bank, N.A.* (1:19-cv-10023), Corte de Distrito Sur de Nueva York. Las actuaciones pueden consultarse en: https://www.courtlistener.com/docket/16397434/petroleos-de-venezuela-sa-v-mufg-union-bank-na/?page=1 El caso se inició con la demanda de nulidad en contra del contrato de emisión de los Bonos 2020 ("8.50% Senior Secured Notes due 2020"), suscrito por PDVSA y PDVSA Petróleo, S.A., así como en contra del contrato de garantía suscrito por PDVSA y PDV Holding, Inc. Este ensayo se basa únicamente en información pública disponible. Debe aclararse que cuando la demanda fue interpuesta, el autor de este ensayo ejercía el cargo de Procurador Especial a cargo de la representación judicial de PDVSA.

Para ello, este artículo se divide en dos partes. La primera resume las condiciones bajo las cuales los Bonos PDVSA 2020 fueron emitidos, un aspecto central para comprender su invalidez debido a la irracionalidad de esas condiciones y la violación del principio de diligencia que regía a los administradores de PDVSA, y que llevó a eludir, fraudulentamente, los controles parlamentarios aplicables. La siguiente parte explica el principal fundamento de la invalidez, que no se basaba tanto una discusión de Derecho Constitucional venezolano, sino en el necesario reconocimiento de los Acuerdos de la Asamblea Nacional como actos oficiales del Estado que limitaban la capacidad contractual de PDVSA. Ello. Permite explicar por qué la tesis de los actos propios no es aplicable, y por qué la demanda de nulidad no se oponía a la renegociación ordenada y consensuada de la deuda.

Más allá del caso -de por sí interesante- este episodio permite debatir, académicamente, un tema que la doctrina venezolana no ha reparado debidamente, cual es el régimen jurídico de la deuda pública externa, como ejemplo de la interaplicación del Derecho Público y Privado a la actividad financiera del Estado.

1. La emisión de los Bonos PDVSA 2020 y la irracionalidad en la actividad económica de la Administración Pública

La emisión de los Bonos PDVSA 2020 es resultado de una decisión económica irracional de PDVSA que violó normas y principios de Derecho Administrativo y Mercantil, y que además, eran del conocimiento público, y tanto más, del conocimiento de los operadores económicos que transaban con títulos de deuda venezolana. Esa irracionalidad fue denunciada públicamente por la Asamblea Nacional, pero PDVSA -entonces, bajo el control político del Gobierno Nacional- optó por ignorar tales advertencias y avanzar en una operación que fue tan nociva a sus intereses como favorable a los intereses de los tenedores. Este es un aspecto fundamental para ponderar mejor la demanda de nulidad y atemperar la aplicación del principio de los actos propios y, en general, la protección de la buena fe de los acreedores.

1.1. Breve aproximación al principio de racionalidad en las operaciones de crédito público desde el Derecho Administrativo y Mercantil

En términos generales, el Derecho Administrativo establece técnicas de control de la actividad administrativa llamadas a prevenir medidas irracionales, esto es, decisiones que no pueden justificarse en razones objetivas y verificables. Tales técnicas aplican, sin embargo, para la actividad administrativa de limitación, esto es, la actividad administrativa de imperio, que se traduce en actos administrativos cuya nulidad puede ser demandada, incluso, por violación del principio de racionalidad.

No sucede lo mismo con la actividad administrativa de gestión económica, esto es, aquella a través de la cual la Administración Pública ofrece bienes y servicios, en especial, a través de sociedades mercantiles conocidas como "empresas públicas". No existen instrumentos claros llamados a prevenir la irracionalidad -y arbitrariedad- de la actividad administrativa de gestión económica. Pero ello no significa que las empresas públicas, como PDVSA, puedan actuar irracionalmente[3].

A efectos de este ensayo, interesa analizar la racionalidad de la actividad de gestión económica orientada a la emisión de deuda, en concreto, títulos valores. PDVSA está sometida a las normas de Derecho Administrativo que regulan las operaciones de crédito público, esto es, de endeudamiento, contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP). Sin embargo, PDVSA está exceptuada del requisito formal que exige que toda operación de crédito público se enmarque en los límites definidos en la Ley de endeudamiento que debe aprobar la Asamblea Nacional (artículo 101). Ello no significa que PDVSA puede actuar al margen de la LOAFSP. Antes por el contrario, y salvo la excepción señalada, PDVSA se rige por los controles derivados de la LOAFSP. En especial, PDVSA solo puede emitir títulos valores si acredita su ***capacidad de pago*** (artículo 101, LOAFSP).

El concepto de capacidad de pago está vinculado con el artículo 312 constitucional, que alude a "*la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública",* en consonancia con el principio de equilibrio fiscal previsto en el artículo 2 de la LOAFSP. Estos principios exigen que la emisión de títulos valores por PDVSA tome en cuenta su capacidad de pago y sea, por ello, resultado de un análisis económico racional que salvaguarde el prudente manejo del patrimonio público, como entre otras normas reitera el artículo 7 de la Ley contra la Corrupción. El 81 de la LOAFSP resume estos principios al señalar que "*las operaciones de crédito público tendrán por objeto arbitrar recursos para realizar inversiones reproductivas, atender casos de evidente necesidad o de conveniencia nacional y cubrir necesidades transitorias de tesorería".*

Estas normas y principios imponen especiales deberes de diligencia a los administradores de PDVSA, adicionales aquellos que derivan del Derecho Mercantil, que también aplica a PDVSA. Así, esta empresa pública está sometida a los deberes de diligencia aplicables a los administradores de sociedades mercantiles, deberes que son mayores tomando en cuenta que PDVSA administra patrimonio público. Estos deberes mercantiles no se rebajan por el hecho de que PDVSA no pueda tener la condición de

[3] Jesús Caballero Ortiz, *Las empresas públicas en el Derecho Venezolano,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982 (38).

comerciante: en tanto realiza una actividad mercantil, PDVSA queda sometida a los deberes derivados del Código de Comercio y que le imponen administrar con diligencia su patrimonio, siguiendo a Alfredo Morles Hernández[4].

Este deber de diligencia -explica Goldschmidt- se asocia a una obligación de medios, en tanto los administradores deben orientar su gestión a la preservación patrimonial de la empresa, como derivación del mandato al cual se contrae el artículo 243 del Código de Comercio[5]. Cabe aquí hablar de *deber fiduciario*, en el sentido que los administradores, lejos de obrar con base en intereses propios o ajenos, deben orientarse a proteger patrimonialmente a la sociedad. Este deber fiduciario es una de las razones por las cuales los administradores de PDVSA deben obrar con autonomía respecto del Gobierno Nacional -una autonomía desconocida a partir de 2002-.

1.2. La irracionalidad financiera de la emisión de los Bonos PDVSA 2020

Los Bonos PDVSA 2020 fueron emitidos en octubre de 2016 como resultado del canje de Bonos con vencimiento en 2017. A finales de 2016 era evidente que las políticas predatorias que violaron la autonomía de PDVSA habían conducido al colapso de su capacidad de producción, al tiempo que su endeudamiento público crecía de manera irracional. Esta situación había afectado severamente la capacidad de pago de PDVSA, y los riesgos de incumplimiento -*default*- eran elevados. No se exagera si se señala que, para entonces, PDVSA como sociedad mercantil atravesaba una crisis patrimonial que ponía en riesgo su solvencia y liquidez[6].

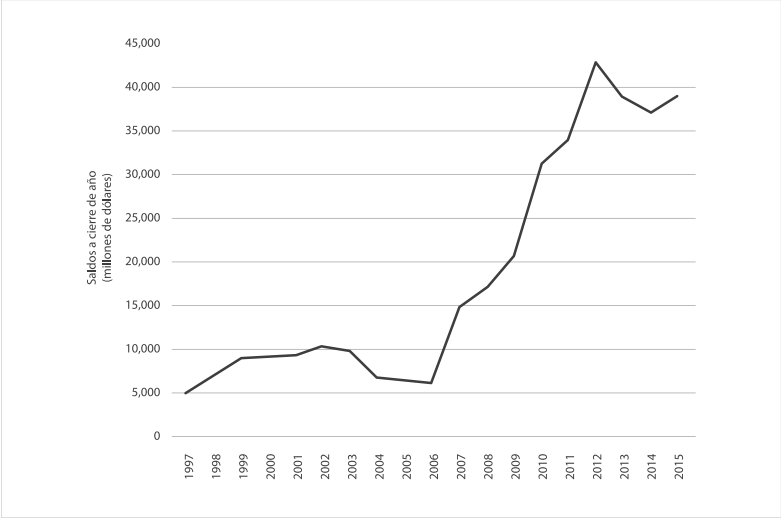
Así, hasta 1997 el endeudamiento externo de PDVSA se mantuvo dentro del umbral de 10.000 millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD). Desde 2007, sin embargo, el endeudamiento externo de PDVSA comenzó a incrementar. Ese endeudamiento no se basó en el giro o tráfico comercial de PDVSA y sus empresas filiales, sino que por el contrario, respondió a la violación de la autonomía administrativa de PDVSA. En otras palabras, el incremento del endeudamiento de PDVSA solo puede explicarse en el contexto de las políticas predatorias adoptadas por Chávez desde 2002, y por las cuales utilizó a PDVSA para cumplir fines propios del modelo socialista. El siguiente cuadro resume la evolución del endeudamiento externo de PDVSA hasta 2015:

---

4 Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004 (1.439).

5 Roberto Goldschmidt, La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 17,* Universidad Central de Venezuela, 1959 (15).

6 Como explicamos en José Ignacio Hernández G., "Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en caso de insolvencias", en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 15, 2018,* Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas (312-344).



Cuadro N° 1 Endeudamiento externo de PDVSA
Fuente: Banco Central de Venezuela

Para 2016, el sobre-endeudamiento de PDVSA y en general, la violación de su autonomía, habían repercutido negativamente en la producción petrolera, y por ende, en sus ingresos y flujos de caja. La caída de los precios del petróleo a comienzos de 2016 (de un precio promedio de 110,5 USD por barril, se pasó en enero de 2016 a 30,7 USD por barril) agravó los efectos de este colapso y, en general, exacerbó los efectos de la contracción de ingresos en diversas áreas derivadas de la exportación petrolera, fuente casi única de divisas.

El régimen de Maduro trató de responder a esta crisis mediante un recorte dramático de las importaciones, estimado en no menos del 70% de acuerdo con el pico de importaciones de 2012. PDVSA reconoció esta debacle en sus estados financieros de 2016: sus ingresos netos antes de "contribuciones sociales" cayeron a 1,8 millardos –en comparación con el promedio de 19,2 millardos de USD entre 2005 y 2015-. De todo ello resultó que el financiamiento neto se tornó negativo –por vez primera desde 2005-. Frente a este colapso, PDVSA optó por reducir dramáticamente las "contribuciones sociales", por reducir inversiones (que cayeron 54% en dos años), por incumplir pagos a contratistas e incrementar su ilegítimo endeudamiento con el BCV.

Debido a este conjunto de factores, la rentabilidad y situación financiera de PDVSA era crítica para el momento del canje e incluso hasta dos años antes. Hernández y Monaldi realizaron estimaciones de la rentabilidad y el flujo de caja de PDVSA muy cercano al momento del canje y emisión del Bono 2020, y los resultados son reveladores. Con supuestos razonables y asumiendo un valor de $40 para la cesta venezolana en promedio para el 2016 (el promedio de 2016 terminó siendo aproximadamente 35/

barril, es decir 5 por barril menos), los autores estimaron ingresos en dólares en caja de PDVSA de apenas 14.8 millardos para 2016, pérdidas después de impuestos y gastos de 2.6 millardos, flujo de caja de operaciones de apenas 0.87 millardos (gracias a atrasos con proveedores de más de 4 millardos), y flujo de caja antes de financiamiento negativo de 7.5 millardos. Es decir, en lugar de estar produciendo divisas en términos netos para la nación, PDVSA estaba generando pérdidas contables y produciendo flujo de caja negativo[7]. Por ello, para el 2016, la situación en PDVSA era absolutamente crítica, y los mercados indicaban que la probabilidad de un default en los próximos 5 años era 97%[8].

Esta precaria condición fue denunciada por la Asamblea Nacional en Acuerdo de 4 de agosto de 2016[9], en la cual exhortó al "*Ejecutivo Nacional y a la directiva de la Estatal PDVSA a mantener una sana política de endeudamiento, tanto financiera como comercial que no afecte a largo plazo los intereses del país y de la propia industria petrolera*". Este exhorto implicaba avanzar en un programa integral de renegociación de la deuda pública que requería el control de la Asamblea Nacional -un control que el entonces Gobierno de Nicolás Maduro bloqueó, a través de ilegítimas decisiones de la Sala Constitucional.-

Por ello, como PDVSA no podía participar en un proceso integral de renegociación de su deuda, optó -siguiendo instrucciones del Gobierno de Maduro- por limitarse solo a solucionar el problema derivado de su incapacidad para pagar los títulos valores con vencimiento en 2017. Así, para el último trimestre de 2016, PDVSA anticipó problemas para el cumplimiento con los bonos con vencimiento en abril y noviembre de 2017, por un total de 7.100 millones de USD. Para tratar de solucionar ese problema, PDVSA diseñó una operación de canje de esos bonos por nuevos títulos con vencimiento en 2020.

Esta decisión no fue racional, pues no solucionaba el problema de fondo, a saber, el colapso de la producción petrolera y los severos problemas de flujo de caja derivados del endeudamiento no-sostenible de PDVSA. Los administradores de PDVSA, sin embargo, decidieron obrar al margen del deber de diligencia y servir a los intereses del Gobierno Nacional, que se basaban únicamente en solucionar la crisis de los Bonos 2017, en espera de que factores políticos y económicos exógenos pudiesen mejorar la situación de la empresa pública petrolera.

---

7 Francisco Monaldi e Igor Hernández, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, Center for International Development, Harvard, 2016.

8 Reporte Bloomberg, "Venezuelan Credit Dashboard: Short-Term Default Concerns Ease." 1° de junio de 2016, tomado de: https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-01/venezuelan-credit-dashboard-short-term-default-concerns-ease

9 Véase: https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-de-emplazamiento-al-ejecutivo-nacional-sobre-la-situacion-actual-de-la-compania-estatal-petroleos-de-venezuela-sa-pdvsa

1.3. Las irracionales condiciones financieras del canje y emisión del Bono 2020

El 16 de septiembre de 2016 PDVSA publicó nota de prensa en la cual anunció su intención de canjear los títulos "*5.250% Senior Notes*" con vencimiento en 2017 ("Bonos Abril 2017") y los títulos "*8.50% Senior Notes*" igualmente con vencimiento en 2017 ("Bonos Noviembre 2017", referidos en lo adelante, y de manera conjunta, como "Bonos 2017"), por títulos con vencimiento en 2020. En total, el canje se extendió a 3.000 millones de USD por el primer título, y 4.100 millones de USD por el segundo, para un total de 7.100 millones de USD.[10] En esa oferta se anunció que los nuevos bonos estarían asegurados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. La oferta de canje, inicialmente, expiraba el 14 de octubre[11].

Los términos de la oferta de canje reconocieron que PDVSA actuaba bajo control político del Gobierno Nacional. Así, se reconoció que PDVSA realizaba aportes al desarrollo nacional, o sea, que sufraga gastos propios de la República para financiar programas sociales del Gobierno Nacional[12]. Además, se admitió la precaria situación financiera de PDVSA como resultado de la caída de sus ingresos y del sobreendeudamiento[13].

Los tenedores de los Bonos 2017, bajo las condiciones reconocidas en la oferta de canje, no tenían incentivos para participar en el canje, pues el riesgo de incumplimiento de PDVSA solo podía empeorar con el tiempo. Fue por ello que desde el inicio PDVSA ofreció un incentivo: el colateral sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., la empresa tenedores de acciones de CITGO Petroleum Corporation, Inc., que es a su vez filial de PDV Holding, Inc., filial de PDVSA.

Nunca antes PDVSA había emitido títulos valores con garantía sobre acciones de Citgo, su activo más importante en el extranjero. Esta garantía solo puede explicarse debido a las precarias condiciones financieras bajo las cuales PDVSA, siguiendo instrucciones del Gobierno Nacional, decidió ofrecer el canje de los Bonos 2017. Así, la intención de PDVSA de ceder derechos sobre Citgo formaba parte de la estrategia irresponsable de PDVSA de ceder activos para tratar de solucionar problemas de flujo de caja, tal y como fue denunciado en el citado Acuerdo del 4 de agosto de 2016. No es de extrañar por ello que en entrevista en *CNN En Español*, el 20 de septiembre de 2016, el diputado José Guerra explicó que PDVSA podía realizar la operación de canje

---

10 La "Contraprestación Total" ofrecida fue de 1,000 USD.

11 Véase la oferta en: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/906424/000119312516712239/d171369dex99t3e.htm

12 Páginas 4 y 5 del anexo de la Oferta.

13 Página 22.

sin necesidad de control previo de la Asamblea, pero no podía ceder en garantía las acciones de Citgo son control previo parlamentario, al tratarse de un contrato de interés público nacional[14].

Incluso antes de la oferta, cuando ya en los mercados financieros se conocía de la intención de PDVSA de canjear los Bonos 2017 con nuevos títulos garantizados con acciones de Citgo, las dudas en torno a la validez de esta cesión estaban presentes, como alertó *The Wall Street Journal* el 14 de septiembre de 2016[15]. Poco después, el 19 de septiembre de 2021, *Reuters* reportó que la agencia *Standard & Poor's* había calificado la operación de canje como una "operación de salvamento" ante la crítica situación financiera de PDVSA. Además, la agencia informó que "*las dudas sobre el fundamento legal de la garantía de Citgo debilitaron la confianza de los inversores*", pues "*la oposición de Venezuela, que controla el parlamento, ha dicho que se opondrá al uso de Citgo como garantía*"[16].

La oferta no fue atractiva para los tenedores de los Bonos 2017, pues el colapso de PDVSA generaba riesgos que no eran del todo compensados por la garantía. Esto llevó a PDVSA a cambiar los términos de la oferta. Así, el 26 de septiembre, en otra nota de prensa, PDVSA decidió limitar la oferta al 75% del monto original ofrecido y aumentar la relación de intercambio (que originalmente había sido fijada en proporción 1:1).[17] Esto es, ***que PDVSA ofreció pagar una prima a los tenedores de los Bonos 2017 que decidiesen particular en el canje***.

Al día después, esto es, el 27 de septiembre de 2016, la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo en ejecución de sus competencias de control sobre contratos de interés público (artículo 187.9 constitucional), en el cual, expresamente, objetó o rechazó que PDVSA cediera las acciones de Citgo en colateral, anunciando una investigación. Así, la Asamblea decidió[18]:

> "Rechazar categóricamente que dentro de la operación de canje se ofrezca como garantía con prioridad por el 50.1% de las acciones que conforman el capital social de Citgo Holding INC, o que se constituya garantía sobre cualquier otro bien de la Nación"

---

[14] Véase: https://www.youtube.com/watch?v=jnCDa7FTfBg

[15] "Venezuela's PdVSA to Offer to Swap $7 Billion in Debt", tomado de: https://www.wsj.com/articles/venezuelas-pdvsa-to-offer-to-swap-7-billion-in-debt-1473878226

[16] "S&P says PDVSA bond swap offer 'tantamount to default", Reuters, 19 de septiembre de 2016, tomado de: https://www.reuters.com/article/us-venezuela-pdvsa-debt/sp-says-pdvsa-bond-swap-offer-tantamount-to-default-idUSKCN11Q05F

[17] La "Contraprestación Total" pasó a USD 1,170 para los Bonos Abril 2017 y USD 1,220 para los Bonos Noviembre 2017. Vid.: "Venezuela PDVSA sweetens bond swap terms after market skepticism", *Reuters,* 26 de septiembre de 2016, en: https://www.reuters.com/article/us-venezuela-pdvsa-debt/venezuela-pdvsa-sweetens-bond-swap-terms-after-market-skepticism-idUSKCN11X043

[18] Véase el texto del Acuerdo en: https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-sobre-la-situacion-financiera-actual-de-petroleos-de-venezuela-sa-234

Tal y como reflejaron los medios de comunicación, durante el debate para la aprobación de ese Acuerdo, el diputado a la Asamblea Nacional y entonces presidente de la Comisión Permanente de Contraloría, Freddy Guevara advirtió que "*no solamente no reconoceremos esas operaciones, sino que investigaremos a todo aquel que realice ese canje, porque estaría incurriendo en desfalco a la Nación*"[19]. Así fue reseñada la noticia de la aprobación del Acuerdo[20]:

> "El acuerdo de rechazo al canje de bonos de Pdvsa aprobado por la mayoría opositora en la AN, recordó además que la petrolera estatal ha vendido su activos físicos y financieros «a precios inferiores al mercado"

La difusión del Acuerdo de la Asamblea Nacional, al elevar el riesgo de invalidez, disminuyó -todavía más- el atractivo del canje, lo que forzó a PDVSA a formular nuevas modificaciones el 12 de octubre de 2016[21], y luego, a diferir la fecha de cierre el 17 al 21 de octubre[22]. En simultáneo, la Asamblea Nacional avanzaba en la investigación sobre PDVSA, debido a pruebas de corrupción. Tal y como entonces advirtió el presidente de la Comisión Permanente de Contraloría, Freddy Guevara, si PDVSA no podía pagar los Bonos 2017, era debido a la mala administración y la corrupción[23]. Era evidente que la operación de canje resultaba inadecuada, como a comienzos de octubre resumieron Miguel Ángel Santos y Frank Muci[24]:

> "El servicio de deuda es el dinero requerido para cubrir intereses y principal de bonos de deuda en los lapsos estipulados al momento de emisión. Si contrastamos el servicio de deuda que teníamos antes (entre 2016 y 2017) con el que tenemos ahora (entre 2016 y 2020) es 2.095 millones de dólares más alto. ***Al considerar intereses y principal, esta operación hecha por el gobierno venezolano se reduce a ahorrarse unos 1.668 millones de dólares en 2016 y otros 1.839 millones en 2017, pero a cambio de pagar 2.003 millones de dólares más en 2018, 1.867 millones más en 2019 y otros 1.732 millones en 2020.***
>
> Incluso ***a pesar de la garantía de CITGO (o precisamente porque el valor percibido en dicha garantía es insuficiente), la tasa de rendimiento implícita que se ofrece a los acreedores de bonos es de 21.7% en dólares*** " (destacado nuestro).

---

19 *La patilla*, 27 de septiembre de 2016, tomado de: https://www.lapatilla.com/2016/09/27/freddy-guevara-sobre-pdvsa-no-reconoceremos-ningun-canje-de-bonos-que-no-haya-sido-autorizado-por-la-an/

20 El estímulo, 27 de septiembre de 2016, tomado de: https://elestimulo.com/elinteres/lo-que-exige-la-asamblea-nacional-tras-el-canje-de-bonos-de-pdvsa/

21 *Reuters,* "Venezuela PDVSA again extends bond swap deadline", 17 de octubre de 2016, tomado de: https://www.reuters.com/article/venezuela-pdvsa-swap/venezuela-pdvsa-again-extends-bond-swap-deadline-idUSL1N1CJ026

22 *Bloomberg,* 17 de octubre de 2016, "Venezuela's PDVSA Sows Payment Doubts While Extending Swap", tomado de: https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-18/venezuela-extends-bond-swap-deadline-for-third-time-to-oct-21

23 "Parlamento venezolano denuncia malversación de 11.000 mln dlr en estatal PDVSA", *Reuters,* 19 de octubre de 2016, tomado de: https://www.reuters.com/article/venezuela-pdvsa-malversacion-idLTAKCN12J252

24 "Se vende país con vista al mar", *Prodavinci,* 5 de octubre de 2016, tomado de: https://historico.prodavinci.com/blogs/se-vende-pais-con-vista-al-mar-por-miguel-angel-santos-y-frank-muci/

Esto es, que el canje de los Bonos 2017 no solo no resolvía los problemas de liquidez que habían llevado a PDVSA a intentar, a toda costa, diferir los pagos de esos títulos, sino que además, la operación incrementaba la deuda de PDVSA, además, cediendo las acciones de Citgo Holding., Inc. como colateral. Por ello, se trató de una operación irracional, que violó los principios y normas comentados de Derecho Administrativo e incluso, de Derecho Mercantil.

Esta irracionalidad quedó todavía más en evidencia cuando PDVSA anunció el 24 de octubre de 2016, que había logrado canjear apenas el 39% de los Bonos 2017, una cantidad ciertamente baja para generar algún alivio en los problemas de flujo de caja[25]. Pese a ello, PDVSA avanzó en el canje, beneficiando a una minoría de los tenedores de los Bonos 2017, quienes además adquirieron derechos desproporcionados de garantía sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. (pues a pesar de que la oferta solo alcanzó el 39% de los Bonos 2017, no se modificó el colateral).

Así, tomando en cuenta los vencimientos de los bonos a canjear, puede concluirse que esta operación le ahorró a PDVSA pagos por 1.008 millones en 2016 y 846 millones en 2017, a cambio de pagos adicionales de 1.057 millones en 2018, 985 millones en 2018 y 914 millones en 2020. Es decir, ***el canje aumentó las obligaciones de PDVSA en 2016-2020 por $1.102 millones***, dividido en 569 millones en pagos de capital adicional (prima) y 533 millones en pagos de intereses adicionales. Como resultado de lo anterior, ***el financiamiento total del canje tiene una tasa interna de retorno de 19,8% en USD[26].***

Si PDVSA no hubiese enfrentado los problemas que tenía para fines de 2016, en el entorno institucional caracterizado por el conflicto político con la Asamblea Nacional, estas condiciones financieras hubiesen sido muy atractivas: la emisión de deuda con una tasa interna de retorno de cerca del 19% con el colateral sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., sin duda, son condiciones que en abstracto lucen favorables a los tenedores. Pero si se toma en cuenta el cuadro financiero crítico de PDVSA, entonces, estas condiciones en realidad dejan de ser atractivas, como lo comprueba la escasa recepción que tuvo el canje. De hecho, las condiciones financieras

---

[25] "Venezuela Winning Bondholder Relief as 39% Accept PDVSA Swap", *Bloomberg*, 24 de octubre de 2016, tomado de: https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-24/venezuela-wins-relief-from-bondholders-as-39-accept-pdvsa-swap

[26] Esto es lo que se conoce como "tasa interna de retorno" o TIR. En términos sencillos, esta tasa mide el retorno de una inversión financiera, sea positivo o negativo, considernado los flujos de caja de la operación. Especificamente, la TIR es la tasa de descuento requerido para que el valor presente neto (VPN) de los flujos de caja asociados a una operacion o transaccion sean cero. El cálculo del TIR, en el caso del canje que resultó en el Bono 2020, debe considerar las concretas condiciones del canje: las diferentes tasas de interés de los títulos, la relación de canje y en general, la comparación de los flujos de caja. Ese cálculo permite concluir que la TIR del canje de los bonos pagaderos en 2017 al Bono 2020 es de, aproximadamente, 19%, según estimaciones propias.

del canje y la tasa de retorno resultante, eran indicios de los problemas estructurales por los que PDVSA atravesaba en octubre de 2016.

Pero además, insistimos, ***PDVSA no logró resolver el problema que le llevó a estructurar el canje.*** En efecto, PDVSA justificó el canje en problemas de flujo de caja que le impedían cumplir su deuda, con lo cual, era de esperar que luego de la operación, esos problemas quedasen cuando menos relajados. En realidad, sin embargo, ***la operación agravó el flujo de caja de PDVSA***. De esa manera, ***el canje aumentó la deuda en 559 millones de USD, y en 533 millones de USD en intereses, para un total de 1.102 millones,*** como resume el siguiente cuadro, en el cual se compara el flujo de caja original con el flujo de caja luego de la operación de canje:

Cambio en Cronograma de Pago (Anual)

Año	Capital	Intereses	Total
2016	929	79	1,008
2017	1,029	(183)	846
2018	(842)	(215)	(1,057)
2019	(842)	(143)	(985)
2020	(842)	(72)	(914)
Total	(569)	(533)	(1,102)

Cuadro N°2: Cambio en el cronograma de pago.
Fuente: cálculos propios

No solo PDVSA no logró aliviar sus problemas de flujo de caja. Además, creó un problema adicional: el riesgo sobre la participación de control de Citgo Holding, Inc., su activo más importante en el extranjero. Aquí es importante recordar cómo el monto de ese colateral se mantuvo fijo, a pesar de que PDVSA solo logró canjear el 39% de los Bonos 2017. De ello resultó que los Bonos 2020 se encuentran "sobre-colateralizados", esto es, el valor del colateral superó varias veces el monto de la obligación a asegurar, una desproporción que a medida que se fue sirviendo el Bono 2020, empeoraba[27].

En resumen, el canje del Bono 2020 implicó, para los tenedores, una operación que aseguraba una tasa de retorno del 19% aproximadamente, en un título garantizado por la prenda del 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. Para PDVSA, implicó el empeoramiento de su flujo de caja, pues el nivel de endeudamiento se incrementó, al tiempo que se puso en riesgo su activo más importante en el extranjero. De haber obrado con independencia y en el cumplimiento de los deberes de diligencia aplicables, los

[27] Entre otros reportajes, véase "What now for Venezuela's PDVSA after the bond swap?", *Finantial Times,* 25 de octubre de 2016, tomado de: https://www.ft.com/content/e5298570-9a96-11e6-8f9b-70e3cabccfae

administradores de PDVSA no habrían autorizado una operación en estas condiciones financieras irracionales. Pero como se explicó, la autonomía de PDVSA había sido suprimida y los administradores de esa empresa actuaron sirviendo intereses del Gobierno Nacional, que solo estaba interesado en diferir el riesgo de incumplimiento de los Bonos 2017.

1.4. Recapitulación

La operación de canje de los Bonos 2017 y emisión de los Bonos 2020, garantizados con el 50,1% de acciones de Citgo Holding, Inc., no es responde al prudente y diligente cumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores de PDVSA. Antes por el contrario, esa operación fue irracional en términos financieros, pues no solucionó la crisis patrimonial de PDVSA y además, colocó en riesgo su activo más importante en el exterior. Luego, la operación solo puede explicarse en el contexto del control político que ejercía el Gobierno Nacional, quien decidió diferir el pago de los Bonos 2017, debido a que la crisis política que había generado impedía una solución integral bajo el control de la Asamblea Nacional.

La Asamblea Nacional advirtió de la irracionalidad de esa operación y rechazó el colateral en Acuerdo de 27 de septiembre de 2016. El Acuerdo fue sin embargo ignorado por PDVSA, como muestra adicional de la violación del deber de diligencia que impone el cumplimiento del marco legal aplicable a la sociedad, incluyendo los Acuerdos como actos parlamentarios sin forma de Ley. Luego, los administradores de PDVSA se aprovecharon de las ilegítimas acciones perpetradas por el Gobierno Nacional para bloquear el ejercicio de la función legislativa, a los fines de eludir el control parlamentario que la Asamblea Nacional había ejercido en el señalado Acuerdo, y así, canjear los Bonos 2017 por los Bonos 2020.

2. El argumento de invalidez de los Bonos PDVSA y la buena fe de los tenedores

El principal argumento de invalidez presentado por PDVSA y PDV Holding, Inc. en la demanda de nulidad en contra de los contratos de emisión y de garantía asociados a los Bonos 2020, no se basó en la discusión acerca de la naturaleza de esos contratos como contratos de interés público nacional. Tampoco puede afirmarse que los tenedores de los Bonos 2017 podían confiar en la validez de la operación tomando en cuenta que no existía una opinión conclusiva sobre la naturaleza de esos contratos.

En realidad, el primer argumento fue la necesidad de reconocer que el citado Acuerdo de 27 de septiembre de 2016 era un acto oficial dictado por el Estado venezolano que debía presumirse válido por la Corte del Distrito Sur de Nueva York, bajo la tesis

de la doctrina del acto de Estado. Este argumento se complementaba con el Acuerdo de 15 de octubre de 2019, por el cual la Asamblea Nacional ratificó el contenido del Acuerdo de 2016[28]. Por ello, en realidad, no estaba en discusión si los contratos de emisión y garantía eran contratos de interés público nacional de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución, sino los efectos del Acuerdo de 27 de septiembre de 2016 que, antes de la celebración de esos contratos, había negado la capacidad de PDVSA de ceder las acciones de Citgo en garantía, invocando para ello el artículo 187.9 de la Constitución, esto es, la norma que otorga a la Asamblea Nacional el control sobre contratos de interés público.

2.1. La presunción de validez del Acuerdo de 27 de septiembre de 2016, la doctrina del acto de Estado y la imposibilidad de los tenedores de los Bonos 2017 de invocar la buena fe

Los tenedores de los Bonos 2017 conocieron del contenido del Acuerdo de 27 de septiembre de 2016. Ciertamente, opiniones jurídicas diversas podían debatir sobre si la cesión de acciones de Citgo en garantía a favor de empresas extrajeras implicaba celebrar contratos de interés público nacional sometidos al control previo de la Asamblea Nacional de conformidad con el artículo 150 de la Constitución. Al respecto, observamos que existen sólidos argumentos en la jurisprudencia, legislación y doctrina venezolana que permiten concluir que el contrato por el cual PDVSA cede en garantías acciones de Citgo Holding, Inc., en el marco de operaciones de crédito público, es un contrato de interés público nacional[29]. Pero el argumento de la demanda de nulidad no era ése, sino por el contrario, la violación del Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, que había rechazado la cesión en garantía de estas acciones en ejercicio de los poderes de control sobre los contratos de interés público nacional.

De no haber existido el Acuerdo, por ello, la demanda no habría podido presentarse, o en todo caso, no habría tenido el mismo contenido. Luego, la razón jurídica primera invocada en la demanda de nulidad fue la violación del citado Acuerdo, asumiendo que éste es un acto parlamentario sin forma de Ley, válido y vinculante para PDVSA, que negó su capacidad de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., y que ésta decidió deliberadamente ignorar.

---

[28] Véase: https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-que-reitera-la-invalidez-del-bono-pdvsa-2020

[29] Rafael Badell, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Púbico 159-160*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019 (9).

De hecho, en el señalado Acuerdo -que insistimos, fue aprobado *antes* de la celebración de los contratos- la Asamblea ordenó una investigación que no pudo avanzar, pues el régimen de Maduro, a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bloqueó tal investigación. Por ello, ***al día siguiente del anuncio de los resultados del canje***, o sea, el 25 de octubre, la Sala Constitucional publicó su sentencia N° 893, por la cual impidió a la Asamblea Nacional ejercer control sobre PDVSA. Tres días después, o sea, el 28 de octubre de 2016[30] se suscribieron el *contrato de emisión* (*"Indenture"*)[31] y el *contrato de garantía* ("*Pledge and Security Agreeement"*)[32].

No es descabellado sostener que la sentencia N° 893 fue dictada para impedir que la Asamblea Nacional pudiese avanzar en la investigación sobre la operación de canje, luego de que ésta cerrara según anuncio del 24 de octubre de 2016. Por lo tanto, PDVSA pudo suscribir los contratos de emisión y de garantía el 28 de octubre por cuanto el Gobierno de Maduro, a través de la Sala Constitucional, había restado eficacia a las potestades de control de la Asamblea, y en especial, al Acuerdo del 27 de septiembre de 2016.

De haber habido Estado de Derecho en Venezuela, el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, que negó la autorización para que PDVSA pudiera ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., ha debido impedir que PDVSA avanzara en la operación y, ciertamente, ha debido llevar a los tenedores de los Bonos 2017 a no participar en el canje. Pero lo cierto es que el Estado de Derecho se encontraba muy debilitado debido a las decisiones de la Sala Constitucional que negaron el ejercicio de las competencias de la Asamblea, incluso en relación con las investigaciones relacionadas con la oferta de canje.

Cabe aclarar que el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 no declaró la nulidad de los contratos por una razón sencilla: esos contratos, como se explicó, fueron suscritos más de un mes después. Mal podría la Asamblea Nacional haber cuestionado la constitucionalidad de contratos que no se habían suscrito. Lo que hizo la Asamblea Nacional fue negar la capacidad de PDVSA para ceder a Citgo en garantía, al considerar que esa cesión implicaría celebrar un contrato de interés público nacional con sociedades extranjeras, sometidas al control previo de la Asamblea, en los términos del citado artículo 187.9 constitucional.

---

[30] Los textos finales de los contratos reposan en el expediente de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en especia, como anexos a la contrademanda presentada el 18 de diciembre de 2019, correspondiente a la actuación número 40 del registro: https://www.courtlistener.com/docket/16397434/petroleos-de-venezuela-sa-v-mufg-union-bank-na/?page=1 Nuestro análisis se limita solo a los aspectos centrales.

[31] Las partes de ese contrato son: PDVSA (emisor); PDVSA Petróleos, S.A. (PPSA, garante); Glass America LLC (agente colateral) y MUFG Union Bank, N.A. (Trustee).

[32] Suscrito entre PDV Holding, Inc., PDVSA, PPSA, Glass America LLC y MUFG Union Bank, N.A.

En el Derecho venezolano, el Acuerdo de 27 de septiembre de 2016 -como bien explicó el profesor Allan R. Brewer-Carías, experto independiente promovido por las partes demandantes- es un acto dictado en ejercicio de la función legislativa de control que se presume válido (y que de hecho, a la fecha, no ha sido "anulado" por la Sala Constitucional). Al dictar ese Acuerdo la Asamblea Nacional interpretó la Constitución para concluir que la cesión de los derechos sobre Citgo Holding, Inc. implicaría celebrar un contrato de interés público nacional con sociedades extrajeras, negando en consecuencia la autorización que PDVSA requería al respecto.

En el Derecho de Nueva York, por ello, el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 -y su ratificación en el Acuerdo de 15 de octubre de 2019- también debía presumirse válido, bajo la tesis de la doctrina del acto de estado. En apretada síntesis, de conformidad con esta teoría, los actos oficiales emitidos por Estados extranjeros en su territorio deben presumirse válidos y no pueden ser cuestionados por las Cortes de Estados Unidos[33]. Bajo esta teoría, estos dos Acuerdos deben considerarse actos oficiales del Estado venezolano, y además, expresiones del legítimo Poder Legislativo reconocido como tal por el Gobierno de Estados Unidos, que la Corte del Distrito Sur de Nueva York debía presumir como válidos. En concreto, la Corte debía reconocer y aceptar el principal efecto de esos Acuerdos, a saber, que PDVSA no podía ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc.

Como se aprecia, la discusión en torno a la naturaleza jurídica de los contratos de emisión y de garantía como contratos de interés público nacional no era el argumento principal, pues esa discusión había sido ya resuelta por el primer intérprete de la Constitución, a saber, la Asamblea Nacional como Poder Legislativo. Luego, para los tenedores de los Bonos 2017, tal discusión tampoco era relevante. Lo verdaderamente relevante para los tenedores era que la Asamblea Nacional ya había ejercido sus funciones de control para negar la capacidad de PDVSA de ceder las acciones de Citgo Holding, Inc. en garantía.

Bajo el deber de diligencia con el cual los tenedores de los Bonos 2017 han debido actuar, especialmente en un mercado emergente como el de Venezuela, el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 era una decisión jurídica vinculante y clara. El debate jurídico sobre si la cesión en garantía de las acciones implicaba o no celebrar un contrato de interés público, e incluso, las opiniones en sentido contrario que emitió PDVSA en su momento, eran irrelevantes, pues siempre debía prevalecer el contenido del Acuerdo

[33] Este principio ha sido aplicado en diversos casos relacionados con el Gobierno Interino del Presidente Guaidó. Por ejemplo, véase la sentencia de 2 de agosto de 2019, en el caso *Rodolfo Enrique Jiménez, et al. v. Luisa Palacios, et al.,* de la "Court of Chancery", Delaware, caso número 2019-0440-KSJM, en especial, páginas 23 y ss. Puede verse a Lee Buchheit "Act of State and Comity: Recent developments", *Judicial enforcement of International Debt Obligations*, Washington D.C., International Law Institute, 1987, (96).

del 27 de septiembre de 2016. Cualquier experto legal independiente, de haber sido consultado en la materia, ha debido concluir que más allá de las razones a favor o en contra del argumento, el citado Acuerdo constituía un acto del Poder Legislativo válido y vinculante, que rechazó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., con base en el artículo 187.9 de la Constitución, o sea, la norma que atribuye a la Asamblea el poder de control sobre contratos de interés público nacional.

Por lo anterior, los tenedores de los Bonos 2017 tampoco podían invocar la buena fe, pues mal podían confiar en las afirmaciones de PDVSA cuando la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus funciones de control, ya había cuestionado la capacidad contractual de PDVSA. Tanto más, observamos, cuando el contenido de ese Acuerdo y el riesgo de invalidez, fue ampliamente debatido en medios de comunicación.

2.1. La irrelevancia de la tesis de los actos propios

PDVSA, en 2016, avaló la legalidad de la operación de canje, lo que implica, como principio, que no podría apartarse de sus afirmaciones en detrimento de la buena fe de los terceros. En tal sentido, compartimos las apreciaciones del profesor Rengel Núñez en torno a que PDVSA -más allá del cambio de administradores operados en 2019- no podía contradecir sus propias afirmaciones[34].

Sin embargo, como se explicó en la sección anterior, el principal argumento de la demanda de nulidad no era el cambio de opinión de PDVSA en detrimento de sus propias decisiones, sino reivindicar los efectos del Acuerdo del 27 de septiembre de 2016. PDVSA decidió ignorar y violar ese Acuerdo en 2016, debido a que para ese momento obraba bajo el control político del entonces Gobierno de Maduro, quien había decidido ilegítimamente desconocer las funciones de control de la Asamblea, en lo que ha sido considerado un golpe de Estado continuado[35]. Por ello, la Asamblea Nacional, que en 2016 había cuestionado la capacidad contractual de PDVSA, debía seguir sus propios actos y hacer valer el Acuerdo de 2016, luego de que en 2019 su presidente asumiera el cargo de presidente encargado en virtud del artículo 233 constitucional.

Por ello, durante el 2019 la Asamblea Nacional actuó de manera consistente al Acuerdo de 2016. Así, cabe recordar que la invalidez basada en la incapacidad contractual de PDVSA fue reiterada por la Asamblea Nacional al autorizar el pago de los intereses de los Bonos 2020 con vencimiento en abril de 2019, pero *bajo protesto*, precisamente, para salvaguardar los derechos de PDVSA.

---

[34] Pedro Rengel Núñez, El sonado caso de los Bonos PDVSA 2020, cit., (56).

[35] Allan Brewer-Carías, Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016.

Como se sabe, para ese momento estaba en vigor la Licencia General N° 5, emitida por la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC), que autorizaba a los tenedores de los Bonos 2020 a tomar control de Citgo Holding, Inc. de manera inmediata, a pesar de que las propiedades de PDVSA en Estados Unidos estaban bloqueadas. Además, de acuerdo con el contrato de emisión, cualquier declaración de PDVSA sobre la invalidez de los Bonos era un evento de incumplimiento que habría conducido, de manera inmediata, a la ejecución del colateral. Luego, PDVSA no podía ejercer ninguna demanda de nulidad pues ello habría implicado un incumplimiento. Al no haber sido posible llegar a un acuerdo con los tenedores para diferir el pago de intereses, y siendo que tampoco era posible ejercer acciones judiciales debido al riesgo de pérdida de control de Citgo, la Asamblea Nacional autorizó tal pago bajo protesto, reiterando con ello el contenido del Acuerdo de 2016[36].

El Acuerdo de 2016 fue de nuevo ratificado en el citado Acuerdo del 15 de Octubre de 2019, en el cual la Asamblea Nacional reiteró que PDVSA no tenía capacidad para ceder en garantía el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. a favor de sociedades extranjeras.

Mal podría entonces invocarse la protección de la buena fe, cuando PDVSA actuó, en 2016, no solo en violación de los deberes de diligencia aplicables desde el Derecho Administrativo y Mercantil, sino además, en abierta violación al Acuerdo de 27 de septiembre de 2016, que como acto parlamentario sin forma de Ley, regía a la actividad de PDVSA. Los tenedores de los Bonos 2017 -en su mayoría, fondos sofisticados de inversión- conocían de ese riesgo, y han debido conocer que el Acuerdo de 2016, como luego fuera ratificado en el Acuerdo de 2019, era una decisión válida y vinculante, que ya había negado la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. Luego, tampoco podían invocar la buena fe, pues ésta no protege acciones *contra legem*, tanto más cuando el riesgo de invalidez fue ampliamente debatido entre septiembre y octubre de 2016.

Es por ello que la tesis de los actos propios no es aplicable, pues la conducta de PDVSA de 2016 era notoriamente ilegal, al ser parte del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea. Por el contrario, la tesis de los actos propios sí aplica al Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, pues la Asamblea Nacional debía actuar de conformidad con ese Acuerdo, como hizo en dos oportunidades durante el 2019.

---

[36] Véase, de CEDICE, ¿Por qué a Asamblea Nacional autorizó el pago del Bono PDVSA 2020?, mayo de 2019, tomado de: https://cedice.org.ve/observatoriogp/wp-content/uploads/2019/06/BOLETIN-II-deuda-mayo-2019.pdf

2.2. La restitución por enriquecimiento sin causa y la renegociación de la deuda pública venezolana

La demanda de nulidad de los contratos de emisión y de garantía no se basó en el repudio de los Bonos 2020, sino únicamente, en la incapacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. La nulidad de esos contratos, por ello, nunca implicó por parte de PDVSA desconocer las obligaciones legítimas que derivaban de los Bonos 2020. Así lo ratificó el punto cuarto del Acuerdo de 15 de octubre de 2019, que emplazó a "*adoptar todas las acciones orientadas a la defensa de los activos de PDVSA en Estados Unidos, procurando el arreglo ordenado y consensuado de cualquier reclamación que pudiera plantearse*".

De acuerdo con la información pública suministrada por la junta administradora ad-hoc de PDVSA, puede afirmarse que PDVSA no solo no repudió esta deuda, sino que además, mantuvo negociaciones de buena fe con los tenedores, en especial, de cara al vencimiento del plazo de pago de la cuota de capital e intereses el 27 de octubre de 2019, por cerca de un millardo de USD. Conviene explicar, en todo caso, las limitaciones a las cuales se enfrentaba esa negociación.

El contrato de emisión no contiene cláusulas colectivas, con lo cual, cualquier modificación del lapso de pago requería consentimiento unánime de todos los tenedores, algo muy difícil de obtener. Como mucho, considerando que el incumplimiento debe ser declarado por tenedores que representen al menos el 25% del saldo deudor, podía explorarse un acuerdo de dispensa con acreedores que representen más del 75%, lo que impediría declarar el incumplimiento. Y con todo, alcanzar ese porcentaje implicaba coordinar con varios tenedores.[37] Estas restricciones contractuales, junto con la precaria situación financiera de la junta administradora ad-hoc (que no controlaba, ni controla, el flujo de caja de PDVSA) dificultaban negociaciones exitosas, en especial, de cara al pago de cerca de 1 millardo de USD con vencimiento al 27 de octubre de 2020[38].

Al mismo tiempo, y a pesar de las objeciones en torno a la validez de los contratos de emisión y de garantía con base en el citado Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, ratificado el 15 de octubre de 2019, PDVSA no podía ejercer ninguna acción judicial

---

[37] Según Bloomberg, al 15 de octubre de 2019, el principal tenedor de los Bonos 2020 era el fondo Ashmore, con 51,01%, seguido de BlackRock (6,52%) y T Rowe (4,14%). Bajo estos datos, ni siquiera esos tres fondos permitía alcanzar el umbral requerido para bloquear la declaratoria de incumplimiento, que como se dijo, requiereía el consentimiento de al menos el 25% ("Looming PDVSA Default Pits Ashmore Against Venezuela's Guaido", tomado de: https://www.bloombergquint.com/business/looming-pdvsa-default-pits-ashmore-against-venezuela-s-guaido). El texto de los contratos de emisión y de garantía puede consultarse en la actuación número 46 del caso, en el registro público antes señalado.

[38] En condiciones ordinarias, PDVSA podría refinanciar sus obligaciones difiriendo los pagos. Dejando a un lado las limitaciones legales para modificar las condiciones contractuales sin consentimiento unánime, lo cierto es que la junta administradora ad-hoc, al no manejar flujo de caja, no podía proyectar ningún refinanciamiento.

que, basada en esa invalidez, permitiese suspender -incluso cautelarmente- la ejecución de los contratos, pues ello hubiese implicado un evento de incumplimiento, con el riesgo inminente de pérdida de control sobre Citgo.

Este riesgo se disipó el 24 de octubre de 2019, cuando el Departamento del Tesoro anunció la decisión de diferir la aplicación de la Licencia General N° 5 hasta el 22 de enero de 2020. Esto otorgó un margen de tres meses dentro del cual el incumplimiento del pago pactado para el 27 de octubre, y cualquier acción judicial, no podrían derivar en la pérdida inmediata de Citgo Holding, Inc., al aplicar el régimen general derivado de las sanciones -y de la Orden N° 13.884, de 5 de agosto de 2019- que bloquearon las acciones del grupo Citgo[39].

Bajo estas condiciones, el 28 de octubre de 2019 la junta ad-hoc informó que las negociaciones con los tenedores no habían logrado ningún resultado razonable, con lo cual PDVSA ejercería las acciones legales correspondientes, aprovechando la ventada de oportunidad brindada por el diferimiento de la Licencia General 5[40]. Este comunicado, por ello, permite concluir que la demanda de nulidad fue la última opción, luego de agotadas las negociaciones, tomando en cuenta que hasta el 22 de enero de 2020 los tenedores no podrían tomar control de Citgo Holding, Inc.

Por ello, el 29 de octubre la junta administradora ad-hoc de PDVSA, junto con la junta directiva de PDV Holding, Inc., presentaron la demanda de nulidad en contra de los contratos de emisión y garantía, invocando -como se explicó- el carácter vinculante del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016, y cuestionando por ello la capacidad de PDVSA para haber celebrado esos contratos y ceder a Citgo Holding, Inc. en garantía. La presentación de la demanda no impidió avanzar en las negociaciones y, de hecho, poco después, las demandantes y los demandados (a saber, el agente de los títulos valores y el agente colateral) alcanzaron un acuerdo de dispensa, que suspendió cualquier acción de incumplimiento mientras durase el juicio[41].

Por todo lo anterior, no podría afirmarse que la demanda de nulidad contrarió los principios de renegociación ordenada y consensuada de la deuda, de acuerdo con los lineamientos que el Gobierno Interino aprobó el 1° de julio de 2019[42]. Esos lineamientos dejaron a salvo, precisamente, el derecho a invocar cuestiones relacionadas con la invalidez de ciertos títulos de deuda, pero de nuevo, sin que ello pudiese derivar en el repudio o desconocimiento unilateral.

---

39 Véase la Licencia General 5A aquí: https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20191024_33

40 Véase el comunicado de 28 de octubre de 2019 aquí: https://twitter.com/PDVSA_AdHoc/status/1188828430630080514?s=20

41 Véase el memorando presentado ante la Corte del Distrito Sur por PDVSA, de 15 de noviembre de 2019, en: https://www.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.525475/gov.uscourts.nysd.525475.30.0.pdf

42 Véase: https://www.creditslips.org/files/wp-deuda-oper-eng.pdf

En tal sentido, el profesor Rengel Núñez, en su citado estudio, observa que para la renegociación de la deuda pública venezolana, "*no luce lo más apropiado cuestionar la validez de los bonos efectivamente colocados y con importantes fondos captados cuyo repago no es conveniente pretender eludir, sobre todo cuando la cantidad adeuda es ínfima comparada con la deuda total*"[43]. No cabe duda de que la demanda de nulidad fue una medida extrema, aun cuando sólidamente basada en el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, orientada a procurar mecanismos de protección sobre Citgo ante la imposibilidad de alcanzar acuerdos razonables, como informó la junta administradora ad-hoc. Y si bien el monto del saldo nominal remanente de los Bonos es relativamente bajo (poco más del 10% del total de la deuda) el elemento distintivo era -y es- el colateral sobre Citgo Holding, Inc. Además, la demanda de nulidad nunca implicó -ni ha implicado- eludir el pago, tal y como lo reafirmó el Acuerdo del 15 de octubre de 2019[44].

Además, la renegociación integral de la deuda pública venezolana -y no solo de los Bonos 2020- solo es posible alcanzada la transición política y rescatada la legitimidad del Gobierno. En ausencia de esas condiciones, el margen de negociación de la junta administradora ad-hoc de PDVSA era -y es- limitado, no solo por las señaladas limitaciones contractuales sino además, por cuanto esa junta no controla el flujo de caja de PDVSA, ni mucho menos activos que permitirían pagar el saldo nominal remante[45].

2.3. Breves comentarios a la opinión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York

El 16 de octubre de 2020 la Corte del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia, mediante una opinión sobre la desestimación de la demanda intentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., confirmando que el contrato de emisión y de garantía de los Bonos 2020 son válidos y vinculantes bajo el Derecho de Nueva York[46]. La sentencia, en la práctica, desconoce el contenido y alcance de los Acuerdos de la Asamblea Nacional

---

[43] Pedro Rengel Núñez, El sonado caso de los Bonos PDVSA 2020, cit., 58.

[44] Además del comunicado del citado 28 de octubre, véase la entrevista del entonces presidente de la junta ad-hoc, Luis Pacheco, ""Si no hubiésemos demandado los bonistas habrían hecho una fiesta y tomado Citgo", *La Gran Aldea*, 16 de noviembre de 2020, en: https://lagranaldea.com/2020/11/16/si-no-hubiesemos-demandado-los-bonistas-habrian-hecho-una-fiesta-y-tomado-citgo/

[45] Algunos han opinado que los Bonos 2020 han podido renegociarse con obligaciones de pago de Citgo, como comentó el entonces presidente de la junta administradora ad-hoc en la citada entrevista. Esta opción se enfrenta a problemas legales y financieros. En cuanto a lo primero, el deudor de esa obligación es PDVSA, no Citgo. Además, de acuerdo con el *Estatuto que rige la transición a la democracia*, cualquier renegociación con obligaciones de pago requería -y requiere- la autorización de la Asamblea Nacional, quien había insistido en la necesidad de hacer valer el Acuerdo de 2016 en el citado Acuerdo del 15 de octubre de 2019. Además, como explicó Luis Pacheco, Citgo se enfrentaba -y enfrenta- a problemas financieros heredados de la administración del régimen de Maduro.

[46] Véase: https://www.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.525475/gov.uscourts.nysd.525475.215.0_2.pdf

dictados en relación con los Bonos en contra del principio de acuerdo con el cual las Cortes de Estados Unidos no pueden revisar, cuestionar o desconocer actos oficiales de Gobiernos extranjeros. De manera contradictoria, además, negó la relevancia del Derecho venezolano en estos contratos. Esto último, en suma, es lo que terminó siendo relevante pues al haber opinado que el Derecho venezolano no regía a los contratos, no se analizó el argumento de invalidez por violación al artículo 150 constitucional, como había sido decidido en los Acuerdos de la Asamblea.

El orden en el que trató la Corte estos asuntos es incongruente[47], y demuestra el error de la sentencia. Pero a todo evento, a continuación, se formulan las principales conclusiones relacionadas con estos dos puntos, en el orden en el que fueron tratados por la sentencia.

Así, en contra del alegato de los demandados[48], la Corte reconoció que los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016 y de 15 de octubre de 2019 son actos oficiales del Estado venezolano, dictados en ejercicio de la función legislativa, y que como tal, deben ser presumidos válidos y vinculantes[49]. Sin embargo, la Corte entró analizar el contenido de esos Acuerdos, lo que llevó a su desconocimiento implícito, al sostenerse -erradamente- que la Asamblea Nacional no había cuestionado la constitucionalidad de los Bonos.

Para demostrar el error de la Corte en este punto, es preciso mencionar *(i)* los antecedentes y contextos de estos Acuerdos; *(ii)* la errada interpretación de la Corte en cuanto al contenido de esos Acuerdos y *(iii)* la errada interpretación de la Corte en cuanto a los efectos de esos Acuerdos.

El Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 cuestionó la operación de canje que dio lugar a los Bonos 2020, tanto en sus aspectos financieros como en cuanto al colateral. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, la objeción relevante era la segunda. Así, con base en el artículo 187.9 de la Constitución, que regula la competencia de la Asamblea Nacional para controlar contratos de interés público nacional, como ya vimos, la Asamblea cuestionó o rechazó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. La Corte, sin embargo, consideró que este Acuerdo

---

[47] El orden congruente era determinar, primero, si el Derecho venezolano aplica. Solo en caso afirmativo, entonces, podían analizarse los Acuerdos de la Asamblea, que forman parte del Derecho venezolano. La Corte, incongruentemente, analizó los Acuerdos, para luego descartar que el Derecho venezolano sea aplicable. Si en efecto el Derecho venezolano es irrelevante, entonces, el contenido de los Acuerdos también resultaba irrelevante.

[48] Los demandados centraron sus defensas, principalmente, en negar que los Acuerdos de la Asamblea Nacional fuesen actos oficiales del Estado venezolano, un argumento desestimado por la Corte.

[49] Además, la Corte interpretó el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 26 de mayo de 2016, sobre los contratos de interés público, que en realidad, no guardaba relación con los Bonos. Por ello, y aun cuando también la Corte interpretó erradamente este Acuerdo, su análisis no resulta pertinente para este breve análisis.

nunca calificó la existencia de contratos de interés público nacional[50]. Además, citando una de las opiniones de la Oficina de la Procuraduría Especial, insistió en que este Acuerdo no declaró la inconstitucionalidad de los Bonos 2020[51].

Este argumento, defendido por los demandados[52], es sin embargo errado, básicamente, por una razón: la Corte no podía indagar cuál fue la intención de la Asamblea Nacional, ni mucho menos inferir qué quiso decir la Asamblea Nacional, pues la doctrina del acto de Estado limita la jurisdicción de la Corte para indagar o cuestionar estos aspectos. Además, la posición de la Asamblea Nacional en torno a los Bonos 2020 no solo quedó claramente expuesta en el citado Acuerdo de 27 de septiembre, sino que además, fue *ratificada* en el Acuerdo de 15 de octubre -ignorado por la sentencia- y en todo caso, ratificado por la posición oficial del Gobierno Interino[53].

Pero al margen de ello, hay dos razones de fondo por los cuales es errado sostener que el Acuerdo del 27 de septiembre no cuestionó la operación de canje y emisión de los Bonos:

a. El Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 no declaró la inconstitucionalidad de los Bonos, ni calificó a los contratos suscritos por el régimen de Maduro como contratos de interés público nacional, por una sencilla razón, ya explicada: para ese momento los contratos no se habían suscrito, y los Bonos 2020 no existían[54]. Mal puede declararse la inconstitucionalidad de Bonos que no existen[55].

---

[50] En especial, página 35: "esta objeción, sin embargo, no está acompañada por ninguna declaración acerca de que la oferta de intercambio era un contrato de interés público, ni tampoco contiene ninguna declaración sobre la violación del artículo 150 de la Constitución derivada de la ejecución de esa oferta de intercambio, ni tampoco declara ilegal o inválida la oferta de intercambio" ("*that rejection, however, is not accompanied by any recognition of the Exchange Offer as a contract of national public interest; nor does it state that the Exchange Offer would, if executed without National Assembly approval, violate Article 150 of the Venezuelan Constitution; nor does it deem the Exchange Offer to be illegal, invalid, or void in any manner*").

[51] Página 41.

[52] Los demandados alegaron que el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 no declaró la inconstitucionalidad de los Bonos, confuso argumento reiterado por diversos actores económicos y políticos en medios de comunicación.

[53] El 9 de junio de 2020 la República Bolivariana de Venezuela expuso su posición en el caso ratificando la posición histórica de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la Corte desestimó ese argumento -que ha debido se tratado por deferencia- al considerar que la Asamblea Nacional no cuestionó la constitucionalidad de los Bonos en 2016.

[54] Los contratos fueron suscritos el 28 de octubre, luego de que el Tribunal Supremo de Justicia suspendiera toda investigación sobre PDVSA, incluyendo la investigación anunciada en Acuerdo de 27 de septiembre de 2016.

[55] Ese fue el punto que se destacó en la opinión de la Oficina del Procurador Especial, que la Corte erradamente interpretó. Además, la Corte se equivoca al señalar que el Acuerdo no declaró a la oferta de intercambio como contrato de interés público, pues la oferta de intercambio no es un contrato, sino una decisión unilateral de PDVSA.

b. El Acuerdo del 27 de septiembre de 2016 es el acto de control parlamentario que en ejecución de norma sobre contratos de interés público, negó la capacidad de PDVSA de comprometer a Citgo como garantía de los Bonos 2020, antes de que esa garantía fuese constituida[56].

Pero en todo caso, se insiste, no corresponde a una Corte de Estados Unidos interpretar la voluntad de la Asamblea Nacional, ni mucho menos deducir cuál pudo ser la intención de la Asamblea Nacional. Esto supone la revisión de actos soberanos del Estado venezolano, y por ende, una extralimitación en la jurisdicción de la Corte.

Al haber asumido, erradamente, que el Acuerdo de 2016 no cuestionó la constitucionalidad de la operación, la Corte negó relevancia al Acuerdo del 15 de octubre de 2019, pese a que éste sí declaró la inconstitucionalidad de los contratos relacionados con los Bonos 2020[57]. Pero además, la Corte consideró que, a todo evento, el Acuerdo del 15 de octubre no podría "expropiar" los contratos de emisión de los Bonos, por tratarse de bienes ubicados en Nueva York. De nuevo, la Corte erradamente interpretó a la Asamblea Nacional, al tratar de indagar cuál fue su intención[58].

Los Acuerdos de 27 de septiembre de 2016 y 15 de octubre de 2019 cuestionaron la constitucionalidad de la operación de canje que llevó a la emisión de los Bonos 2020, así como a los contratos de emisión y de garantía, ***únicamente en función al colateral sobre Citgo***. La demanda de nulidad presentada, y todos los argumentos adicionales introducidos en el caso, insistieron en este argumento: los contratos violaron la Constitución, pues PDVSA no podía comprometer a Citgo en colateral a favor de empresas extranjeras sin autorización de la Asamblea Nacional, en tanto esa cesión supone celebrar contratos de interés público nacional, tal y como la Asamblea había ya decidido[59]. En ningún momento los Acuerdos expropiaron los Bonos 2020 o repudiaron la deuda. De hecho, el Acuerdo de 15 de octubre dejó abierta la reconciliación de las reclamaciones legítimas que pudieren derivar de los Bonos.

---

[56] La Corte desestimó un dato importante: el citado Acuerdo aparece fundamentado en el artículo 187, numeral 9 de la Constitución, conforme al cual corresponde a la Asamblea Nacional "*autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley*". Esta norma, por ello, implicaba que, para la Asamblea Nacional, la cesión de Citgo como colateral solo podía hacerse mediante contratos de interés público nacional que debían ser autorizados previamente, en tanto la parte contratante estaba domiciliada en el extranjero.

[57] El Acuerdo de 15 de octubre, en todo caso, *ratificó* -en esos términos, según los acuerdos primero y segundo- el contenido del Acuerdo del 27 de septiembre. Luego, no podía la Corte sustituirse en la voluntad de la Asamblea Nacional para considerar que el Acuerdo de 15 de octubre no respondía a lo decidido en 2016 (véase la página 26 de la sentencia).

[58] Páginas 36, 42 y 43. Lamentablemente, el Gobierno de Estados Unidos, al participar en el caso, no fijó una posición clara sobre este punto.

[59] Además, la posición de la Asamblea en relación con los Bonos 2020 es consistente con la posición asumida en otros casos, por ejemplo, relacionados con Rosnfet. La operación de canje que dio lugar a la emisión de los Bonos, como operación de renegociación de deuda, no debía ser autorizada por la Asamblea Nacional. Lo que debía ser autorizado era la cesión de Citgo en colateral, pues esa cesión, a favor de empresas extranjeras, supone la celebración de contratos de interés público nacional que de acuerdo con los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, deben ser solicitados previamente por la Asamblea Nacional, como ésta decidió en los citados Acuerdos.

Por ello, la intención de la Asamblea Nacional no fue expropiar los Bonos 2020, ni repudiar la deuda, sino cuestionar la capacidad de PDVSA para comprometer a Citgo Holding, Inc. como colateral, en tanto esa operación supone la celebración de un contrato de interés público nacional con empresas extranjeras que debe ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional. Además, los tenedores de los Bonos sabían de esas objeciones antes de emisión y, a pesar de ello, decidieron tomar el riesgo y participar en la operación. Más importante todavía: como declaró el principal tenedor de esos Bonos, la decisión de participar en la operación, pese a estar en conocimiento de las objeciones constitucional de la Asamblea al colateral, se basó en cálculos políticos, no jurídicos[60].

Finalmente, la Corte consideró que el Derecho venezolano no rige a los contratos de emisión y garantía, en tanto ellos se rigen por el Derecho de Nueva York. Por lo tanto, no podía determinarse si PDVSA violó la Constitución al suscribir esos contratos[61]. Tal argumento es errado por dos razones.

- La *primera* razón es que la propia sentencia contradice esta conclusión, pues al analizar los Acuerdos de 2016 y 2019, interpretó el Derecho venezolano[62]. Si la Corte interpretó esos Acuerdos, es por que el Derecho venezolano es relevante; pero si éste es irrelevante, entonces, no ha debido interpretar los Acuerdos.
- En todo caso, y en *segundo lugar*, aun cuando los contratos suscritos por PDVSA remiten al Derecho de Nueva York, esa remisión no puede extenderse a la propia capacidad de PDVSA, que necesariamente, se rige por Derecho venezolano[63]. Mal podría PDVSA renunciar a la aplicación de normas de orden público al celebrarse contratos de deuda pública.

Por ello, la capacidad de PDVSA para comprometer a Citgo Holding, Inc. como garantía, como se hizo en el contrato de emisión de los Bonos y en el contrato de garantía, quedaba sometida a Derecho venezolano, y en concreto, a los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, como la Asamblea Nacional declaró en el Acuerdo de 2016.

---

[60] Declaración de 8 de junio de 2020, tomada de: https://www.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.525475/gov.uscourts.nysd.525475.124.0.pdf. En el párrafo 27 se declara que se confió en las declaraciones de PDVSA. Pero lo cierto, como ya explicamos, es que el deber de diligencia que los inversionistas deben tener, especialmente en mercados emergentes, hubiese aconsejado actuar con base en un estudio independiente en torno al Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, pues era evidente no solo el rechazo a la cesión de derechos de Citgo, sino además, el conflicto constitucional basado en los intentos del Gobierno de Maduro (incluyendo a PDVSA) de desconocer a la Asamblea Nacional. Más bien parece haber operado un cálculo político de probabilidad de que el Acuerdo de 27 de septiembre fuese reivindicado por PDVSA, como sucedió en 2019.

[61] Páginas 47 y ss.

[62] Por ejemplo, en la página 34.

[63] Como se ha aceptado de manera tradicional. Por ejemplo, vid. Thomas Wälde, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations,* International Law Institute, Washington D.C., 1987 (125).

CONCLUSIONES

La operación de canje de los Bonos 2017 y emisión de los Bonos 2020, garantizados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., demuestra los riesgos de abuso de las formas mercantiles por la Administración Pública. Así, PDVSA se aprovechó de su forma mercantil y del régimen flexible de la LOAFSP, para ofertar el canje de títulos valores garantizados con Citgo, eludiendo con ello los controles de la Asamblea Nacional, como parte del golpe de Estado permanente ejecutado en contra de la Asamblea. Bajo una errada interpretación, podría concluirse que PDVSA podía actuar al amparo del principio *pro libertate* y que, por ende, tenia plena libertad contractual. Esta es una conclusión que debe rechazarse desde el Derecho Mercantil y el Derecho Constitucional.

Cuando PDVSA presentó la oferta de canje, en septiembre de 2016, afrontaba una severa crisis patrimonial como resultado de las políticas predatorias que destruyeron su capacidad de producción y promovieron a su endeudamiento no sostenible, orientado además a financiar gasto público del Gobierno Nacional. Como advirtió la Asamblea Nacional, PDVSA debía emprender un programa integral de renegociación de su deuda y rescate de su capacidad de producción. Pero ello hubiese requerido del control de la Asamblea Nacional, que ya para ese momento el Gobierno de Maduro había desconocido.

Luego, de acuerdo con el Derecho Mercantil, los administradores de PDVSA han debido diseñar un programa de renegociación integral, procurando la prudente protección del patrimonio de esa empresa. Pero esos administradores no respondían a deberes fiduciarios, sino al control político -e inconstitucional- ejercido por el Gobierno de Maduro, quien solo estaba interesado en eludir el riesgo de inminente incumplimiento de los Bonos 2017. De allí que los administradores de PDVSA, en violación de su deber de diligencia, decidieron canjear los Bonos 2017 por los Bonos 2020, compensando los riesgos de incumplimiento con el colateral sobre Citgo, pese a lo oneroso que esa operación fue PDVSA y a pesar de que tampoco se solucionó con ello los problemas de flujo de caja.

Desde el Derecho Constitucional, el canje resultó una operación irracional: PDVSA aumentó su nivel de endeudamiento -pues pagó una prima a los tenedores de los Bonos 2017- a pesar de la crisis de flujo de caja y, además, comprometió a Citgo en colateral, creando un riesgo innecesario sobre su activo más importante en el extranjero. Además, tampoco solucionó el problema de insolvencia -o eventual iliquidez- pues apenas si canjeó el 39% de los Bonos 2017. Por ello, luego de pagar esos Bonos a fines de 2017, el Gobierno de Maduro declaró una moratoria unilateral de la deuda financiera, excepto de los Bonos 2020, que siguieron sirviéndose debido al colateral.

La Asamblea Nacional en Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, y en ejercicio de sus facultades de control sobre contratos de interés público derivadas del artículo 187.9 constitucional, negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. a empresas extranjeras. Ciertamente puede discutirse si tal cesión reúne las características de los contratos de interés público nacional (aun cuando, como ha opinado toda la doctrina que ha analizado el punto, es innegable que sí reúne esas características). Pero esa discusión no era relevante, pues ya el Acuerdo de la Asamblea Nacional había negado la autorización de PDVSA de ceder esa garantía. El citado Acuerdo es una decisión válida y vinculante, no solo en Venezuela sino también en Estados Unidos, debido a la doctrina del acto de Estado.

Ese fue el argumento por el cual PDVSA y PDV Holding, Inc. demandaron la nulidad de los contratos de emisión y de garantía. La demanda se basó en la nulidad de los contratos pero nunca negó el derecho a compensación por reclamaciones legítimas (aun cuando el cálculo de tal compensación fue y es discutido). La demanda no fue un intento por eludir o repudiar las reclamaciones legítimas, como lo ratificó la Asamblea Nacional en el citado Acuerdo de 15 de octubre de 2019. Se insiste, nunca se objetó la legalidad el canje como tal -más allá de su irracionalidad- sino el colateral, que es la única nota distintiva de los Bonos 2020.

Mal puede entonces señalarse que PDVSA actuó en contra de actos propios defraudando la buena fe de los tenedores de los Bonos 2017 que decidieron participar en el canje. PDVSA no cambió de opinión: hizo valer los efectos del Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, tal y como ratificó el Acuerdo del 15 de octubre de 2019. Si en 2016 ese Acuerdo fue ignorado, fue por el desprecio a la Ley que caracterizó al Gobierno de Maduro. Pero las autoridades legítimas de PDVSA y de PDV Holding, Inc. no podían seguir ese desprecio. El principio de legalidad, por el contrario, les compelía a hacer valer el Acuerdo de 2016. Con lo cual, si para algo es relevante la tesis de los actos propios, es para considerar que en 2019, la Asamblea Nacional tenía que actuar en consonancia con el Acuerdo de 2016, con lo cual, mal podrían los tenedores invocar la violación de la buena fe o la defraudación de expectativas legítimas.

Así, los tenedores de los Bonos 2020 -antiguos tenedores de los Bonos 2017- no podían alegar la violación de su buena fe, pues ellos participaron en el canje al decidir ignorar el Acuerdo del 27 de septiembre de 2016. Ciertamente PDVSA -insistimos, bajo el control del Gobierno- había negado que la operación de canje requiriese autorización de la Asamblea (bajo una manipulada interpretación de la LOAFSP). Pero la Asamblea Nacional, en el tantas veces citado Acuerdo del 27 de septiembre de 2016, aprobado *antes* de la emisión de los Bonos 2020, había negado la capacidad contractual de PDVSA para ceder las acciones de Citgo Holding Inc. en colateral, en una decisión que tenía más valor que cualquier opinión o afirmación de PDVSA. De haber regido

efectivamente el Estado de Derecho, probablemente, los tenedores de los Bonos 2017 no hubiesen participado en un canje cuestionado jurídicamente por el Poder Legislativo.

La principal lección que deja este caso es la inadecuación del marco jurídico de las operaciones de crédito público de PDVSA y demás empresas del Estado. Sin negar las razones económicas y legales que justifican la flexibilidad de régimen jurídico de esas operaciones bajo las formas del Derecho Mercantil, debe recordarse que toda operación de crédito público -incluso, bajo el Derecho Privado- debe responder al prudente manejo patrimonial de la empresa. Este principio de prudencia y racionalidad fue violado por PDVSA, al ejecutar una irracional operación de canje y ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., a pesar de que la Asamblea Nacional, como Poder Legislativo, había negado expresamente su capacidad contractual.

BIBLIOGRAFÍA

Badell, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Púbico 159-160*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019.

Brewer-Carías, Allan, Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016.

Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho Venezolano,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

CEDICE, ¿Por qué a Asamblea Nacional autorizó el pago del Bono PDVSA 2020?, mayo de 2019.

Goldschmidt, Roberto, La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 17,* Universidad Central de Venezuela, 1959.

Hernández G., José Ignacio, "Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en caso de insolvencias", en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 15,* Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2018.

Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, Center for International Development, Harvard, 2016.

Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

Rengel Núñez, Pedro , El sonado caso de los Bonos PDVSA 2020, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 5,* Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2020.

Wälde, Thomas "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations,* International Law Institute, Washington D.C., 1987.

Boston, abril de 2021

Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal

Andrea Rondón García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-135-144

Resumen: La filosofía liberal tiene mucho que aportar al derecho concursal para que este efectivamente sea una verdadera herramienta para la reparación de los acreedores y la rehabilitación del deudor. Pero esto supone cambios legislativos que reflejen una de las características de esa filosofía liberal que es un legislador limitado. En virtud de esta filosofía liberal, la autonomía de la voluntad de las partes, en este caso acreedor y deudor, será principal, y la legislación será secundaria, para permitir fórmulas abiertas que alcancen mejores acuerdos.

Palabras claves: Liberalismo, filosofía del derecho, quiebra, protección del crédito, rehabilitación del deudor

Some notes for a necessary review of Bankruptcy Law

Abstract: *The liberal philosophy has much to contribute to bankruptcy law so that it is effectively a true tool for repairing creditors and rehabilitating the debtor. But this supposes legislative changes that reflect one of the characteristics of that liberal philosophy that is a limited legislator. By virtue of this liberal philosophy, the autonomy of the will of the parties, in this case creditor and debtor, will be primary, and the legislation will be secondary, to allow open formulas to reach better agreements.*

Key words: *Liberalism, philosophy of law, bankruptcy, credit protection, debtor rehabilitation*

---

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.

Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal

Andrea Rondón García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-135-144

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. ¿Cuál debe ser el propósito de la legislación de Derecho Concursal?. 2. Principales características de nuestro Derecho Concursal y las tendencias actuales en la materia. 3. Las crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación.*** CONCLUSIONES.

A LUIS FERNANDO RAMÍREZ

Tuve la fortuna de ser su estudiante de Derecho Mercantil II en la Universidad Central de Venezuela en el año 2002. A pesar de ser seguros, atraso y quiebra temas áridos para quien los estudia por primera vez y no tiene la experiencia práctica, el profesor Ramírez hizo del derecho concursal una materia dinámica.

Asistido de Burgos Villasmil y de Pisani Ricci, era muy crítico e incisivo de nuestro Código de Comercio en lo que respecta al atraso y a la quiebra. Aunque no serían materias de mi ejercicio profesional posteriormente, no olvidaría esas clases y me permitiría retomar hoy la figura de la quiebra bajo una óptica distinta y afín a mis intereses intelectuales actuales.

Este artículo lo escribo hoy recordando sus clases; su puntualidad inglesa; su impecable forma de dirigirse a sus estudiantes; su memoria para acordarse de ellos (así fue en mi caso) a pesar de ser un salón numeroso; de su particular forma de anunciar los resultados de los exámenes (en orden creciente, de las menores notas hasta las máximas); en definitiva; de su forma de dar clases que al día de hoy trato de emular junto con otros notables ejemplos que tuve la oportunidad de conocer.

---

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.

Nuevamente mi agradecimiento y reconocimiento para el equipo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) por dedicar las ediciones de su revista a nuestros profesores de Derecho Mercantil, especialmente en un momento tan duro como el actual para nuestras universidades.

INTRODUCCIÓN

Se tiene la errada percepción de que la filosofía del Derecho está muy alejada de disciplinas tan pragmáticas como el derecho procesal. La verdad es que todas las disciplinas deben estar sustentadas en la filosofía del derecho y en el caso del derecho procesal es necesaria esta vinculación para que no se pierda en el detalle, en el expediente, en la taquilla, en el tribunal, etc, que lejos de resolver conflictos, termina alargándolos sin beneficiar a nadie.

En los últimos años he vinculado la filosofía liberal con el Derecho que nos permite replantearnos el concepto de Derecho mismo, la jerarquía de las fuentes, el rol del legislador, entre otros temas fundamentales. Esta vinculación entre la filosofía liberal y el Derecho también puede ser llevada a reflexionar sobre casos específicos en el derecho procesal y más específicamente para el derecho concursal, que es una suerte de derecho adjetivo y sustantivo.

De este modo, mi intención con estas líneas es (i) exponer brevemente las premisas de la filosofía del derecho que deseo emplear para aproximarme al derecho concursal; (ii) revisar las propuestas del derecho comparado en la materia y que pueden ser mejoradas desde la filosofía liberal y; (iii) analizar las recientes crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación, de modo tal, que aprendamos de ellas para no replicar errores en el futuro.

1. ¿Cuál debe ser el propósito de la legislación de Derecho Concursal?

Sobre el liberalismo Mises diría que «no es una religión, porque no pide ni fe ni entrega, no vive en una aureola de misticismo y no posee dogmas. No es una concepción general del mundo, porque no pretende explicar el cosmos y no nos dice ni quiere decirnos nada sobre el sentido y el fin de la existencia humana. No es un partido de intereses, porque no promete, no quiere proporcionar y no concede de hecho privilegios de ninguna clase a ningún grupo y a nadie personalmente (...) Es ideología (...) Solo una cosa quiere dar a los hombres: un desarrollo pacífico y continuo del bienestar material para todos...»[1]. Se trata de una definición que se contrapone al socialismo.

[1] Ludwig von Mises, *Liberalismo (La tradición clásica)*, (Unión Editorial, Madrid, 2015): 258-259.

El liberalismo como filosofía política surge para resistir los absolutismos y reivindicar los derechos del hombre. En cumplimiento de estos propósitos, serán constantes en las distintas corrientes liberales, desde su surgimiento en el siglo XVIII hasta el presente, la de tener por norte la reafirmación del individuo y la de establecer claros límites al Estado.

Estas constantes definitivamente tienen una traducción en el Derecho, en sus distintas disciplinas, por más pragmáticas que estas luzcan. El derecho concursal no escaparía de esto y de hecho, la filosofía liberal aportaría muchos elementos para la discusión y para el avance de esta disciplina en pro de los acreedores.

El norte es el individuo

Uno de los contenidos constantes en las distintas corrientes del liberalismo es tener por norte la reafirmación del individuo. El individualismo es lo que caracteriza al liberalismo, lo que no significa que se olvide que el hombre forma parte de la sociedad y es un ser gregario. Se reconoce la importancia de la cooperación social y uno de los mejores ejemplos de este trabajo cooperativo es el mercado.

Este contenido filosófico tiene importantes consecuencias prácticas. Para el Derecho por ejemplo, se apelaría a un cambio de enfoque y en lugar de detener nuestra atención en la norma y la regulación; la atención debe dirigirse al individuo y a la toma de decisiones individuales.

Llevado este tema a un área en particular, por ejemplo Ricardo M. Rojas sostiene que en el Derecho Penal las políticas que privilegian la sobrecriminalización para frenar la delincuencia han fracasado en este objetivo por la poca participación de la víctima en el proceso y que la reformulación del Derecho Penal daría lugar a procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen[2].

La propuesta de Rojas es clara, más que dirigir la atención en el reforzamiento de los Códigos Penales con sanciones (normas y regulaciones), se debe dirigir la atención a la víctima (individuo).

Para el caso que nos ocupa, ¿no deberíamos pensar que la regulación en materia de atraso y quiebra debe estar más orientada hacia el acreedor y la efectiva reparación del daño que le fuera causado por el deudor?; de tener en cuenta este parámetro, ¿nuestra regulación actual cumpliría con esto?.

---

[2] Ricardo M. Rojas, *Las contradicciones del Derecho Penal*. (AD·HOC S.R.L., Buenos Aires, 2000): 18.

Un legislador limitado

A partir de la mano invisible de Adam Smith[3]; el orden natural de Frédéric Bastiat[4]; la acción humana de Ludwig von Mises[5]; el orden espontáneo de Friedrich von Hayek[6]; la ley como descubrimiento y no como acto de promulgación de Bruno Leoni[7]; y la praxeología (método propio de la Escuela Austríaca de Economía) al Derecho de Ricardo M. Rojas[8] podemos ensayar un concepto de Derecho como un conjunto de comportamientos que se han ido formando a lo largo del tiempo, dentro de un proceso evolutivo que supone ajustes, adaptaciones y coordinación social, y donde el legislador tiene una participación limitada, siendo esta última una de las expresiones en el Derecho de la propuesta de un Gobierno limitado.

Siendo el Derecho resultado de un proceso evolutivo, la autonomía de la voluntad adquiere un rol protagónico y la ley un rol supletorio. Esto es algo que todavía perdura en nuestros Códigos que revelan una fuerte influencia del liberalismo del siglo XVIII. Por ejemplo, el artículo 200 del Código de Comercio dispone que «Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y por las del Código Civil».

Para el caso que nos ocupa, ¿los acreedores tienen verdaderas opciones de escoger las vías que mejor pueden indemnizarlos del daño causado por el deudor?; incluso, ¿tienen opciones de elegir la forma en la que participarán en el proceso?; ¿nuestra regulación actual responde a estas preguntas afirmativamente?.

2. Principales características de nuestro derecho concursal y las tendencias actuales en la materia

Morles Hernández señala los principios que rigen actualmente la legislación en materia concursal que en líneas generales se resumen en «La protección adecuada del crédito, la conservación de la empresa viable, la amplitud de las soluciones preventivas, los límites de la actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales, la recuperación del deudor de buena fe y la severidad para quien abusó del crédito, la extensión de la responsabilidad, el proceso de verificación de créditos y la causa de postergación, la tutela de la relación laboral y la unidad concursal civil y comercial»[9].

---

3 Adam Smith, *La teoría de los sentimientos morales*. (Alianza Editorial, Madrid, 2011): 407.
4 Frédéric Bastiat, «La Ley», en: *Obras escogidas*. (Unión Editorial, Madrid, 2012): 181-234.
5 Ludwig von Mises, *La acción humana. Tratado de economía*. (Unión Editorial, Madrid, 2011):. 37-85.
6 Friedrich von Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*. (Unión Editorial, Madrid, 2006): 57-78.
7 Bruno Leoni, *La libertad y la Ley*. (Unión Editorial, Madrid, 2011): 19-42.
8 Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos del derecho*. (Unión Editorial Argentina, Buenos Aires, 2018): 108.
9 Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV, (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006):.2639.

Me interesaría retomar varios de estos principios de cara a mostrar que la tendencia en el derecho comparado es a enfocarse en los acreedores, lo cual sería muy afín con la filosofía liberal que informa la propuesta del derecho concursal que aquí se aborda.

La protección adecuada del crédito

Esto ha supuesto mayor libertad para el acreedor para llegar a acuerdos con el deudor y la búsqueda de la reparación de la integridad del patrimonio del deudor. Justamente este principio atiende más a los sujetos involucrados en el proceso, el acreedor y el deudor, e incluso un poco más allá.

La quiebra en nuestra legislación busca la liquidación y el reparto del patrimonio del comerciante entre los acreedores. Pero en el derecho comparado no es sólo esto, porque se busca rescatar al deudor, si ello es posible. Se piensa en realidad a corto, mediano y largo plazo.

Esto último es en aras de beneficiar a la economía en general, al mercado, que como ya hemos señalado es el mejor ejemplo de trabajo cooperativo. En la medida en que los agentes del mercado estén en mejores condiciones para estar en esa dinámica, en esa medida se reducirá la necesidad de acudir a procesos como el atraso y la quiebra.

La amplitud de las soluciones preventivas

Morles Hernández señala que «La ley debe arbitrar una fórmula abierta para que en ella quepan todas las posibles soluciones que el deudor y los acreedores conciban; y también quiere decir que los acreedores pasen a tener un papel relevante…»[10].

Cláusulas abiertas en nuestra legislación otorgan un mayor poder decisión para los involucrados, quienes así tendrán mayores incentivos para ser más activos dentro del proceso y de este modo lograr una mejor reparación para el acreedor y una posible recuperación para el deudor. Una fórmula abierta es la expresión concreta de un legislador limitado a la que hace referencia la filosofía liberal.

Nuestra legislación se muestra muy alejada de este principio obligando a los acreedores a participar en procesos colectivos; sin una representación propia dentro del proceso sino a través del síndico que es un auxiliar del sistema de administración de justicia; y mostrándose más como un procedimiento sancionatorio que como un mecanismo de reparación para el acreedor y de rehabilitación para el deudor.

La unidad concursal civil y comercial

De entrada, el hecho de ser un procedimiento especial destinado solo para el comerciante ya nos separa de las tendencias actuales que evidencian una unicidad civil

---

[10] *Ibidem*, p. 2640.

y mercantil sobre el tema. La separación y especialidad que todavía mantiene nuestra legislación y el carácter penal que revisten algunos casos (como la quiebra fraudulenta por ejemplo) pareciera insistir en la condición infamante que supone la quiebra para el comerciante, que prácticamente termina como un apestado.

Esta forma de tratar al comerciante que incurre en la cesación de pagos nos da una idea que los acreedores, que son los verdaderos afectados, no son el foco de interés de esta regulación. ¿Qué beneficio real reciben los acreedores de este tratamiento que recibe el deudor?. Tal vez se piensa un poco más en el acreedor en el derecho comparado, pero todavía nos parece que no se termina de dar ese avance efectivo.

3. Las crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación

«En 1935 se dictaron dos decretos-leyes que significaron un regreso al rigor anterior, como consecuencia de las quiebras producto de la crisis mundial iniciada en 1929; el de 30 octubre de 1935 y el de 8 de agosto de ese mismo año. El primero aumenta los poderes del juez en detrimento de los acreedores y el segundo extiende la quiebra de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada a sus dirigentes, para atender la paradoja de empresarios prósperos de empresas arruinadas»[11], así describe Morles Hernández a las reformas del siglo pasado del Código de Comercio francés en materia concursal.

La depresión de 1929, que duró 11 años, dejó en el imaginario de la gran mayoría que el culpable de la depresión fue el capitalismo y que la forma de evitarlo en un futuro era a través de la intervención estatal. Hoy en día, con la crisis económica de 2008, la situación no es muy distinta.

Las legislaciones rigurosas posteriores a cada crisis económica son reflejo de estas creencias.

Será a través de las teorías de la Escuela Austríaca de Economía, específicamente de Ludwig von Mises y Friedrich A. Hayek, que se explicaría de un modo completamente distinto los ciclos económicos y se afirmaría que «el ciclo económico y las depresiones son producto de las distorsiones generadas en el mercado por la intervención monetaria...»[12].

En lugar de clamar por una legislación más rigurosa luego de cada crisis económica y del culpar al laissez faire, se debe entender la teoría de los ciclos económicos según la

---

[11] *Ibidem,* p. 2609.

[12] Murray Rothbard, *La gran depresión. (*Universidad Editorial, Madrid, 2013): LV.

cual luego de incidir artificialmente en la expansión del crédito (a través de los bancos centrales) inevitablemente el mercado reacciona con un proceso de depresión; y que la solución no puede ser exigir mayor intervención del Estado (causante de la crisis) sino dar verdaderamente poder a los acreedores y deudores para llegar a acuerdos y lograr la reparación en un caso y la rehabilitación en otro caso.

El derecho comparado está cerca de las propuestas de reforma en materia concursal que estarían influenciadas por la filosofía liberal, pero el avance definitivo será alcanzar la comprensión de limitar efectivamente la actuación del Estado. Por ejemplo, el derecho concursal que responda a las crisis financieras no puede traducirse en mecanismos de recuperación y rescate de la empresa a través del Estado como hemos visto en el caso norteamericano.

Los primeros pasos del derecho concursal comparado hacia uno más afín a las partes involucradas ya están dados como indicamos en el punto anterior. Pero se logrará un verdadero avance al comprender la naturaleza de las crisis financieras (monetaria) y que la respuesta no está en el causante de las mismas. La filosofía liberal aporta mucho en este sentido para seguir avanzando.

CONCLUSIONES

Estas son solo unas breves notas que representan un ensayo de reflexión sobre una filosofía del derecho que se nutre del liberalismo y que brinda herramientas para la discusión en áreas tan pragmáticas como el derecho concursal.

Este ejercicio obliga a mirar las causas y no los efectos y más que atender primero a reformas legislativas severas, debe mirarse a las verdaderas causas de las crisis económicas que han sido empleadas como excusas para estas reformas legislativas. Con el aporte de los austríacos y la teoría de los ciclos económicos, queda claro que el principal responsable de las crisis económicas es el Estado, quien influye artificialmente en la expansión crediticia. Si esto es así, mal podría incluirse en las reformas legislativas una mayor intervención del Estado.

Definitivamente un verdadero baremo a tener presente en las reformas en materia concursal es brindarle una mayor libertad a los acreedores dentro del proceso para que efectivamente tengan los incentivos necesarios para actuar de manera más activa. También otro baremo a tener presente es la recuperación del deudor en la medida de lo posible. Mientras estén en mejores condiciones los agentes para actuar dentro del mercado, no será tan importante una legislación en materia concursal.

BIBLIOGRAFÍA

Bastiat, Frédéric. «La Ley». *Obras escogidas,* Unión Editorial, Madrid, 2012.

Hayek, Friedrich von. *Derecho, Legislación y Libertad,* Unión Editorial, Madrid, 2006.

Leoni, Bruno. *La libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

Mises, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de economía,* Unión Editorial, Madrid, 2011.

_____. *Liberalismo (La tradición clásica),* Unión Editorial, Madrid, 2015.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

Rojas, Ricardo M. *Las contradicciones del Derecho Penal*, AD·HOC S.R.L., Buenos Aires, 2000.

_____. *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Unión Editorial Argentina, Buenos Aires, 2018.

Rothbard, Murray. *La gran depresión,* Universidad Editorial, Madrid, 2013.

Smith, Adam. *La teoría de los sentimientos morales,* Alianza Editorial, Madrid, 2011.

Una aproximación a los principios del derecho societario

Mario Bariona Grassi*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-145-153

Resumen: Existen unos enunciados orientadores de conducta del individuo que gozan de generalidad y universalidad y que trascienden la propia norma coercitiva de rango legal; son conocidos como principios generales del derecho. Un estudio más profundizado de cada área del derecho nos permitirá individualizar los principios particularmente aplicables a ella. El derecho societario no escapa a este esquema. Propondremos entonces una primera recopilación de tales principios aplicables al derecho societario, que deberá ampliarse a través de ulteriores entregas.

Palabras clave: Principios, derecho, societario.

An approach to the principles of corporate law

Abstract: *The social behavior of an individual is frequently leaded by several statements invested by generality and universality that transcends the law; those statements are known as the general principles of law. A deeper analysis of every law specialty will lead to determine the applicable principles to such specialty. The law that rules the corporations is not excepted from this scheme. An initial compilation of those principles will be proposed in this study, being assumed that it shall be completed through further analysis.*

Keywords: *Principles, corporations, law.*

---

* Abogado de la Universidad Católica Andres Bello 1.984. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela 1986. Profesor de Derecho Societario y del Derecho de Contratos y Obligaciones Mercantiles en los post grados de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro fundador y Director de la AVA.

Una aproximación a los principios del derecho societario

Mario Bariona Grassi*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-145-153

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1.- ¿Que son los principios generales del derecho? 2.- Funciones de los principios generales del derecho 3.- ¿La enumeración de los principios generales del derecho societario que se hace en el presente trabajo es completa y definitiva o admite la incorporación de ulteriores elementos? 4.- Principios generales del derecho societario que se proponen en el presente trabajo. 4.1.- Es admisible la constitución de sociedades comercio por una sola persona. 4.2.- Las sociedades de comercio deben necesariamente adecuarse a las normas de publicidad registral. 4.3.- En las sociedades de capital, la división entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios es absoluta, salvo contadas excepciones. 4.4.- Las sociedades de comercio deben ser regidas principalmente por la voluntad de los contratantes. 4.5.- Se debe favorecer la celebración de asambleas como expresión máxima de la voluntad social. 4.6.- Las decisiones societarias se rigen por el sistema de mayorías.*** CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Propondremos al lector, en el presente trabajo, un acercamiento a los principios que rigen el derecho societario y su utilidad.

Cuando nos aproximamos al estudio del derecho que rige las sociedades, tenemos una primera manera de hacerlo, que es a través de la interpretación exegética de las normas que rigen la materia en un determinado territorio. Este análisis que parte, repetimos, del análisis de la norma de rango legal, será naturalmente completado a la luz de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, doctrina y derecho comparado.

---

* Abogado de la Universidad Católica Andres Bello 1.984. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela 1986. Profesor de Derecho Societario y del Derecho de Contratos y Obligaciones Mercantiles en los post grados de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro fundador y Director de la AVA.

Ante legislaciones como la venezolana, cuya última reforma en materia de sociedades data de 1955, siendo apenas aportada en esa ocasión la inserción de las normas sobre la "sociedad de responsabilidad limitada" dejando prácticamente incólumes los demás tipos de sociedades mercantiles, el análisis exegético de normas anacrónicas deja profundamente insatisfecho al alumno y al docente, que intuyen que ciertas regulaciones se separan de las necesidades actuales y de las experiencias del derecho comparado.

Así, en vista de lo anterior, avanzamos en este trabajo en la formulación de algunos principios del derecho societario que, a juicio del autor, gozan de la suficiente generalidad en su aplicación como de universalidad, en cuanto al ámbito territorial se refieren.

1. ¿Qué son los principios generales del derecho?

Existen numerosos conceptos acerca de lo que debe entenderse por principios generales del derecho. Hemos extraído las características principales para poder elaborar nuestra propia definición: Son enunciados normativos que recogen la conducta deseable a seguir ante una determinada situación, a pesar de no existir ninguna norma coercitiva aplicable. Cada principio expresa un deber de conducta ideal para los individuos

2. Funciones de los principios generales del derecho

La función creativa establece que antes de legislar y promulgar la norma de rango legal, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

La función interpretativa implica que, al interpretar las normas, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

La función integradora significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

La función informadora de todo el ordenamiento jurídico, llenando los vacíos jurídicos y las lagunas legales.

La función limitativa de las normas y derechos vigentes en el sistema jurídico, que delimita su núcleo esencial o contenido (según se adopte una u otra teoría).

Para el presente trabajo se hará énfasis en la función interpretativa de los principios que es la que permite construir la explicación de una determinada figura del derecho societario, prescindiendo total o parcialmente de la norma jurídica territorialmente aplicable.

3. ¿La enumeración de los principios generales del derecho societario que se hace en el presente trabajo es completa y definitiva o admite la incorporación de ulteriores elementos?

Tal y como el título lo sugiere, se trata tan solo de una aproximación a los más evidentes y resaltantes principios. El objetivo es abrir un debate académico para la construcción, en un segundo momento de una lista lo más cercana a la completitud.

4. Principios generales del derecho societario que se proponen en el presente trabajo

4.1. Es admisible la constitución de sociedades comercio por una sola persona

Dicho principio, aunque hoy en día todavía es debatido, ha encontrado acogida en las más modernas legislaciones societarias.

Por ejemplo, en el articulo 1º de la Ley de Sociedades Anónimas Simplificadas de Colombia[1] (en lo sucesivo Ley SAS) se admite la constitución unipersonal. Igual fenómeno sucede en la ley española sobre sociedades de capital, articulo 12[2].

Esto es una respuesta lógica ante la proliferación de "compañías de favor" en las cuales, es cierto, se cumple con la formalidad que haya dos o más socios que formalmente participan en el contrato societario, pero se obvia, a veces de manera estruendosa, la presencia de la *affectio societatis*, así como una respuesta a las necesidades del comerciante de escindir y proteger su patrimonio personal ante la incertidumbre de su actividad empresarial.

4.2. Las sociedades de comercio deben necesariamente adecuarse a las normas de publicidad registral

Al ser entidades que el derecho otorga personalidad jurídica y por ende autonomía patrimonial, es esencial que exista un organismo confiable, cuya información sea indiscutible que comunique a los interesados las particularidades de cada sociedad.

Tal publicidad se garantiza en Venezuela, a través del Registro Mercantil[3]. En algunos países son las Cámaras de Comercio quienes tienen esta función, con la advertencia de que, a diferencia de Venezuela tales Cámaras de Comercio tienen una

---

1 Ley 1258 de 2008

2 Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio. Ley de Sociedades de Capital.

3 Codigo de Comercio de Venezuela. Artículos 19 y 25.

alta intervención estatal que imparte la suficiente seguridad jurídica del tercero que se aproxima a una sociedad.

Finalmente, algunas legislaciones han instituido -también para las sociedades de capital cerrado- la figura de las superintendencias. Esto es, organismos pertenecientes al poder ejecutivo, con funciones administrativas y, en ocasiones cuasi-jurisdiccionales, que además de ejercer la función de impartir publicidad registral ejercen una férrea supervisión del cumplimiento de las obligaciones societarias, así como de los contables, administradores y comisarios, lo cual redunda en beneficio de la seguridad de los propios accionistas, pero sobre todo de los terceros que se relacionan con la sociedad.

Según la normativa imperante en Italia, con la inscripción en el registro de empresas, la sociedad adquiere personalidad jurídica, y con ella la capacidad de ser titular de cualquier relación jurídico patrimonial[4].

4.3. En las sociedades de capital, la división entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios es absoluta, salvo contadas excepciones

Este principio encuentra aplicación de manera prácticamente uniforme en todas las legislaciones societarias del derecho civil.

Encuentra su explicación en el deseo del comerciante de aislar su patrimonio personal del destino incierto de sus aventuras comerciales. A la vez, es un principio justo y equilibrado frente al tercero que contrata con la sociedad que, a través de la publicidad registral conoce cabalmente el capital social de cada sociedad y, por ende, tiene elementos para decidir cómo y hasta por cuál monto contratar con dicha sociedad.

Las excepciones más comunes a este principio vienen dadas por: a.- La voluntad del propio comerciante: Si en un determinado momento decide constituirse en garante personal de la sociedad, entonces la división radical de la cual hablamos se desdibuja; b.- Normas de orden público: La violación de ciertas normas societarias, de carácter fiscal, laboral, o propias del derecho bancario o de seguros, pueden derrocar la barrera jurídica que se erige entre el patrimonio societario y el patrimonio personal del socio cuando dichas regulaciones establezcan la presunción del abuso de la forma societaria en perjuicio de los terceros ajenos a la relación contractual; c.- En el caso que sea procedente el levantamiento del velo societario. En este último caso, simplemente queremos recordar al lector que solo es procedente cuando se demuestre la voluntad de defraudar a terceros mediante la forma societaria.

---

[4] Di Sabato Franco. Diritto delle Societá. Seconda Edizione. Giuffré Editore. Milano 2005. Pag. 208

4.4. Las sociedades de comercio deben ser regidas principalmente por la voluntad de los contratantes

Cada vez más, las reformas legislativas en materia de sociedades abrazan la autonomía de la voluntad como elemento esencial de las relaciones societarias.

Sostiene el profesor Reyes al referirse a las sociedades anónimas simplificadas que, la mayoría de las normas legales que la rigen cumplen un papel supletorio de la voluntad de las partes. Así, su aplicación solo ocurre en aquellos casos en que los accionistas no hayan empleado recursos adicionales para la negociación detallada de las cláusulas estatutarias o de los acuerdos de sindicación de acciones[5].

Son un factor importante en la materialización de este principio, los acuerdos parasociales o parasocietarios, refiriéndonos por tales a todos aquellos convenios oponibles entre los socios para regular las actividades y desarrollo propios de la sociedad. Son cuerpos regulatorios distintos a los estatutos sociales y no requieren publicidad registral, puesto que son oponibles exclusivamente entre los suscriptores del convenio.

Sin embargo, esta autonomía de la voluntad, común en mayor o menor grado al resto de la contratación privada civil y mercantil, encuentra ciertos e interesantes limites en dos elementos irrefutables: a.- El estado tiene una participación fundamental en la vida de las sociedades por cuanto es el garante natural del cumplimiento de la publicidad registral y de las normas imperativas societarias en protección de los socios y de los terceros; b.- La sociedad está destinada a relacionarse con terceros ajenos a la relación contractual societaria y gran parte de esta relación se basa en normas indisponibles por las partes.

Este principio aún tiene fuertes detractores en el viejo continente. Señala al respecto Giordano: "en materia societaria el ejercicio de la autonomía privada, especialmente en lo que se refiere a estructuras societarias de mayor relevancia económica, ha sido tradicionalmente comprimido y encausado en márgenes muy bien definidos[6]".

4.5. Se debe favorecer la celebración de asambleas como expresión máxima de la voluntad social

Sin irrespetar normas indisponibles, el legislador, el redactor de estatutos y el intérprete, deben favorecer la celebración de asambleas como método natural y necesario de toma de decisiones en las sociedades.

---

[5] Reyes Villamizar, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Legis. Cuarta Edicion. 2018. Pag. 127

[6] Giordano, Domenico. Le Limitazioni all´Autonomia Privata Nelle Societa di Capitali. Dott. A. Giuffré Editore. Milano 2006. Pag 10

Nuestro código de comercio vigente tiene una regulación sorprendentemente completa en esta materia, por cuanto establece, en primer lugar, la obligación de los administradores de convocar asambleas; esta obligación tiene otro aspecto interesante que la convierte en facultad, y bajo la figura de las asambleas extraordinarias pueden convocarse cuantas asambleas como sea considerado necesario por los administradores. En segundo lugar, la obligación de convocarlas cuando así sea requerido por los socios de la compañía por correspondencia escrita a los administradores. A falta de convocatoria por parte de los administradores cuando sean exhortados por los socios, se colige que existe entonces la posibilidad para los solicitantes de acudir al Juez de Comercio para que supla la inactividad de los administradores o, alternativamente, podrán optar también por denunciar la omisión (y cualquier otra conducta grave de los administradores) a los comisarios quienes podrán, una vez constatadas las condiciones establecidas en el código de comercio, ser quienes convoquen la asamblea.

4.6. Las decisiones societarias se rigen por el sistema de mayorías

Con pequeñas variaciones sobre el modo de determinar las mayorías, este principio permite, de manera segura y priva de sorpresas, conocer la voluntad de las asambleas de accionistas como cuerpo colegiado.

Cuando nos referimos a expresión de mayorías, no lo hacemos obviamente refiriéndonos a numero de personas sino a numero de votos que pueden estar presentes en una asamblea.

Otro elemento a tomar en cuenta para el estudio de este principio es la posibilidad de variación en la cantidad de votos que representa cada acción. Como sabemos, nuestro código de comercio faculta para establecer valores diferentes a cada tipo de acción, pero también rangos de votación diferenciados; podrán existir acciones sin derecho a voto como podrán existir acciones con doble voto o con voto limitado para determinadas decisiones societarias[7].

La asamblea es el órgano colegiado que decide según el principio de las mayorías. La voluntad expresada por los socios reunidos en asamblea, que representan determinadas alícuotas del capital social (mayoría del capital), opera como voluntad de la sociedad y vincula a todos los socios, aun ausentes o disidentes, siempre y cuando hayan sido respetadas las normas que regulan el procedimiento de asambleas[8].

---

[7] Por ejemplo, existen acciones que dan mayores dividendos, pero impiden votar al momento de elegir directores.

[8] Campobasso G. F. Diritto Commerciale. Diritto delle Societa. 9a Edizione. UTET Giuridica. Milano 2015. Pg. 307

CONCLUSIONES

Aunque hayamos expuesto posiciones en algunos puntos divergentes, los principios enunciados en el presente trabajo poseen la suficiente generalidad y universalidad como para ser aceptados como tales. El intérprete y el estudiante encontrarán aquí un modesto aporte para la formulación y sistematización de los principios del derecho societario.

BIBLIOGRAFIA

Campobasso G. F. *Diritto Commerciale. Diritto delle Societa*. 9a Edizione. UTET Giuridica. Milano 2015. Pg. 307

Di Sabato Franco. *Diritto delle Societá. Seconda Edizione*. Giuffré Editore. Milano 2005. Pag. 208

Giordano, Domenico. *Le Limitazioni all´Autonomia Privata Nelle Societa di Capitali*. Dott. A. Giuffré Editore. Milano 2006. Pag 10

Reyes Villamizar, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Legis. Cuarta Edicion. 2018. Pag. 127

Apuntes sobre el contrato de maquila

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-155-172

Resumen: La maquila es una actividad en donde un maquilante o productor requiere de un maquilador para que lleve a cabo una parte de su proceso productivo. En Venezuela la maquila es una actividad que no está regulada expresamente por las leyes mercantiles, a diferencia de países como Guatemala, Ecuador y Argentina. El contrato de maquila nace en virtud del principio de la libre autonomía de la voluntad y surge para regular las obligaciones de las partes. El presente trabajo tiene por objeto explicar al contrato de maquila desde sus características y principales obligaciones que asumen los contratantes.

Palabras claves: Contratos mercantiles, contrato de maquila, productor.

Notes about the maquila contract

Abstract: *The maquila is an activity where a maquilante or producer requires a maquiladora to carry out a part of its production process. In Venezuela the maquila is an activity that is not expressly regulated by commercial laws, unlike countries such as Guatemala, Mexico, Ecuador, and Argentina. The maquila contract arises by virtue of the principle of free autonomy of the will and to regulate the obligations of the parties. The purpose of this paper is to explain the maquila contract from its characteristics and main obligations assumed by the contracting parties.*

Keywords: *Commercial contracts, maquila contract, producer.*

---

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

Apuntes sobre el contrato de maquila

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-155-172

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. Definición de maquila. 2. Las partes en el contrato de maquila. 3. Principales obligaciones de las partes. 4. Objeto del contrato de maquila. 5. Características del contrato de maquila.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los comerciantes en la búsqueda constante de ser cada vez más eficientes van creando nuevas formas de colaboración empresarial. Tal es el caso de industrias que para rebajar al máximo los costos de producción han optado por trasladar algunas actividades productivas que usualmente ejecutaban desde países industrializados y que requieren de mucha mano de obra, a países periféricos, que se caracterizan por tener bajos salarios.

A su vez, dichos países periféricos han encontrado una oportunidad para atraer inversiones y generar empleos, por lo que usualmente, ofrecen condiciones especiales, tales como: incentivos en impuestos y agilidad en procesos aduanales.

La actividad antes descrita es conocida como maquila internacional. Sin embargo, también se utiliza el término para hacer referencia a una situación similar, pero sin que medie una empresa extranjera, es un caso menos común, denominado como maquila nacional, en el que un empresario local prefiere contratar a un tercero nacional, para que, por razones distintas, tales como: logísticas, económicas o estratégicas, se encargue de una parte de su proceso productivo[1].

---

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

[1] La maquila no se puede confundir con otras figuras como el co-packing o contract manufacturing, que si bien tienen caracteres comunes, estos últimos implican un nivel de conocimiento, tecnificación, y asunción de riesgos distinto al que presenta la maquila, como también distinta es la motivación que impulsa al productor a contratar a un co-packer.

La maquila ha sido regulada mediante leyes especiales en países como Guatemala, México, Ecuador y Argentina[2], en donde se trata de una actividad con un peso importante para sus economías. En Venezuela la maquila no se encuentra regulada expresamente, si bien jurídicamente puede ser considerada un tipo evolucionado del contrato de obra, su especificidad termina siendo normada por las partes mediante el principio de la libre autonomía de la voluntad.

La industria de la maquila tiene sus detractores, hay quienes la califican como una forma de esclavitud moderna[3], ya que se han conocido casos de maquiladores que violan los derechos laborales de sus trabajadores, contratan mano de obra infantil, no garantizan un espacio seguro para el trabajo, pagan menos del salario mínimo, entre otras situaciones inaceptables.

Si bien históricamente en Venezuela la maquila no ha tenido la misma relevancia que en otros países de la región, se trata de una actividad que no es ajena a los empresarios venezolanos. El presente trabajo pretende explicar al contrato de maquila desde una perspectiva mercantil, resaltando que algunos temas en el ámbito fiscal y laboral deben ser objeto de estudio por separado. Así mismo, se propondrán medidas para evitar que ocurran violaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores de la maquila.

1. Definición de maquila

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, el término maquila proviene del árabe hispano *makíla,* y este del árabe clásico *makilah,* y tiene dos significados: porción de grano, harina o aceite que corresponde al molinero por la molienda, y, trabajo de manufactura textil parcial realizado por encargo de una empresa[4].

Se trata de una de las palabras más antiguas del castellano, existen registros de su uso desde el año 1.020[5]. La primera de sus acepciones tiene su origen cuando parte de España estaba ocupada por árabes, y se utilizaba para hacer referencia a la porción de harina que le tocaba al molinero por moler el trigo de los campesinos, de allí las palabras: “maquilar”, entendida como medir y cobrar la maquila, “maquilero”, como el molino donde cobran maquila, y “maquilón” para señalar al hombre que cobra la maquila[6].

---

2 Ley 25.113, Sancionada: Junio 23 de 1999 y Promulgada: Julio 8 de 1999.

3 Diario La Juventud. La esclavitud moderna. Uruguay, 2001. Acceso el 7 de abril de 2021. http://www6.rel-uita.org/old/maquilas/esclavitud.htm

4 Diccionario de la Real Academia Española. Acceso el 7 de abril de 2021. https://dle.rae.es/maquila

5 La Página del Idioma Español. Acceso el 7 de abril de 2021. https://www.elcastellano.org/palabra/maquila

6 Diccionario Etimológico Castellano En Línea. Acceso el 7 de abril de 2021. http://etimologias.dechile.net/?maquila

La segunda acepción la define como el trabajo de manufactura parcial realizado por encargo de una empresa. Se trata del producto de la evolución de las relaciones comerciales mundiales, y su uso se masificó en América a partir de los años 50 cuando empresas de Estados Unidos abrieron fábricas textiles en la frontera con México debido a que allí la mano de obra era más barata. Igual que los maquileros, que muelen trigo ajeno, estas fábricas no tienen materias primas, pero proporcionan máquinas y labor. Así fue como en Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y México, la palabra "maquila" fue empleada, para referirse a esta industria y la palabra "maquiladora", para referirse a la fábrica de este tipo[7].

Es precisamente la segunda acepción de la palabra maquila la que será objeto de análisis en el presente trabajo. La maquila tiene sentido cuando por la naturaleza del bien[8] es posible su manufactura en partes y mediante la participación de diferentes empresas, es decir, se trata de una actividad que solo será posible cuando el proceso productivo se puede segregar en fases que serán ejecutadas en momentos, lugares y por personas distintas, hasta llegar a ser un producto final. Por ejemplo, en ocasiones, la fabricación de prendas de vestir se ejecuta por etapas, en fábricas ubicadas en distintos países, así, en un país se cortan las piezas, en otro se confeccionan, en otro se colocan botones, adornos, y la etiqueta.

La Organización Internacional del Trabajo ha definido a la maquila como: *"Sistema de producción bajo la forma de subcontratación internacional, que permite a una empresa domiciliada en el exterior instalarse en un país o subcontratar empresas nacionales con el fin de realizar procesos industriales que transformen insumos y materia prima importada o generen servicios en forma total o parcial sobre bienes tangibles o intangibles, y cuyos productos finales estén destinados a la exportación"*[9].

La maquila actualmente es utilizada en múltiples sectores, tales como: confección, accesorios y máquinas eléctricas y electrónicas, muebles, automotriz, químicos, alimentos, medicinas, juguetes, calzado, cuero, vinos, entre otros.

Vale la pena destacar que, si bien el uso de una maquila suele responder a criterios económicos, también es utilizada de manera estratégica para, por ejemplo, llegar más rápido a un mercado determinado, para corregir un defecto de fábrica, etc. En todo caso, la actividad será regulada por las partes mediante un contrato de maquila.

---

7 Diccionario Etimológico Castellano…

8 A los efectos del presente trabajo se utilizarán los términos bien, producto y mercancía para hacer referencia indistintamente a un bien o un servicio.

9 Organización Internacional del Trabajo. Acceso el 7 de abril de 2021. www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/papers/1998/maquila/

2. Las partes en el contrato de maquila

En el contrato de maquila participan dos partes:

i. el maquilante o productor: es quien contrata al maquilador para que ejecute una fase del proceso productivo de un producto o servicio, y le suministra la materia prima necesaria para la ejecución de la labor encomendada.

En leyes especiales como la de Argentina que está enfocada en el sector maquilero agroindustrial, al maquilante o productor se le conoce como productor primario o agropecuario, entendido como el sujeto que obtiene, con sus labores, de la naturaleza y a través del ciclo biológico, recursos vivos, animales y vegetales para la alimentación o para su transformación por las industrias usuarias[10].

ii. el maquilador, procesador o industrial, es el sujeto que emplea su capacidad instalada para, con la materia prima que recibe del maquilante o productor, elaborar, transformar o reparar, un producto tangible o la prestación de servicios intangibles, a favor del maquilante o productor a cambio de una contraprestación.

Usualmente, la maquila se ejecuta desde zonas francas o zonas procesadoras de exportación, espacios autorizados por la legislación local para llevar a cabo la actividad y para obtener los beneficios fiscales correspondientes.

En países como Ecuador[11], Guatemala[12] y Paraguay[13] se exige que el maquilador cuente con una calificación y registro como empresa maquiladora para que pueda disfrutar de ciertos beneficios fiscales para poder autorizar el ingreso temporal al país de materia prima, equipos, accesorios, herramientas, maquinarias, entre otros, para su exportación posterior. Vale la pena aclarar que dichas legislaciones están enfocadas en la maquila de tipo internacional.

De tal manera que en el contrato de maquila se contará con dos partes, que son comerciantes independientes que los unirá una relación de carácter mercantil, caracterizada por ser de colaboración empresarial, en donde ambos se beneficiarán mutuamente del negocio jurídico.

---

[10] Edmundo Catalano, Brunella María, Carlos García, Lucero Luis. *Lecciones de Derecho Agrario y de los Recursos Naturales*. (Zavalía Editor, Buenos Aires. 1998). p. 8

[11] Ley de régimen de maquila y contratación laboral a tiempo parcial. Ley 90 Registro Oficial Suplemento 493 de 03/08/1990. Ultima modificación: 12/09/2014.

[12] Decreto Número 29-89.

[13] En el Paraguay el Régimen de Maquila fue creado por la Ley Nº 1064 del año 1997 "De la Industria Maquiladora de Exportación" y está reglamentado por el Decreto - Ley Nº 9585 del año 2000, cuyo principal objetivo es el de promover el establecimiento y regular las operaciones de las empresas maquiladoras en el Paraguay.

En el caso de una maquila internacional el rasgo característico será que las partes ejecutan sus obligaciones desde países distintos, mientras que en la maquila local ambos están localizados en la misma jurisdicción.

3. Principales obligaciones de las partes

Si bien en Venezuela se trata de un contrato de colaboración empresarial, innominado y con tipicidad social debido a su reiterado uso en el comercio actual, en donde la voluntad de las partes es constitutiva y reguladora de los efectos jurídicos de la relación contractual, a continuación, se enumerarán las principales obligaciones que usualmente asumen los contratantes, y que caracterizan al contrato de maquila.

3.1. Obligaciones del maquilante o productor:

i. Proveer los productos que serán maquilados en condiciones adecuadas para su industrialización de acuerdo a la naturaleza del producto. El maquilante debe proveer la mercancía que será objeto de la maquila, garantizando una entrega puntual, y satisfactoria. El cumplimiento del término acordado para ejecutar esta obligación por parte del maquilante es fundamental, ya que en la práctica los maquiladores suelen tener un calendario comprometido con otros clientes. No ocurre una transferencia de la propiedad de las mercancías a favor del maquilador. En las maquilas internacionales los productos son importados temporalmente, y una vez maquilados, son exportados.

ii. Suministrar las indicaciones necesarias para que el maquilador pueda ejecutar la tarea encomendada, tales como: proporcionar los manuales, formatos, formas, planos, diseños, recetas, condiciones de procesamiento, rendimiento de la materia prima, etc. El maquilador ejecutará una parte del proceso productivo del maquilante, así que requerirá de instrucciones claras y precisas. En algunos casos implica una transferencia de tecnología del maquilante al maquilador, lo cual, para el caso de las maquilas internacionales, constituye una ventaja para el país del maquilador.

iii. Proveer al maquilador la materia prima necesaria para la ejecución del objeto del contrato. Si bien es perfectamente válido que las partes acuerden lo contrario, no es usual que el maquilador asuma la obligación de procura de la materia prima. La propiedad de la materia prima suministrada por el maquilante no se transfiere al maquilador, y su uso debe estar especificado en el contrato de maquila.

iv. Facilitar los implementos, maquinarias, utensilios, requeridos para la ejecución del contrato. Por ejemplo, en la industria textil es usual que el maquilante de en

comodato determinados equipos para que el maquilador pueda ejecutar la obra encomendada, como máquinas de coser, bordadoras, etc.

v. Pagar el precio de la maquila. El maquilante deberá pagar al maquilador la contraprestación pactada por las labores encomendadas y ejecutadas. En legislaciones como la de Argentina (Ley 25.113) el pago por la maquila no responde a la clásica idea de pago del precio por la transformación sino a la distribución del bien obtenido en la proporción que se acordare como si fuere una sociedad, criterio que no es el tradicional, pero responde a los modernos criterio de colaboración empresarial[14].

vi. Respetar la exclusividad en caso de haber sido pactada.

vii. Mantener la confidencialidad sobre los términos y condiciones del contrato, en caso de haberlo pactado expresamente.

3.2. Obligaciones del maquilador:

i. Maquilar las mercancías del maquilante en cantidad, calidad y tiempo, siguiendo sus instrucciones y requerimientos.

ii. Ejecutar el proceso industrial o de servicio requerido por medio de su mano de obra directa y empleando su capacidad instalada.

iii. Abstenerse de disponer de la materia prima para fines distintos. Deberá utilizar la materia prima recibida del maquilante únicamente para el objeto contratado, manteniéndolo informado sobre los sobrantes, faltantes y las mermas.

iv. Utilizar las maquinarias y utensilios del maquilante únicamente para las actividades autorizadas por este, manteniéndolo informado respecto a daños, desperfectos y cualquier hecho relacionado con su correcto funcionamiento, cumpliendo con los mantenimientos preventivos y correctivos bajo los términos acordados en el contrato.

v. Respetar la exclusividad en caso de haber sido pactada.

vi. Mantener la confidencialidad sobre los términos y condiciones del contrato, en caso de haberlo pactado expresamente.

---

[14] Pascual Alferillo. *El contrato de maquila en España y Argentina*. Revista General del Derecho en España. Academia Nacional de Derecho y CS de Córdoba p. 17

vii. No adjudicarse derechos de propiedad intelectual. En el contrato de maquila no ocurre una cesión de derechos de propiedad intelectual, y el maquilador no aporta ninguna innovación al proceso, simplemente cumple con las instrucciones del maquilante.

viii. Contar con una organización empresarial apta. Es fundamental que el maquilador cuente con la mano de obra necesaria para ejecutar apropiadamente el contrato.

ix. Cumplir con la legislación laboral vigente y respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

x. Permitir auditorias razonables. Es usual que el maquilante desee realizar auditorias al proceso y a los inventarios de materia prima y de mercancía por maquilar como maquilada, por lo que el maquilador deberá aceptarla. Es posible que las partes pacten días y horas específicas para realizar las auditorias, así como un protocolo de avisos previos con la finalidad de no afectar las actividades habituales del maquilador.

xi. No subcontratar ni ceder el contrato a terceros. Se trata de una mala práctica que tienen algunas maquiladoras con el objeto de desconocer los derechos laborales de sus trabajadores, por lo cual, se recomienda al maquilante no permitir este tipo de conductas.

xii. Contratar una fianza laboral. En la práctica se suele exigir al maquilador la contratación de una fianza laboral con la finalidad de garantizar el pago a sus trabajadores de las obligaciones derivadas de la aplicación de la legislación laboral vigente.

4. Objeto del contrato de maquila

Siendo la actividad de maquila el supuesto de hecho que se pretende regular mediante el contrato de maquila resulta necesario delimitar el objeto de la siguiente manera:

4.1. Actividad requerida

La maquila implica la realización de una fase de un proceso productivo o de servicio del maquilante, entre las cuales resaltan: elaboración, ensamblaje, etiquetaje, transformación o reparación. Independientemente de la actividad que se realizará en la maquila, el punto común es que se trata de trabajos que requieren de mano de obra.

Por ejemplo, en la industria textil es frecuente que la maquila se encargue del ensamblaje de cortes de telas, o de la colocación de elementos como cierres, botones,

adornos, etc. En la industria de los alimentos la maquila es utilizada para empaquetar productos elaborados a granel, etiquetar, incluir premios, embalar para presentaciones especiales, etc.

La reparación también es una actividad bastante común, la maquila se encarga de corregir defectos de fábrica. Por ejemplo, cuando la mercancía tiene un error en la etiqueta que implica un incumplimiento a las leyes del lugar en donde se pretende comercializar, el maquilante prefiere contratar a un maquilador para que coloque una nueva etiqueta en el producto, antes de correr el riesgo de que la mercancía sea decomisada, y/o sea multado por el incumplimiento.

4.2. Proceso industrial o de servicio

El objeto de la maquila en la mayor parte de las veces trata de la ejecución de un proceso meramente industrial, pero también es posible que el objeto de la maquila sea un servicio, en todo caso, se caracteriza por la necesidad de contar con la mano de obra del maquilador para ejecutarlo.

4.3. Tipo de mercancía objeto de la maquila

Dependiendo del tipo de mercancía que se pretende maquilar es posible que se requiera la intervención del Estado, como ocurre por ejemplo en Argentina con la maquila vínica, cuya Ley 18.600 establece que los gobiernos provinciales deberán fijar anualmente el precio máximo que deberá abonar el viñatero al elaborar por litro de vino en concepto de elaboración, conservación y depósito[15]. Así mismo, surge la intervención del Estado Argentino a través del Instituto Nacional de Vitivinicultura en la determinación y control del proceso de vinificación de las uvas[16].

4.4. Cuando la mercancía proviene del extranjero

En el caso de maquilas internacionales la mercancía proviene de un país distinto al lugar en donde será maquilado, es importada temporalmente solo por el tiempo que tarde la ejecución de la maquila. Una vez maquilada la mercancía se procede con su inmediata exportación. Algunos países ofrecen condiciones fiscales y aduanales especiales como incentivos para atraer la inversión extranjera y generar empleos directos e indirectos.

---

15 Pacual Alferillo. *El contrato de maquila en la actualidad del siglo XXI.* Foro de Córdoba. Publicación de doctrina y jurisprudencia. Año XX. Noviembre. 2010. Nro. 143. P. 15.

16 Ley 14.878. Boletín Oficial 25/11/1959 y Decreto 2284/91.

5. Características del contrato de maquila

El contrato de maquila procura regular una relación jurídica peculiar, específica y de común uso en el mercado. A los fines de profundizar con su estudio, a continuación, se enumeran sus principales características:

5.1. Es un contrato con tipicidad social

El contrato de maquila no se encuentra expresamente regulado en Venezuela. Si bien se podría decir que se trata de un tipo contractual incluido en el género de contrato de obra, ya que el maquilador se obliga a ejecutar una obra determinada a favor del maquilante, y con la materia prima suministrada por este, pareciera que el contrato de obra resulta insuficiente para dar adecuada solución a los posibles problemas que se podrían presentar en la ejecución del contrato de maquila.

El dinamismo de la actividad comercial ha generado la aparición y proliferación de relaciones contractuales no previstas por los textos legales, por lo tanto, los clásicos contratos típicos resultan insuficientes para dar adecuada solución a estos nuevos tipos contractuales[17]. El contrato de maquila es una versión evolucionada del contrato de obra, adaptado para regular una relación jurídica peculiar.

Definitivamente, son infinitas las formas en que se pueden presentar los contratos atípicos, la doctrina se ha encargado de recoger estas dentro de categorías, siendo la más práctica aquella que divide a la tipicidad en legal y social, siendo la primera aquella que existe cada vez que un acto de carácter general y abstracto incorpora dentro de la regulación positiva una estructura contractual determinada; y la segunda, por el contrario, acontece cuando contratos sin regulación legal se usan frecuentemente en el tráfico negocial, confiriéndoles una estructura constante y un nombre específico[18].

La tipicidad social del contrato de maquila en Venezuela tiene su sustento en el artículo 9 del Código de Comercio, el cual es del tenor siguiente: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio"[19]. El autor Roberto Goldschmidt señala que "el Código se refiere en el artículo 9 a las costumbres normativas o legislativas"[20], las cuales "no

---

[17] Juan M. Farina. *Contratos Comerciales Modernos.* 2° Edición. (Editorial Astria. Buenos Aires. 1993): 289.

[18] Marcela Tranchini, *Contratos típicos y atípicos. Parte General.* (Editorial Depalma. 1990): 144.

[19] Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

[20] Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil.* (Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas. 2002): 72.

pueden derogar una ley, ni siquiera una ley dispositiva, ya que solamente suplen el silencio de la ley"[21].

De tal manera que, debido a la práctica reiterada en el comercio del contrato de maquila, por el mismo no contrariar a la ley, por regular una situación mercantil determinada, y por suplir la falta de regulación expresa de la ley, es posible afirmar que la utilización del contrato de maquila en Venezuela se ha convertido en una costumbre mercantil normativa.

5.2. Se trata de una relación mercantil

Se trata de una relación contractual de índole mercantil en donde dos comerciantes acuerdan ejecutar actos de comercio, por lo que no se justifica pretender calificarlo de relación laboral. En el contrato de maquila las partes son dos empresas independientes, en donde no existe entre ellos una relación patrono-trabajador, ni tampoco se pretende dar nacimiento a una relación laboral encubierta.

El maquilante no tiene inherencia en las labores de los trabajadores del maquilador, tampoco existe una subordinación entre el maquilante y estos, por lo que el maquilante no es responsable de las obligaciones laborales que son inherentes a la relación patrono-trabajador, que en ese caso sería maquilador-trabajadores.

Debido a las características propias de la maquila, el maquilador ejecuta la maquila con su mano de obra directa, con quienes tiene una relación laboral vigente y válida. El maquilador podrá tener tantos clientes como desee (salvo si se pacta exclusividad), pero en todo momento, será el único patrono de sus trabajadores. Al analizar debidamente la realidad de la prestación del contrato de maquila celebrada de buena fe, resulta evidente que no existe una relación laboral encubierta, por lo cual, no se configura un fraude a la ley.

El contrato de maquila no es una especie de antifaz que procura dar una apariencia ficticia de una relación mercantil para esconder una relación laboral, razón por la cual no se puede etiquetar *a priori* al contrato de maquila de ser un instrumento para violar la ley laboral. En todo caso, ante quienes pretendan utilizar a este tipo contractual para incumplir con la ley laboral, la realidad será revelada gracias al principio del derecho del trabajo denominado primacía de la realidad sobre los hechos.

---

[21] Roberto Goldschmidt: Curso de Derecho Mercantil… 73.

5.3. Es un contrato principal, bilateral, oneroso y consensual

El contrato de maquila es un contrato principal ya que no supone una obligación preexistente, puede existir por sí mismo. La bilateralidad se presenta en el contrato de maquila debido a que las obligaciones de las partes se encuentran interdependientes entre sí, presentándose cada parte como deudor y acreedor al mismo tiempo. Mientras el maquilante tiene la obligación de entregar la mercancía que será maquilada, el maquilador se compromete a maquilarla, y el maquilante a su vez, a pagar un precio por la maquila.

El contrato de maquila es un contrato oneroso ya que se generan ventajas para ambas partes, mientras el maquilante logra rebajar al máximo los costos de producción al trasladar al maquilador algunas de sus actividades productivas que requieren de mucha mano de obra, el maquilador recibe una contraprestación por la actividad realizada.

Se trata de un contrato consensual toda vez que se perfecciona con el libre consentimiento de las partes, no se requiere de formalidades especiales.

5.4. Es un contrato intuito personae

El contrato de maquila es un contrato *intuito personae* toda vez que se celebra atendiendo a las condiciones particulares de los contratantes. Mientras al maquilante le interesa contratar con un maquilador experimentado, responsable, con una mano de obra calificada, al maquilador le importa contratar con un maquilante que cumpla con sus obligaciones, tenga buena reputación, y por ende, sea buen pagador.

5.5. Existencia de dos empresas u organizaciones independientes

Debe tratarse de dos empresas distintas e independientes entre sí para que se trate de un contrato de maquila. Son comerciantes que procuran objetivos distintos, que tienen objetos sociales absolutamente diferentes, y que justamente por esas diferencias es que deciden celebrar el contrato de maquila.

No tiene sentido que una empresa se maquile sus propios productos, ya que se trataría de la ejecución de una fase de su propio proceso productivo con sus medios y recursos.

Por otro lado, tampoco las partes pretenden dar nacimiento a una nueva sociedad. Se trata de dos unidades económicas independientes que celebran un contrato mercantil para la ejecución de una obra en específico.

5.6. Ambas partes asumen riesgos

Como toda relación comercial las partes asumen los riesgos inherentes a su negocio. Cada uno conoce las obligaciones que estarían asumiendo con la celebración del contrato y sabe si está en las condiciones de cumplirlas. Dependiendo del volumen de maquila contratada, es usual que el maquilante le exija al maquilador algunas garantías, por ejemplo: seguros contra incendios, fianza laboral y de fiel cumplimiento.

5.7. Es de colaboración empresarial

El contrato de maquila es una figura que posibilita la colaboración empresarial y resulta beneficioso para ambas partes. Mientras el maquilante procura agregarle un valor a su mercancía por medio de la maquila para venderla posteriormente y obtener una mejor ganancia, el maquilador busca una contraprestación por ejecutar la maquila.

5.8. La maquila atrae inversión extranjera y es generadora de empleo

La maquila es una fuente para atraer inversión extranjera y generar empleos, así ha quedado demostrado en países como México y Guatemala. Pero para que ocurra debe venir acompañado de políticas públicas como: procedimientos y tasas aduanales preferenciales para las importaciones temporales de las mercancías que serán objeto de maquila, exenciones tributarias, entre otros beneficios fiscales22, tema que escapa del objeto del presente artículo, pero que se recomienda profundizar por separado.

Lamentablemente en países como Guatemala y El Salvador se han registrado casos de prácticas violatorias por parte de las maquiladoras a los derechos laborales de sus trabajadores, mayoritariamente mujeres, tales como: se les obliga a trabajar

---

[22] Por ejemplo, en Paraguay la Ley Nº 1064 del año 1997 "De la Industria Maquiladora de Exportación" y el Decreto - Ley Nº 9585 del año 2000, establecen que los siguientes beneficios: el contrato de maquila y las actividades realizadas en ejecución del mismo se encuentran gravados por un tributo único del 1% sobre el valor agregado en territorio nacional; las empresas maquiladoras están exentas del pago del Impuesto al Valor Agregado sobre la exportación de productos o bienes, pueden recuperar el IVA correspondiente a las compras de bienes y servicios en forma de Créditos Fiscales; el régimen de maquila permite a las empresas importar materias primas, maquinarias y los insumos necesarios por medio de un sistema de admisión temporaria en el cual los aranceles e impuestos de importación quedan suspendidos; las empresas maquiladoras están exentas del pago de cualquier tasa o tributo sobre las remesas de dividendos al exterior; así mismo, cuentan con otras exenciones fiscales como: Tasas por Servicio de Valoración Aduanera, Aranceles Consulares, Tasas Portuarias (50%) y Aeroportuarias, Impuestos, tasas y contribuciones que graven las garantías, entre otros.
En Guatemala la Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila, creada con el Decreto Número 29-89, reformado mediante el Decreto Número 38-04 con vigencia a partir del 6 de enero del 2005, el cual tiene por objeto regular la actividad exportadora y de maquila de las empresas dentro del marco de los Regímenes de Perfeccionamiento Activo o de Exportación de Componente Agregado Nacional Total, los cuales consisten, el primero en un régimen aduanero que permite introducir en el territorio aduanero nacional, mercancías de cualquier país para someterlas a operaciones de perfeccionamiento y destinarlas a la exportación en forma de productos terminados, sin que queden sujetos a los derechos arancelarios e impuestos de importación, el segundo es un régimen orientado a la producción o ensamble de mercancías destinadas a la exportación utilizando en su totalidad insumos y materias primas nacionales y/o nacionalizadas.

horas extras que luego no se pagan, se restringe la salida del centro de trabajo hasta no terminar la producción, pago inferior al salario mínimo legal, y violación de otros derechos laborales fundamentales. Así mismo, ha habido casos de: incumplimiento de las condiciones de higiene y salubridad del lugar de trabajo, contratación de mano de obra infantil, acoso y hostigamiento sexual, entre otros.

Tales desviaciones deben reprocharse por completo, por lo que se recomienda al maquilante realizar un Due Diligence al maquilador, para que previa a su contratación se pueda verificar que estas prácticas no forman parte de su actividad rutinaria. Así mismo, es recomendable incluir en el contrato de maquila la siguiente lista de conductas obligatorias que el maquilador deberá mantener durante la vigencia del contrato:

i. Cumplir con las leyes y reglamentos aplicables en los países en los que lleve a cabo sus operaciones de una manera responsable, con integridad, honestidad y transparencia.

ii. Competir de una manera justa, evitando los sobornos o conceder cualquier cosa de valor que pudiera garantizar una ventaja impropia.

iii. Respetar los derechos humanos y proveer un ambiente laboral libre de acoso, abuso físico o cualquier otra forma de abuso para sus empleados y trabajadores.

iv. Impulsar una fuerza laboral diversa e incluyente, así como proveer un lugar de trabajo libre de cualquier tipo de discriminación.

v. Cumplir con la legislación y reglamentos aplicables para la fijación de salarios y horarios de trabajo, incluyendo aquellas aplicables a salarios mínimos y horas extras.

vi. Reconocer la libertad y el derecho de los empleados de renunciar al empleo cuando se haya dado aviso con tiempo razonable. Nunca utilizar la fuerza u obligar a un empleado a realizar alguna labor.

vii. Asegurar que no se utilice bajo ninguna circunstancia, mano de obra infantil en el desarrollo de sus operaciones o negocios.

viii. Reconocer el derecho y la libertad de asociación de los empleados.

ix. Proveer un lugar de trabajo que cumpla con las condiciones de seguridad e higiene.

x. Llevar a cabo las operaciones o desarrollo del negocio con el debido cuidado del medio ambiente, cumpliendo con la legislación aplicable al respecto.

xi. Desarrollar servicios que cumplan con las normas y estándares de calidad y seguridad.

Resulta necesario incluir cláusulas penales en caso de que el maquilador incumpla con las obligaciones anteriormente mencionadas.

Por otro lado, es una práctica común que el maquilante cuente con un Código de Conducta en donde reproche este tipo de violaciones a derechos fundamentales y se comprometa a contratar solo con empresas social y laboralmente responsables.

5.9. En algunas jurisdicciones se exige el registro del contrato

En Argentina la Ley 25.113 establece que los contratos de maquila agroindustriales deben inscribirse a solicitud de parte en los registros públicos que se crearen en las jurisdicciones de cada provincia. Dicho registro encuentra su justificación en la exención tributaria regulada en dicha Ley.

Autores como Pascual Alferillo[23], consideran que el registro de este tipo de contratos tiene como finalidad que el Estado pueda llevar la estadística de la actividad maquiladora en el país. No obstante, el referido autor considera que resulta innecesario cuando la Ley exige la inscripción del contrato maquilero para la procedencia de la acción de restitución de bienes de terceros, toda vez que la norma estaría impidiendo el libre ejercicio de las facultades emergentes del derecho real de dominio.

CONCLUSIONES

1. El término maquila es utilizado para hacer referencia a la actividad mediante la cual una parte llamada productor o maquilante contrata a otra llamada maquilador, para que realice una parte de su proceso productivo.
2. La maquila internacional es aquella en donde maquilante y maquilador ejecutan sus obligaciones desde países distintos, mientras que la maquila nacional es aquella en donde las partes se encuentran en una misma jurisdicción.
3. En países como Guatemala, México, Ecuador y Argentina, la maquila es una actividad con un peso importante para sus economías, y está regulada de manera expresa. En Venezuela la maquila no se encuentra regulada.
4. El maquilante o productor se obliga a: proveer los productos que serán maquilados, suministrar las indicaciones necesarias para que el maquilador pueda ejecutar la tarea encomendada, proveer al maquilador la materia prima necesaria para la ejecución del objeto del contrato, facilitar los implementos,

[23] Pascual Alferillo. *El contrato de maquila en España y Argentina*… p. 27.

maquinarias, utensilios, requeridos para la ejecución del contrato, pagar el precio de la maquila, respetar la exclusividad en caso de haber sido pactada, y mantener la confidencialidad.

5. El maquilador asume las siguientes obligaciones: maquilar las mercancías del maquilante o productor, ejecutar el proceso industrial o de servicio requerido, por medio de su mano de obra directa y empleando su capacidad instalada, abstenerse de disponer de la materia prima para fines distintos, utilizar las maquinarias y utensilios del maquilante únicamente para las actividades autorizadas, respetar la exclusividad en caso de haber sido pactada, mantener la confidencialidad, no adjudicarse derechos de propiedad intelectual, contar con una organización empresarial apta, permitir auditorias razonables, contratar una fianza laboral.
6. El contrato de maquila cuenta con tipicidad social, regula una relación mercantil, es un contrato principal, bilateral, oneroso, consensual, *intuito personae* y es de colaboración empresarial.
7. La maquila atrae inversión extranjera y es generadora de empleos.
8. Es recomendable que: (i) el maquilante investigue al maquilador mediante la realización de un *Due Diligence* con el objetivo de garantizar que se trate de un comerciante social y laboralmente responsables, (ii) se incluyan importantes penalidades en el contrato de maquila a incumplimientos por parte del maquilador a sus obligaciones laborales y aquellas relacionadas al respeto de derechos fundamentales de sus trabajadores, y (iii) que el maquilante cuente con un Código de Conducta en donde rechace violaciones a derechos humanos fundamentales.
9. Se recomienda regular al contrato de maquila en una futura reforma del Código de Comercio venezolano.

BIBLIOGRAFÍA

Alferillo, Pascual. *El contrato de maquila en España y Argentina*. Revista General del Derecho en España. Academia Nacional de Derecho y CS de Córdoba.

Alferillo, Pacual. *El contrato de maquila en la actualidad del siglo XXI.* Foro de Córdoba. Publicación de doctrina y jurisprudencia. Año XX. Noviembre. 2010. Nro. 143.

Catalano, Edmundo. Brunella, María. García, Carlos. Lucero, Luis. *Lecciones de Derecho Agrario y de los Recursos Naturales.* Zavalía Editor, Buenos Aires. 1998.

Diario La Juventud. La esclavitud moderna. Uruguay, 2001. Acceso el 7 de abril de 2021. http://www6.rel-uita.org/old/maquilas/esclavitud.htm

Diccionario de la Real Academia Española. Acceso el 7 de abril de 2021. https://dle.rae.es/maquila

Diccionario Etimológico Castellano En Línea. Acceso el 7 de abril de 2021. http://etimologias.dechile.net/?maquila

Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos.* 2° Edición. Buenos Aires. Editorial Astria. 1993.

Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil.* Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas. 2002.

La Página del Idioma Español. Acceso el 7 de abril de 2021. https://www.elcastellano.org/palabra/maquila

Organización Internacional del Trabajo. Acceso el 7 de abril de 2021. www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/papers/1998/maquila/

Tranchini, Marcela. *Contratos típicos y atípicos.* Parte General. Editorial Depalma. 1990.

Legislación

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

Decreto - Ley Nº 9585 del año 2000. Paraguay.

Ley de régimen de maquila y contratación laboral a tiempo parcial. Ley 90 Registro Oficial Suplemento 493 de 03/08/1990. Ultima modificación: 12/09/2014. Ecuador

Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila. Decreto Número 29-89. Guatemala.

Ley Nº 1064 del año 1997 “De la Industria Maquiladora de Exportación”. Paraguay.

Ley 14.878. Boletín Oficial 25/11/1959 y Decreto 2284/91. Argentina.

Ley de Propiedad Industrial 1955: Denominación, distintividad sobrevenida y signos distintivos no-tradicionales

Leonel Salazar Reyes-Zumeta*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-173-199

Resumen: Han transcurrido 65 años de la sanción y promulgación de la primera y única Ley de Propiedad Industrial que Venezuela ha tenido desde mediados del siglo XX y una veintena de años del presente siglo XXI. El presente estudio pretende brindar una precisión histórica sobre su denominación y un análisis normativo de algunas de sus instituciones, a saber: a) dilucidar su correcta denominación, debido al uso constante y reiterativo de nombrarla alternativamente Ley de Propiedad Industrial de 1955 o Ley de Propiedad Industrial de 1956, b) la protección de la distintividad sobrevenida y c) la tutela de los signos distintivos no tradicionales.

Palabras claves: Venezuela, ley de propiedad industrial 1955, distintividad sobrevenida, signos distintivos no tradicionales.

Industrial Property Law 1955: Denomination, secondary meaning and non-traditional distinctive signs.

Abstract: *65 years have passed since the sanction and enactment of the first and only Industrial Property Law that Venezuela has had since the mid-20th century and more than twenty years of the present 21st century. This study aims to provide a historical precision on its name and a normative analysis of some of its institutions, namely: a) to elucidate its proper title, due to the constant and repetitive use of alternatively calling it the Industrial Property Law 1955 or the Industrial Property Law 1956, b) the protection of the secondary meaning, and c) the protection of non-traditional marks.*

Keywords: *Venezuela, industrial property law 1955, secondary meaning, non-traditional marks.*

---

* Abogado (Universidad Central de Venezuela, 1985). MSc en *Políticas Públicas y Gestión de la Innovación Tecnológica* (Universidad Central de Venezuela, 2001). Especialista en *Derecho Mercantil* (Universidad Central de Venezuela, 2013). *Doctorando en Ciencias, Mención Derecho* (Universidad Central de Venezuela, 2020). Profesor de Derecho Mercantil, Propiedad Intelectual y Prácticas Jurídicas, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Categoría: Asistente, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Profesor de Derecho Mercantil, Categoría: Agregado, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Profesor de postgrado, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Profesor Invitado "*Maestría en Propiedad Intelectual e Innovación*" Universidad de San Andrés (UdeSA: Buenos Aires, Argentina), patrocinado por OMPI e INPI Argentina, en representación de la Academia de la OMPI. Coordinador de la Cátedra Libre de Propiedad Intelectual "Carlos del Pozo y Sucre", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Vicepresidente de la Asociación para el Progreso de la Investigación Universitaria (APIU-UCV, Caracas, Venezuela). Miembro Fundador SOVEDEM. E-mail: lesarezu@gmail.com, leonel.salazar@ucv.ve. Teléfonos: +58 414 2108904 - +58 212 6053307.

Ley de Propiedad Industrial 1955: Denominación, distintividad sobrevenida y signos distintivos no-tradicionales

Leonel Salazar Reyes-Zumeta*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-173-199

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. ***1. Origen histórico-legislativo de la denominación. 2. La protección de la distintividad sobrevenida. 3. La tutela de los signos distintivos no tradicionales.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El pasado 29 de agosto de 2020, se cumplieron 65 años de la sanción de la primera y única Ley de Propiedad Industrial que Venezuela ha tenido desde mediados del siglo XX y una veintena de años del presente siglo XXI.

El presente estudio pretende brindar una precisión histórica sobre su denominación y un análisis normativo de algunas instituciones subyacentemente tuteladas, las cuales corresponden a modernas instituciones del actual derecho marcario.

Los aspectos a analizar son:

a. El origen histórico-legislativo de la denominación de la ley, a los fines de dilucidar su verdadera fecha de creación, ello motivado al uso casi constante y reiterativo de denominarla alternativamente Ley de Propiedad Industrial de 1955 o Ley de Propiedad Industrial de 1956. Confusión que afecta la calidad académica de los escritos de connotados y noveles juristas, por carecer de la debida investigación histórica del instrumento legal, que es objeto de estudio en sus trabajos de especialización, maestría, e incluso de doctorado;

---

* Abogado (Universidad Central de Venezuela, 1985). MSc en *Políticas Públicas y Gestión de la Innovación Tecnológica* (Universidad Central de Venezuela, 2001). Especialista en *Derecho Mercantil* (Universidad Central de Venezuela, 2013). *Doctorando en Ciencias, Mención Derecho* (Universidad Central de Venezuela, 2020). Profesor de Derecho Mercantil, Propiedad Intelectual y Prácticas Jurídicas, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Categoría: Asistente, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Profesor de Derecho Mercantil, Categoría: Agregado, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Profesor de postgrado, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Profesor Invitado "*Maestría en Propiedad Intelectual e Innovación*" Universidad de San Andrés (UdeSA: Buenos Aires, Argentina), patrocinado por OMPI e INPI Argentina, en representación de la Academia de la OMPI. Coordinador de la Cátedra Libre de Propiedad Intelectual "Carlos del Pozo y Sucre", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Vicepresidente de la Asociación para el Progreso de la Investigación Universitaria (APIU-UCV, Caracas, Venezuela). Miembro Fundador SOVEDEM. E-mail: lesarezu@gmail.com, leonel.salazar@ucv.ve. Teléfonos: +58 414 2108904 - +58 212 6053307.

b. La protección de la distintividad sobrevenida (*secondary meaning*), y,
c. La tutela de los signos distintivos no tradicionales, todo en el marco de la evolución normativa internacional.

De allí, que se pueda afirmar *a priori* que Venezuela ha tenido una Ley de Propiedad Industrial en un tiempo novedosa, por unos años integracionista, y, actualmente decadente, o más lapidariamente vetusta.

Sin embargo, algunos de sus institutos continúan vigentes en el ámbito internacional. Mientras, otros han quedado a la zaga de los avances tecnológicos, económicos, comerciales y sociales por efecto de la globalización de los mercados, producto de las evoluciones legislativas y las transformaciones de los organismos internacionales.

Asimismo, la influencia de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC´s), el Internet de las cosas o *Internet of Things* (IoT) y la Inteligencia Artificial (IA) que han marcado los procesos creativos en este nuevo milenio. A ello, habrá que sumar la impronta causada por la sindemia[1] del Covid-19, en los nuevos modelos de negocios, que va a caracterizar el nuevo paradigma tecno-económico emergente.

1.- Origen histórico-legislativo de la denominación

Hasta 1955, el marco normativo nacional en materia de propiedad industrial estaba regulado por la Ley de Patentes de Invención del 9 de julio de 1927[2] y la Ley de Marcas de Fábrica, de Comercio y de Agricultura del 23 de junio de 1930[3].

---

[1] El "término sindemia se refiere a las consecuencias para la salud de las interacciones biológicas que ocurren cuando dos o más enfermedades o condiciones de salud se hacen presentes en múltiples individuos dentro de una población" (Cfr. Alexander Tsai, y Atheendar Venkataramani, «Syndemics and health disparities: a methodological note», *AIDS Behav*. 20(2)(2016): 423–430, doi: 10.1007/s10461-015-1260-2. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4755906/#:~:text=At%20the%20individual%20level%2C%20the,%E2%80%9340%2C%20emphases%20added). La sindemia también enfatiza la relevancia de lo biológico (factores hereditarios, estado nutricional, sexo, edad), lo social (riqueza y pobreza; cultura y prácticas; redes y comunidades; actividades y comportamientos económicos, educativos, dietéticos y de esparcimiento; cuidado de la salud y sistemas de apoyo social; estigma y discriminación), lo ambiental (entornos naturales y construidos) y los factores políticos en la salud de las personas y las poblaciones. Por ejemplo, el estrés es una vía común a través de la cual estos determinantes sociales, ambientales y políticos afectan las sindemias de salud y enfermedad (Cfr. Inés Fronteira et al., «The SARS-CoV-2 pandemic: A syndemic perspective», *One Health,* 12(2021): 100228, doi: 10.1016/j.onehlt.2021.100228. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7887445/). En otras palabras, una sinergia de epidemias que coexisten en un tiempo y lugar, que interactúan entre sí y a la que se le suman otros factores biológicos, sociales, económicos, ambientales y políticos subyacentes o no que aumentan la susceptibilidad de un grupo poblacional a una enfermedad o empeoran su pronóstico (hiperinflación, acceso a medicamentos (vacunas), desempleo, cuarentena, entre otros).

[2] Mariano Uzcátegui Urdaneta, *Recopilación de Leyes y Jurisprudencia en materia de Propiedad Industrial* (Mérida: Universidad de Los Andes,1960), 75.

[3] Mariano Uzcátegui Urdaneta, *Recopilación* …, 94.

Así la propiedad industrial se concebía, como una disciplina jurídica que regulaba los derechos sobre los signos distintivos (derecho de marcas) y las soluciones técnicas, tales como las invenciones, los dibujos o modelos industriales (derecho de patentes).

Sin embargo, las soluciones técnicas evolucionaron hacia nuevos tipos de creaciones industriales; así como manteniendo o transformando las primigenias. Por lo que, en la actualidad, tenemos las invenciones, los modelos de utilidad, los diseños industriales, la protección de la información no divulgada (secretos industriales, comerciales o empresariales), los esquemas de trazados de circuitos integrados, los derechos de los obtentores de variedades vegetales, o, la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Mientras que las creaciones comerciales se han mantenido en el tiempo bajo la figura de los signos distintivos. Dos factores han de concurrir para la obtención de la tutela del Estado al titular de un signo distintivo: percepción sensorial y representación gráfica. Habiendo quedado excluidos de protección aquellos signos distintivos perceptibles sensorialmente, pero de difícil representación gráfica, como son los signos perceptibles táctil, olfativa, gustativa y auditivamente.

Pero, gracias al avance de la ciencia y la tecnología la representación de un signo distintivo no sólo queda circunscrita a la fijación material del signo, para su percepción visual. Sino que otros medios, para el logro de la representación del signo distintivo han sido creados, lo que ha permitido la representación gráfica o no del elemento sustancial del signo distintivo (olor, sabor, textura o sonido).

Surge, entonces, una nueva tipología de signos distintivos que se sustentan en nuevas y dinámicas formas o medios para distinguir los bienes o servicios de productores o prestadores de servicios. Son los denominados signos distintivos no tradicionales, que han logrado posicionarse en la mente de los consumidores y usuarios que consumen o se sirven de los productos o servicios que distinguen, pero su percepción sensorial es a través del olfato, tacto, gusto o el oído. Quedando irresoluto, el problema de la representación del signo a los fines de su registro.

El día 29 de agosto de 1955, el Congreso de la República de Venezuela sanciona la Ley de Propiedad Industrial. Posteriormente, el Presidente de la República firmó el ejecútese de la ley el 2 de septiembre de 1955, y, es publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 14 de Octubre de 1955[4], quedando así finalmente promulgada.

---

[4] Ley de Propiedad Industrial, de 29 agosto de 1955 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 24.873, de 14 de octubre de 1955).

A más de un año de su vigencia, la Ley de Propiedad Industrial de 1955 sufre una nueva publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Pero esta vez, no es producto de una reforma legislativa, sino que es reimpresa. Reimpresión que se justifica en el agotamiento de la gaceta primitiva de 1955, tal como se evidencia en el *Sumario* de la publicación oficial de 1956[5], *vid.* Cuadro Nro. 1.

Cuadro Nro. 1: Ley Propiedad Industrial 1955 reimpresión 1956

SUMARIO Congreso Nacional Ley de Propiedad Industrial. - (Se reimprime por haberse agotado la edición de la Gaceta Oficial de la República de Venezuela que la contiene).

Fuente: Elaboración propia

En efecto, al revisar a fondo la referida publicación oficial, se denota que la fecha de sanción de la ley por el Poder Legislativo es la misma, es decir, el 29 de agosto de 1955; y, el ejecútese presidencial para su promulgación es del 2 de septiembre de 1955.

Surge la duda que motiva este breve estudio: ¿Cómo se determina, entonces, la fecha de una ley, así como la de su vigencia en el marco de la legislación nacional vigente, así como en la derogada? Ello con la finalidad de evidenciar la verdadera fecha de la Ley de Propiedad Industrial.

Nuestros textos constitucionales han establecido la forma de determinar la fecha de una ley y la de su vigencia, como a continuación se hace evidenciar en el presente estudio.

Para el caso en estudio, la Ley de Propiedad Industrial vigente, fue sancionada bajo la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela[6] (CRV) del 11 de abril de 1953[7]. Ley Fundamental sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente electa el 30 de noviembre de 1952, que sesionara desde el 13 de enero de 1953[8] hasta la instalación del Congreso de la República de Venezuela el 15 de abril de 1953.

---

[5] Ley de Propiedad Industrial, de 29 agosto de 1955, Reimpresión (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 25.227, de 10 de diciembre de 1956).

[6] Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008): 1355-1376, http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1953.pdf

[7] Constitución de la República de Venezuela, de 11 abril de 1953 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 22.778, de 19 abril de 1953).

[8] Gonzalo Parra Aranguren, *La nacionalidad venezolana originaria* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1964): Vol. II: 489-493, http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-1346/A-08.pdf.

La Carta Fundamental de la referencia, en su artículo 89[9], establecía que los actos legislativos (leyes) una vez sancionados "llevarán la fecha de aprobación del acto". Por consiguiente, las leyes tienen por fecha de creación, la fecha de su aprobación, como resultado de su sanción por el cuerpo legislativo. Culminado el acto legislativo de aprobación de la ley, ella es remitida al Presidente de la República para su promulgación. Acto de promulgación que se materializa a través del "Ejecútese" del Presidente de la República, y la subsiguiente publicación en la Gaceta Oficial de la República (CRV, 1953: artículo 92[10]).

En cuanto a la entrada en vigencia de las leyes, la Constitución *in commento*, no establecía presupuesto constitucional alguno que haga referencia a la entrada en vigencia de una ley. No obstante, el artículo 142 que regula la entrada en vigencia de las reformas constitucionales, instituía que la "Constitución reformada entrará en vigencia el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela". Por lo que se infiere, que las leyes entran en vigencia por su publicación en la Gaceta Oficial, salvo alguna disposición transitoria que establezca una *vacatio legis*.

La *vacatio legis* como mecanismo de diferimiento de la entrada en vigencia de una Ley en Venezuela ha quedado regulada en el Código Civil. Así el artículo 1 del Código Civil del 13 de julio de 1942[11], a cuyo amparo se sancionó y promulgó la Ley de Propiedad Industrial de 1955. Cuyo texto se mantuvo inalterado en la reforma de 1982[12], establece la "Ley es obligatoria desde su publicación en la GACETA OFICIAL[13] o desde la fecha posterior que ella misma indique".

---

9 "Una vez sancionados los actos legislativos se extenderán por duplicado, conforme hayan quedado redactados en las discusiones. Serán firmados por el Presidente, el Vicepresidente y los Secretarios del Congreso y llevarán la fecha de aprobación del acto. Uno de dichos ejemplares será enviado por el Presidente del Congreso Nacional al Presidente de la República, a los efectos de la promulgación".

10 "La promulgación de los actos legislativos se hará mediante el Ejecútese del Presidente de la República y la publicación de ellos en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela".

11 Código Civil, de 13 de julio de 1942 (*Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* núm. 17, de 1 de septiembre de 1942).

12 Código Civil, de 6 de julio de 1982 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 2.990, Extraordinario, de 26 de julio de 1982).

13 La Gaceta Oficial ha tenido cuatro denominaciones desde su creación el 5 de octubre de 1872 bajo el gobierno de Antonio Guzmán Blanco, para ese entonces se la denominó "Gaceta Oficial", como aún se conserva en el Código Civil vigente. A partir del 31 de mayo de 1928, comenzó a conocérsele como "Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela". Luego, el 16 de abril de 1953, cambió su encabezado a "Gaceta Oficial de la República de Venezuela". Actualmente, se denomina "Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela" desde el 3 de enero de 2000 (Cfr. Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial «Bases legales». Acceso el 30 de abril de 2021. http://www.imprentanacional.gob.ve/institucion/legales.php). Los cambios de denominación en el encabezado de la Gaceta Oficial están atados a las transformaciones sufridas constitucionalmente al nombre de Venezuela, como Estado (CRBV, 1999: artículo 215).

En tal sentido, el artículo 13 de la Ley de Publicaciones Oficiales[14] (LPO,1941[15]), estatuye que en "la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela se publicarán los actos de los Poderes Públicos que deberán insertarse y aquellos cuya inclusión sea considerada conveniente por el Ejecutivo Nacional". Entre esos actos, están las leyes como actos del Poder Legislativo.

Ahora bien, la fecha de entrada en vigencia de una ley, si no hay *vacatio legis*, la determina su publicación en la Gaceta Oficial (CC, 1942-1982: artículo 1); mientras que, cuando se ha establecido una *vacatio legis*, la ley entrará en vigencia al vencimiento del término, o al verificarse la condición suspensiva legislativa.

En igual sentido, la Constitución Nacional de 1961[16] en su artículo 172, mantuvo el presupuesto constitucional de 1953, según el cual las leyes una vez sancionadas llevarán la fecha de su aprobación:

> Una vez sancionada la ley se extenderá por duplicado, con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Ambos ejemplares serán firmados por el Presidente, Vice-Presidente y los Secretarios del Congreso, y llevarán la fecha de su definitiva aprobación. A los fines de su promulgación, uno de dichos ejemplares será enviado por el Presidente del Congreso al Presidente de la República.

Sancionada (aprobada) la ley por el Congreso, ella es remitida al Presidente para su promulgación. Acto de promulgación que se perfecciona a través del "Cúmplase" del Presidente de la República -habiendo quedado derogado el "Ejecútese", contenido en la ley fundamental precedente-; y su subsiguiente publicación en la Gaceta Oficial de la República (CRV, 1961: artículo 174[17]).

Por lo que respecta a la vigencia de las leyes, la Ley Fundamental de 1961, tampoco estableció un presupuesto constitucional sobre la entrada en vigencia de una ley. Por tanto, las situaciones de entrada de vigencia inmediata o diferida de una ley quedaban normadas en la ley sustantiva civil. Sin embargo, el artículo 44 que regulaba la entrada en vigencia de las normas adjetivas, contempló que las "leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia"; ello a propósito de regular la irretroactividad de las leyes, salvo los casos especiales de *indubio pro reo*.

---

[14] Esta ley no ha sido en modo alguno derogada desde 1941, salvo por lo que respecta al encabezado de la Gaceta Oficial.

[15] Ley de Publicaciones Oficiales, de 2 de julio de 1941 (*Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* núm. 20.546, de 22 julio de 1941).

[16] Constitución de la República de Venezuela, de 23 de enero de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 662, Extraordinario, de 23 de enero de 1961).

[17] "La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la Gaceta Oficial de la República".

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999[18], ratifica el presupuesto constitucional de 1953 y 1961, conforme al cual las leyes una vez sancionadas llevarán la fecha de su aprobación definitiva, como así prevé su artículo 213:

Una vez sancionada la ley, se extenderá por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Ambos ejemplares serán firmados por el Presidente o Presidenta, los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas y el Secretario o Secretaria de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los ejemplares de la ley será enviado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional al Presidente o Presidenta de la República a los fines de su promulgación.

Por lo que respecta a la promulgación, se mantiene el presupuesto constitucional de 1961. Así, el acto de promulgación se verifica por el "Cúmplase" del Presidente de la República; y la sucesiva publicación de la ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999: artículo 215[19]).

Por lo que se concluye, que, en la actualidad constitucional y legal venezolana, la impronta legislativa es lo que determina la fecha de la ley, porque es la fecha del acto creativo legislativo sancionatorio, el que le otorga la data de su existencia. Las otras fechas sólo afectaran su vigencia, validez, eficacia, eficiencia y competitividad normativa.

La razón de la reimpresión de la Ley de Propiedad Industrial de 1955, en el año de 1956, obedeció, quizás, a motivos más vinculados con su promoción en el foro internacional. Trayendo, como consecuencia el agotamiento temprano de su primer tiraje.

Así, al revisar el entorno político nacional de esos días, se observa que Venezuela está sumida en una dictadura, para unos, o, un gobierno progresista, para otros, bajo el mandato de Marcos Pérez Jiménez. La gestión gubernamental de 1955 recogida en la obra intitulada *Así progresa un pueblo. Diez años en la vida de Venezuela*[20], se señala:

> Este libro, al presentar una visión panorámica de Venezuela y destacar el extraordinario progreso alcanzado por el país en los últimos diez años, se propone rendir un homenaje de admiración y reconocimiento al General Marcos Pérez Jiménez, con motivo del tercer aniversario de su posesión como Presidente Constitucional de la República. Caracas, 19 de abril de 1956[21]

---

[18] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 17 de noviembre de 1999 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 5.453, Extraordinario, de 24 de marzo de 2000). Enmienda No. 1, de 15 de febrero de 2009 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 5.908, Extraordinario, de 19 de febrero de 2009).

[19] "La Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela".

[20] Marcos Pérez Jiménez, *Así progresa un pueblo. Diez años en la vida de Venezuela*. (Caracas: Gráficos Ilustraciones, 1956).

[21] Pérez Jiménez, *Así* …, 1.

En materia de propiedad industrial, si bien se mencionan como ingresos al erario público, las tasas por concepto de patentes de invención y, de marcas y nombres, no se refleja lo recaudado por esos conceptos[22]. Asimismo, era política pública exhibir a nivel nacional e internacional las grandes obras del régimen.

Por ello, en una primera aproximación a lo que hoy se conoce por **marca país**, esa gestión gubernamental promovió el signo distintivo "Venezuela", como indicador de crecimiento económico y desarrollo social de un país. Entendiendo por marca país:

> cualquier signo designado o empleado por un país para promover su imagen dentro y fuera de su territorio o zonas geográficas de influencia, incluyendo el entorno digital, para promocionar, entre otros factores humanos, su turismo, cultura, gastronomía, producción nacional, exportaciones o inversiones[23]

No obstante, la referida obra no hace referencia alguna a la aprobación de la Ley de Propiedad Industrial, o su importancia para el crecimiento económico o científico-tecnológico del país.

Más cuando, se destacan como grandes obras de infraestructura de la referida administración: a) la construcción de la nueva sede de la Universidad Central de Venezuela y su Ciudad Universitaria[24]; y, b) el Instituto Venezolano de Neurología e Investigaciones Cerebrales[25] (INVIC[26], 1954), actual Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas[27] (IVIC, 1959), entre otras obras vinculadas con la salud, la educación y la cultura.

Por ello, no resultará vano afirmar, que en su política de difusión de los logros alcanzados se haya distribuido masivamente por el mundo la nueva Ley de Propiedad Industrial. Circunstancia, que obligara al gobierno de turno a ordenar su reimpresión en 1956, por "haberse agotado su edición".

Es precisamente ese hecho, la reimpresión de la Ley de Propiedad Industrial en 1956, el acontecimiento, que ha hecho sucumbir a connotados y noveles juristas a afirmar o a confundir la fecha de la Ley de Propiedad Industrial.

---

22 Pérez Jiménez, *Así* …, 97-100.

23 Recientemente, la Comunidad Andina de Naciones aprobó la Decisión 876 que establece el Régimen Común sobre Marca País, cuyo artículo 3 se ha parafraseado para ilustrar mejor la argumentación sostenida (Cfr. Decisión Nro. 876, Régimen Común sobre Marca País, de 23 de abril de 2021 (*Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* núm. 4.216, 23 de abril de 2021).

24 Pérez Jiménez, *Así* …, 44-45.

25 Pérez Jiménez, *Así* …, 210.

26 Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora «A 62 años de la creación del IVIC». Acceso 3 de mayo de 2021. http://www.unellez.edu.ve/noticias/index.php?idCont=4749.

27 Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora, «A…

Confusión que afecta la calidad académica de sus escritos. Por carecer de la debida investigación histórica del instrumento legal, que es objeto de estudio en sus trabajos de especialización, maestría, e incluso de doctorado. Así como, en otros trabajos científicos, periodísticos, alocuciones, conferencias y discursos públicos.

En ese entendido, es relevante aclarar definitivamente estas fechas para la posterioridad (*vid.* Cuadro Nro. 2). Más cuando, la ley objeto de este estudio, tiene proyectado un muy largo período de vigencia.

Cuadro Nro. 2: Ley de Propiedad Industrial 1955: Sanción, promulgación y publicación

Acto legislativo-ejecutivo	Órgano actuante	Fecha
Sanción	Congreso de la República de Venezuela	29 agosto 1955
Promulgación: Ejecútese	Presidente de la República de Venezuela	2 septiembre 1955
Promulgación: Publicación en Gaceta Oficial de la República de Venezuela	Presidente de la República de Venezuela	14 octubre 1955
Reimpresión: Gaceta Oficial de la República de Venezuela	Presidente de la República de Venezuela	10 diciembre 1956

Fuente: Elaboración propia

Por consiguiente, la fecha de sanción de la Ley de Propiedad Industrial fue el 29 de agosto de 1955, lo cual le imprime su fecha de creación; por lo que se le puede abreviar como "Ley de Propiedad Industrial de 1955" y no de 1956.

Como así dejara reseñado para la posteridad, Mariano Uzcátegui Urdaneta, su redactor:

> El Proyecto fue presentado a la consideración del Congreso Nacional en Agosto (*sic*) de 1955 y el Poder Legislativo, sin modificación alguna de consideración, lo sancionó como Ley el 29 de agosto de aquel mismo año. En realidad, fue un Proyecto inspirado en los principios universales sobre la materia y basado en la realidad venezolana[28]

Otro argumento, que coadyuva, a sostener que la Ley de Propiedad Industrial es de 1955, y no de 1956; deviene de la propia Ley de Publicaciones Oficiales (1941). En efecto, su diáfano artículo 3 establece, que, "Cuando en cualquier acto emanado de funcionarios públicos, haya de citarse una Ley de la República, se mencionará esta por la fecha de su Ejecútese". Habiéndose realizado el "Ejecútese" -hoy, "Cúmplase"- a la

[28] Mariano Uzcátegui, «La Propiedad Industrial base de un nuevo Derecho». *Actas Procesales del Derecho Vivo. Cuadernos Latinoamericanos del Derecho en Acción*, n.º 11 (1972): 60.

ley de marras, el día 2 de septiembre de 1955. Por tanto, se le puede citar como "Ley de Propiedad Industrial de 1955" o "Ley de Propiedad Industrial del 2 de septiembre de 1955". Argumentos que confirman la hipótesis subyacente de esta investigación.

2.- La protección de la distintividad sobrevenida

A pesar de sus 65 años de ininterrumpida vigencia, salvo el período de desaplicación parcial por efecto de la vigencia de las normas comunitarias andinas. Se puede afirmar que esta Ley mantiene vigente algunas instituciones, que están en franca armonía con la legislación internacional vigente.

Destacándose, entre ellas el principio *prior in tempore, prior in ius* que sirve de sustento al uso previo y a la distintividad sobrevenida (*secondary meaning*).

Este principio de *prior in tempore, prior in ius*, o del primero en el tiempo, primero en el derecho, se basa en el reconocimiento del uso previo del bien intelectual de que se trate (invención o marca). Como criterio atributivo del derecho de propiedad industrial a favor de su creador o del titular legítimo del derecho. Asimismo, este principio coexiste con el principio del primer solicitante (*first to file*) y la presunción de titularidad a favor de quien obtiene el registro (LPI, 1955: artículo 3[29]).

El legislador industrial ha dado tal relevancia al uso previo del bien intelectual, que estableció que el uso previo no puede ser un obstáculo para la obtención de un derecho de propiedad industrial. Ello se percibe, por ejemplo, en la protección de un dibujo o modelo industrial, al señalar que el "uso anterior del dibujo o modelo por el solicitante no es obstáculo para el registro de los mismos" (LPI, 1955: artículo 25). En este caso la novedad del bien intelectual no se ve afectada por el uso previo a la solicitud del registro, como si ocurre con las invenciones, que una divulgación temprana del objeto inventivo puede afectar la novedad absoluta exigida (*vid*. *Infra* Cuadro Nro. 4).

Tampoco un uso previo del signo distintivo, constituye un obstáculo para su eventual concesión y registro, como así se infiere del artículo 71 *eiusdem*:

> Todo el que pretenda obtener el registro de una marca, deberá llenar los siguientes requisitos: 1. Presentar la solicitud correspondiente y una copia simple de la misma, a la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial, …, en la cual se hará constar: …e) El tiempo durante el cual la marca hubiere estado en uso, si fuere el caso.

[29] Se presume que es propietario de un invento, mejora o modelo o dibujo industrial, o de una marca, lema o denominación comercial, o introductor de un invento o mejora, la persona a cuyo favor se haya hecho el correspondiente registro.

De allí deriva, la exigencia de presentar una Declaración de Uso Previo de la Marca[30], como atestación de buena fe de uso previo del signo distintivo concurrentemente con la solicitud de protección. Sin embargo, la práctica profesional, así como la costumbre administrativa, han dejado de cumplimentar este requisito fundamental para el solicitante de una marca que ha sido usada de forma reiterada en el comercio.

Así, la tutela al creador, como al titular legítimo del derecho, se percibe a través de la pretensión por mejor derecho. Esta pretensión de mejor de derecho, no sólo puede estar sustentada en el uso previo del bien intelectual en conflicto; sino también puede comprender situaciones como la solicitud previa y el registro previo a nivel nacional.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva al creador o al titular legítimo del derecho, sobre la base del uso previo; también, puede extenderse a aquellos bienes intelectuales, cuya protección no ha sido solicitada o no están registrados en Venezuela, por nacionales o extranjeros.

Como sucediera, en el fallo de la otrora Corte Suprema de Justicia, del 10 de marzo de 1993, en Sala Político-Administrativa al decidir el caso de infracción del signo distintivo extranjero *Galleries Lafayette*[31] -marca no registrada en Venezuela-, donde se alegara su notoriedad. La Sala acogió el principio de protección ultraterritorial de los signos distintivos notoriamente conocidos[32]. Donde, la especialidad cedió frente a la notoriedad y la territorialidad a la ultraterritorialidad.

Si se acepta como norma operativa o autoejecutiva, de aplicación directa por el operador judicial o administrativo, el artículo 16.1[33] del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994[34], del cual Venezuela es parte. Entonces, la tutela del uso previo de los signos distintivos se encuentra reforzada en el ordenamiento jurídico nacional.

---

30 En igual sentido, el artículo 3.1)b) del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas del 27 de marzo de 2006 establece que el solicitante de una marca podrá presentar "una declaración de uso efectivo de la marca y pruebas a tal efecto, tal como lo estipule la legislación de la Parte Contratante" (Cfr. «Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas», WIPO Lex, acceso el 10 de mayo de 2021, https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12668).

31 Víctor Bentata. *Propiedad industrial: jurisprudencia venezolana con su estudio*. (Mérida: Universidad de los Andes, 1998): 155-176. Igualmente, en: Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana* (Caracas: Ramírez & Garay, 1993): Tomo CXXIV:638-645.

32 Principio definido en el trabajo del autor: Leonel Salazar Reyes-Zumeta, «*Los signos distintivos notoriamente conocidos*». (trabajo de ascenso a Profesor Asistente, Universidad Central de Venezuela, 2016).

33 "El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso".

34 Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1-C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* núm. 4.829, Extraordinario, de 29 de diciembre de 1994).

El carácter operativo o autoejecutivo de la norma de un tratado internacional deviene de la propia norma, ya que su recepción en el derecho interno es indubitable por el hecho de haber sido aprobada por el Poder Legislativo, mediante ley especial. Así si la norma establece un mandato directo al Estado, entonces no existe duda sobre su aplicabilidad. Mientras, que, si la norma expresa que su aplicación queda sujeta a la aprobación de una ley que desarrolle el presupuesto normativo de la norma del tratado por el órgano legislativo nacional competente, entonces hasta tanto no se produzca ese acto legislativo, la norma conservará su carácter programático.

En el caso concreto, del artículo 16.1 del ADPIC se establece que los Estados Partes pueden reconocer derechos basados en el uso. Asimismo, la distintividad sobrevenida *(secondary meaning)* tiene su recepción normativa en el artículo 15.1[35] *eiusdem*. Así, Venezuela al tener prevista la protección del uso previo, la norma del tratado ve reforzada su operatividad o autoejecutividad; y la distintividad sobrevenida su protección.

No obstante, si se asume que el derecho de propiedad intelectual es un derecho humano[36], estaremos frente a una norma de carácter universal que exige su cumplimiento inmediato por el Estado parte del tratado. Por lo tanto, la norma del tratado adquiere el carácter de norma supranacional, de aplicación directa y preferente a cualquier norma de derecho interno, sobre la base de los principios de preeminencia y progresividad de los derechos humanos (CRBV, 1999: artículos 2, 19, 23).

El sistema venezolano descansa en el principio atributivo de propiedad, que se manifiesta a través de un sistema atributivo-diferido, por aplicación del principio *prior in tempore, prior in ius*. Este sistema, consiste en que el que obtiene un derecho de propiedad industrial sobre una invención, un dibujo o modelo industrial, o una marca; tal derecho no se consolidará, sino dos años después de habérsele concedido el derecho por el Registro de la Propiedad Industrial. Lapso de caducidad, que inhibe el ejercicio de la pretensión por mejor derecho *a posteriori* (LPI, 1955: artículo 84[37]).

Los presupuestos fácticos de las normas de tutela son exactamente semejantes tanto para las invenciones, los dibujos o modelos industriales, como para las marcas (*vid.* Cuadro Nro. 3), de donde se deriva el sistema atributivo-diferido a que se ha hecho referencia.

---

[35] "Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso".

[36] Leonel Salazar Reyes-Zumeta, «La propiedad intelectual Un derecho humano de primera y única generación», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3 (2019): 92-94, https://7907dbdc-6e18-443b-9fb4-5bed4fd1da0a.filesusr.com/ugd/de1016_14f2a7e2c37a400d88e4da8f7126efcc.pdf.

[37] "La nulidad del registro de una marca que hubiere sido concedida en perjuicio de derecho de tercero, podrá ser pedida ante los tribunales competentes, si el interesado no hubiere hecho la oposición a que se contrae el artículo 77 de esta Ley. Esta acción sólo podrá intentarse en el término de dos años, contados a partir de la fecha del certificado".

Cuadro Nro. 3: La tutela judicial del mejor derecho basado en el principio *prior in tempore, prior in ius*

Invenciones, dibujos o modelos industriales	Marcas
Artículo 17: Las patentes quedan sin efecto: a) Cuando por fallo de los tribunales competentes se la anule por declararlas expedidas en perjuicio de mejor derecho de terceros.	Artículo 36: El registro de una marca queda sin efecto: … c) Cuando por fallo de los tribunales competentes se anule por declararlo expedido en perjuicio de mejor derecho de tercero…
Artículo 63: Durante el lapso de las publicaciones y sesenta días después de expirado éste, cualquiera persona podrá objetar la solicitud y oponerse a la concesión de la patente: … 3. Por considerarse el opositor autor del invento o con mejor derecho que el solicitante.	Artículo 77: Durante treinta días hábiles contados a partir de la fecha de la publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial, cualquier persona podrá objetar la solicitud y oponerse a la concesión de la marca: …2. Por considerarse el opositor con mejor derecho que el solicitante.
Artículo 66: La nulidad del registro de un invento, mejora o modelo o dibujo industriales que hubiere sido concedido en perjuicio de derecho de tercero, podrá ser pedida ante los tribunales competentes, si el interesado no hubiere hecho la oposición a que se contrae el artículo 63 de la presente Ley. Esta acción sólo podrá intentarse en el término de dos años, contados a partir de la fecha del certificado.	Artículo 84: La nulidad del registro de una marca que hubiere sido concedida en perjuicio de derecho de tercero, podrá ser pedida ante los tribunales competentes, si el interesado no hubiere hecho la oposición a que se contrae el artículo 77 de esta Ley. Esta acción sólo podrá intentarse en el término de dos años, contados a partir de la fecha del certificado.

Fuente: Elaboración propia

Ello se sustenta, en la tutela al tercero que haya podido ser perjudicado por el otorgamiento del signo distintivo al pretenso titular, en detrimento de su legítimo derecho por la Administración, que por negligencia, omisión o violación de norma expresa haya conferido el derecho a quien favoreciera ilegítimamente.

Legitimidad del tercero pretensor se fundamenta en el uso previo del signo distintivo, cuya pretensión se basa en el uso previo, continuo, ininterrumpido, pacífico, inequívoco y con *animus domini* sobre el signo distintivo. Reivindicación, donde persigue, que se le tenga, reconozca y otorgue el derecho de exclusiva sobre el signo distintivo, cuya titularidad pretende frente al pretenso titular, el Estado y la sociedad. Naciendo así, la obligación pasiva universal u obligación general de respeto a su condición de legítimo titular del signo distintivo.

La tutela judicial del uso previo es un mecanismo de protección al titular legítimo del signo distintivo, de donde se deriva la defensa que aquel puede ejercer frente a actos de competencia desleal, a tenor del artículo 10*bis*[38] del Convenio de Paris para

[38] "1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, enmendado en 1979[39] (CUP), cuyo carácter operativo (autoejecutivo) y aplicación directa es indiscutible[40]. Del otrora vigente en Venezuela, artículo 259[41] de la Decisión 486 que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones (D486).

La competencia desleal ha quedado regulada actualmente en la Ley Antimonopolio[42] (artículos 16[43] y 17[44]), además de las disposiciones del CUP y del ADPIC. O,

---

[39] Ley Aprobatoria del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, enmendado 28 de septiembre de 1979 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 4.882, Extraordinario, de 30 de marzo de 1995).

[40] Al efecto, Bodenhausen señaló, que los parágrafos 2 y 3 del artículo 10*bis* del CUP son normas autoejecutivas. Así, "las disposiciones del Convenio que se consideran «autoejecutivas» pueden aplicarse y deben aplicarse sin más intervención del legislador nacional… Son disposiciones de este tipo, por ejemplo, … la designación de actos de competencia desleal (Artículo 10bis 2) y 3)" (Cfr. Georg Bodenhausen. *Guía para la aplicación del Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, revisado en Estocolmo en 1967* (Ginebra: Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle (BIRPI), 1969):14-15).

[41] Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes: a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o, c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

[42] Decreto N° 1.415 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, de 13 de noviembre de 2014 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 6.151, Extraordinaria, de 18 de noviembre de 2014). Reimpresa por fallas en los originales (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.549, Ordinaria, de 26 de noviembre de 2014).

[43] "Se prohíben las prácticas desleales, engañosas y fraudulentas en la producción, distribución y comercialización, en cualquiera de sus fases, por ser contrarias a la democratización económica y por ser capaces de desplazar en forma real o potencial, total o parcial, a los sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley [artículo 3], que realicen una misma actividad económica, en perjuicio de éstos, o de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho al acceso oportuno y justo a bienes y servicios. 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. Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera que sea su forma, cuando dicha conducta tienda a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia económica [artículo 2.c], atenten contra la eficiencia económica, el bienestar general y los derechos de los consumidores o usuarios y de los productores" (agregados del autor).

[44] "Se entenderá como prácticas desleales, las siguientes: 1. La 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. 2. Simulación o imitación: Es aquella situación que genera confusión acerca de la procedencia empresarial de un producto, en beneficio propio o de agentes económicos vinculados entre sí, como medio a través del cual se pretende que el público asocie la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o de una notoriedad de la que el competidor desleal carece. En tal sentido, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas o engañosas, imitación de empaques o envoltorios. 3. El soborno comercial: Se considera soborno comercial cuando un agente económico induce a una persona que trabaja en una empresa competidora para que realice actividades o tome decisiones contrarias a los intereses de la empresa en la que labora, o bien no cumpla sus deberes contractuales, a cambio de una contraprestación; con la finalidad de obtener beneficios para su empresa, que en ausencia de dicha práctica no lograría. 4. Violación de normas: Se considera desleal, el prevalecer en el mercado mediante una ventaja adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica o reglamentaciones técnicas, tales como ambientales, publicitarias, tributarias, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida".

de sustracción ilegítima de un bien intelectual determinado o determinable conforme la legislación penal aplicable.

El uso previo encuentra, igualmente, protección en la norma comunitaria andina (D486, 2000: artículo 135) -no aplicable como derecho objetivo, a nivel nacional-, cuando regula la distintividad sobrevenida (*secondary meaning*) de un signo por el uso:

> Por consiguiente, se podrá registrar como marca aquel signo que ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica, a consecuencia del uso constantemente realizado en el País Miembro, por quien solicita el registro o su causante, si tal fuere el caso.

La distintividad sobrevenida del signo permite su concesión y registro, así el signo:

- Carezca de distintividad o no tenga fuerza distintiva (D486, 2000: artículo 135, literal b);
- Consista en un signo descriptivo. Un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios (D486, 2000: artículo 135, literal e);
- Consista en un signo genérico. Un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate (D486, 2000: artículo 135, literal f);
- Consista en un signo que se haya vulgarizado o diluido su fuerza distintiva. Es decir, aquel que se ha convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país (D486, 2000: artículo 135, literal g); o,
- Consista en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica (D486, 2000: artículo 135, literal h).

Así, la distintividad sobrevenida del signo sustentada en el uso previo a la solicitud, concesión y registro, permite su concesión y registro posteriormente. Aun cuando, primigeniamente había sido un signo descriptivo, genérico, vulgarizado o diluido, o un color aisladamente considerado.

La distintividad sobrevenida deriva del uso previo, continuo o constante, ininterrumpido, pacífico, inequívoco y con *animus domini* en el mercado de un signo originalmente no susceptible de registro por carecer de tal distintividad. Así, que la aquiescencia de aptitud distintiva y diferenciadora, puede permitir al titular legítimo del signo su registro y obtención de un derecho de exclusiva.

Si bien la valoración del uso previo tiene una importante relevancia jurídica a los fines de la tutela judicial del titular legítimo de un derecho de propiedad industrial. No ocurre igual valoración, para el uso posterior o nuevo uso (*secondary use*) que se le quiera dar a una invención, cuyo registro esté en vigor o haya caído al dominio público. Ejemplo de lo anterior, es el caso del principio activo citrato de sildenafilo, empleado originalmente para la hipertensión arterial pulmonar, posteriormente para la disfunción eréctil.

El artículo 15.4 de la Ley de Propiedad Industrial de 1955, establece:

> No son patentables: … 4. El nuevo uso de artículo, objetos, sustancias o elementos ya conocidos o empleados en determinados fines, y los simples cambios o variaciones en la forma, dimensiones o material de que estén formados.

La referida norma es conteste con la prohibición de concesión basada en el *secondary use*, o nuevo uso atribuido a una invención patentada, contenida en el artículo 21 de la D486, que establece:

> Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, …, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.

Ahora bien, ¿Cómo podemos alegar la distintividad sobrevenida para lograr la concesión y registro de un signo con arreglo al ordenamiento jurídico vigente?

Debe ser praxis reiterada del jurista acudir a las instituciones fundamentales del derecho para resolver los conflictos que se susciten en el entorno social. La analogía *iuris* como los principios generales del derecho son fuentes del derecho mercantil, *ergo* del derecho de propiedad intelectual.

La propiedad intelectual es uno de los contenidos amplios del derecho mercantil, que no sólo comprende la propiedad industrial y el derecho de autor, sino también el derecho de la competencia y el derecho de la actividad publicitaria.

Como así refiere Francisco Vicent, sobre la incorporación del derecho de propiedad intelectual al contenido del derecho mercantil:

> [el derecho de propiedad intelectual] … lleva al estudio de la actividad empresarial, en su doble aspecto de competencia/colaboración y de bienes inmateriales resultado de dicha actividad, que el Derecho protege por medios directos (concesión de derechos de explotación exclusiva) o indirectos (represión de la competencia desleal, de la violación de secretos industriales, prohibiciones de competencia)[45]

[45] Francisco Vicent. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. (Madrid: Bosch, 1986): Tomo I: 5.

De lo anterior, se permite aplicar los principios generales del derecho como fuente del derecho de propiedad industrial, en tanto en cuanto "no son normas escritas, sino que se inducen del ordenamiento jurídico como sus supuestos lógicos"[46].

Los principios generales del derecho en extenso, en particular del derecho de propiedad intelectual, más concretamente del derecho de propiedad industrial, se ubican en leyes o en ordenamientos jurídicos que alguna vez estuvieran vigentes o no en Venezuela; por ejemplo, las normas comunitarias andinas.

Particularmente, cuando existen dudas para dirimir un conflicto o brindar una interpretación para solucionar una cuestión de derecho, así remite el artículo 4 *in fine* del Código Civil al señalar "Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, …; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho".

Principios que son empleados por los operadores jurídicos para resolver conflictos intersubjetivos, frente a la ausencia de norma legal expresa en el ordenamiento jurídico interno, pero que tampoco son contrarios a su ordenamiento jurídico. Tal es el caso, del principio de protección de la distintividad sobrevenida de los signos distintivos (D486, 2000: artículo 135), que sustenta la concesión y tutela a su titular legítimo respecto de aquellos signos que adquieren distintividad en el comercio por su uso previo, continuo o constante, ininterrumpido, pacífico, inequívoco, con *animus domini* y con procedencia empresarial indubitable.

Que, sumado a la noción de marca conforme a nuestro ordenamiento jurídico, sustentaría la pretensión de declaratoria de distintividad sobrevenida del signo, cuyo elemento esencial ha dejado de ser genérico y descriptivo, haciéndose novedoso (LPI, 1955: artículo 27). Signo que ha adquirido distintividad o aptitud distintiva y diferenciadora de los productos o servicios por el esfuerzo del titular en el mercado.

Por consiguiente, es perfectamente sostenible en las instancias judiciales una pretensión mero declarativa, a tenor de lo previsto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil vigente. Para el reconocimiento de la existencia de ese derecho al interesado y legítimo pretensor del signo. Cuya distintividad ha logrado por sus acciones positivas o negativas a favor del posicionamiento competitivo y colaborativo de los productos o servicios, que en forma innovativa ha introducido al mercado analógico o virtual.

El pretensor (interesado y legitimado activo) a la tutela del signo -primigeniamente carente de distintividad o aptitud distintiva y diferenciadora-, excitará al órgano jurisdiccional para que le declare la existencia de su derecho, alegando:

---

[46] Leopoldo Borjas. *Los Comerciantes*. (Caracas: Schnell, 1979):131.

a. Que el signo, primigeniamente había sido descriptivo, genérico, vulgarizado o diluido, o consistía en un color aisladamente considerado,
b. Que la aquiescencia de la aptitud distintiva y diferenciadora de sus productos o servicios en el mercado, se debe al uso previo, continuo o constante, ininterrumpido, pacífico, inequívoco, con *animus domini* y con una connotada procedencia comercial indubitable, y,
c. Que se le declare la existencia de su derecho al signo; por tanto, legitimado para ser su titular, gozar de la tutela que le confiere el ordenamiento jurídico, ejercer los atributos inherentes a su derecho de propiedad industrial, y, exigir el cumplimiento de la obligación pasiva universal o deber general de respeto por la sociedad.

Asumiendo, finalmente, la plena carga probatoria de los presupuestos normativos fundamento de su pretensión.

Tal declaración de certeza servirá de base para que pueda solicitar, obtener la concesión y registro del signo; así como el derecho de exclusiva.

3.- La tutela de los signos distintivos no tradicionales

Resultará extraño al jurista, que la Ley de Propiedad Industrial de 1955 haya contemplado la regulación de esta modalidad de signos distintivos, años antes que el propio Tratado sobre el Derecho de Marcas adoptado en Ginebra el 27 de octubre de 1994, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones del 14 de septiembre de 2000, o, el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas del 27 de marzo de 2006.

El artículo 27 de la LPI 1955, establece que una marca comprende "todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda u cualquiera otra señal que revista novedad". El signo, a su vez, debe ser usado con la finalidad de diferenciar y distinguir los artículos que una persona natural o jurídica produce, comercia o su propia empresa. Por lo tanto, los signos imperceptibles visualmente, no están expresamente excluidos de la ley.

Dos factores han de concurrir para la obtención de la tutela del Estado al titular de un signo distintivo: percepción sensorial y representación gráfica. Habiendo quedado excluidos de protección aquellos signos distintivos perceptibles sensorialmente, pero de difícil representación gráfica, como son los signos perceptibles táctil, olfativa, gustativa y auditivamente.

Pero, gracias al avance de la ciencia y la tecnología la representación de un signo distintivo no sólo queda circunscrita a la representación gráfica del signo, para su protección. Sino que otros medios, para el logro de la representación del signo distintivo

han sido creados, lo que ha permitido la representación gráfica o no del elemento sustancial del signo distintivo (olor, sabor, textura o sonido).

Surge, entonces, una nueva tipología de signos distintivos que se sustentan en nuevas y dinámicas formas o medios para distinguir los bienes o servicios de productores o prestadores de servicios: los signos distintivos no tradicionales.

Estos signos distintivos han logrado posicionarse en la mente de los consumidores y usuarios que consumen o se sirven de los productos o servicios que distinguen. No obstante, su percepción sensorial es a través del olfato, tacto, gusto o el oído. Mientras que el problema de la representación del signo a los fines de su registro, ha encontrado solución en normas internacionales (*vid.* Cuadro Nro. 4).

Cuadro No. 4: Representación de las marcas a los efectos de su registro

Tipo de marca	Representación
Marca de color	El nombre o el código del color o colores reivindicados y una indicación, respecto de cada color, de las partes principales de la marca que figuren en ese color.
Marca de color sin contornos delineados	Una muestra del color o los colores, indicar el color o los colores utilizando su nombre común, describir la manera en que el color o los colores se aplican a los productos o se utilizan en relación con los servicios, o, indicar los colores mediante códigos de color reconocidos, por ejemplo, Pantone
Marca tridimensional	Una reproducción gráfica o fotográfica bidimensional, una vista única de la marca o en varias vistas diferentes, o, una reproducción suficientemente clara que muestre el carácter tridimensional
Marca holograma	Una o varias vistas de la marca que capten el efecto holográfico en su totalidad.
Marca animada	Una imagen o en una serie de imágenes fijas o de movimiento que, conjuntamente, describan el movimiento.
Marca de posición	Una única vista de la marca que muestre su posición respecto del producto, o, especificar la posición de la marca en relación con el producto.
Marca sonora	Notación en un pentagrama, describir el sonido que constituye la marca, una grabación analógica o digital de ese sonido, o, toda combinación de las anteriores
Marca no visible que no sea una marca sonora (olfativa, táctil y gustativa)	Una o más representaciones de la marca, una indicación del tipo de marca y detalles relativos a la marca

Fuente: Elaboración propia, basado en la Regla Nro. 3 del Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas[47]

Novedad y originalidad son conceptos que son de la esencia de la protección de los bienes intelectuales regulados en esta casi centenaria ley. En el siguiente Cuadro se presenta como la novedad (nuevo) y la originalidad son regulados en la ley objeto de estudio.

[47] «Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas del 1 de noviembre de 2011», WIPO Lex, acceso el 9 de mayo de 2021, https://wipolex.wipo.int/es/text/290033

Cuadro Nro. 4: Ley de Propiedad Industrial 1955: Novedad y Originalidad

Bien intelectual jurídicamente tutelado	Novedad	Originalidad
Dibujos o Modelos Industriales	Artículo 22: Tanto los dibujos como los modelos industriales deben presentar caracteres de novedad y originalidad que les confieran fisonomía propia.	Artículo 22: Tanto los dibujos como los modelos industriales deben presentar caracteres de novedad y originalidad que les confieran fisonomía propia Artículo 59: Todo aquel que pretenda obtener una patente, deberá llenar los siguientes requisitos: 1. Presentar solicitud correspondiente y una copia simple de la misma, a la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial, …, en la cual el solicitante hará constar: e) La originalidad del modelo o dibujo;
Signos distintivos	Artículo 27: Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda u cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa.	
	Artículo 33: No podrá adoptarse ni registrarse como marcas: 7) Las figuras geométricas que no revistan novedad;	----------
Invenciones	Artículo 14: Pueden ser objeto de patente: 1. Todo producto nuevo, definido y útil; 2. Toda nueva máquina o herramienta y todo nuevo instrumento o aparato de uso industrial o de aplicación medicinal, técnica o científica; … 4. Los nuevos procedimientos para la preparación de materia u objetos de uso industrial o comercial; 5. Los nuevos procedimientos para la preparación de productos químicos y los nuevos métodos de elaboración, extracción y separación de sustancias naturales; … 7. Todo nuevo modelo o dibujo de uso industrial;	----------
	Artículo 15: No son patentables: 4. El nuevo uso de artículo, objetos, sustancias o elementos ya conocidos o empleados en determinados fines, y los simples cambios o variaciones en la forma, dimensiones o material de que estén formados.	----------

Fuente: Elaboración propia.

La novedad como criterio atributivo de protección de los signos distintivos fue interpretada por Mariano Uzcátegui, redactor de la ley *in commento* y defensor de su reforma desde la década de los años 60; en los siguientes términos:

> La marca debe ser también novedosa en cuanto a diferenciar productos similares y competitivos, novedad que implica la ausencia de adopción como marcas de elementos (palabras o signo ajenos) ampliamente publicitados que han calado en el público consumidor como identificadores de un determinado producto de conocida aceptación, aún (*sic*) cuando sean en clases distintas y no análogas, porque puede inducir al público a confusión y engaño con aquella. En este aspecto, doctrina y jurisprudencia se inclinan por la prohibición de adopción y registro de marcas por terceros cuando tienen características iguales o similares a alguno de los elementos esenciales y distintivos de marcas ampliamente vulgarizadas o de gran fama[48].

Igualmente, Uzcátegui precisa qué signos pueden constituir legítimas marcas, a saber:

> En consecuencia, pueden constituir legítimas marcas:
>
> 1.- Una o más palabras no descriptivas del producto o servicio que distinguen;
>
> 2.- Dibujos, formas o diseños, con o sin color, que no sean identificadoras del producto o servicio que distinguen;
>
> 3.- Signos, letras, números, figuras geométricas, colores, combinados con otros en su dimensión especial;
>
> 4.- Objetos tridimensionales, como lo puede ser una forma caracterizada de un envase para contener un determinado producto, o el producto mismo cuando no es su forma necesaria; y,
>
> 5.- Los signos o señales acústicas, (gustativas), olfativas o táctiles que, ante el oído, gusto, (olfato) o tacto, sirvan para identificar un producto o servicio y diferenciarlo de sus similares.[49]

En consecuencia, el criterio de novedad establecido en la LPI 1955, es el basamento legal para la concesión y, posterior, tutela judicial y administrativa de los signos distintivos no tradicionales en la actualidad.

El principio de novedad de los signos distintivos (LPI, 1955: artículo 27) da cabida a la concesión, registro y tutela de los denominados signos distintivos no tradicionales. Como consecuencia del espíritu de la ley, que se infiere de la voluntad del legislador, por otorgar un valor atributivo de propiedad a la novedad del signo distintivo.

La novedad se circunscribe a cualquier signo que goce de distintividad -porque tal requisito "está implícito en el propio concepto de marca como bien inmaterial en el principal de sus requisitos que es la aptitud distintiva"[50]-, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica.

---

[48] Mariano Uzcátegui Urdaneta. *Patentes de Invención y Marcas Comerciales*. (Caracas: Forum Editores, 1990):105.

[49] Uzcátegui, *Patentes…,* 106-107.

[50] José Manuel Otero Lastres. «Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 2 (2001):132.

Irresoluto quedaría el problema de la representación gráfica de los signos distintivos no tradicionales en el marco de la ley vigente. La representación gráfica del signo distintivo como requisito formal de presentación de la solicitud es un requisito *ad probationem* de la perceptibilidad sensorial del signo.

Si bien, el legislador exige una "completa descripción de la marca, en la que se determine con claridad y precisión la parte esencial o su principal signo distintivo" (LPI, 1955: artículo 71.1.b). Por otro lado, conmina al solicitante a consignar un facsímile si la marca es compleja; o lo exonera de tal requisito si la marca es simple (LPI, 1955: artículo 71.2.a).

Esto conduce a recurrir a la analogía *iuris* y a los principios generales del derecho, nuevamente, para solucionar esta cuestión. Así los principios generales del derecho, en este caso, se pueden sustraer de la interpretación extensiva de la ley, que permite al decisor jurídico racional, minimizar la incertidumbre que abriga el conflicto intersubjetivo planteado, para lograr la tutela judicial efectiva de los signos distintivos no tradicionales.

El espíritu de la ley puede ser "superior a la propia ley, tanto en su literalidad como en su justificación"[51]. De allí, que sea viable la concesión y registro de los signos distintivos no tradicionales al amparo del artículo 27 de la LPI 1955, porque en la letra de la ley "está siempre implícito el presupuesto de validez de la propia ley"[52], así como su vigencia, eficiencia, eficacia y competitividad.

CONCLUSIONES

Se ha demostrado que la fecha cierta de la vigente Ley de Propiedad Industrial venezolana, es decir, el 29 de agosto de 1955. Tal determinación, permitirá en el futuro inmediato a evitar incurrir en catalogaciones erróneas. Como la de afirmar que su fecha es la correspondiente a la de su reimpresión en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, hoy República Bolivariana de Venezuela, correspondiente al 10 de diciembre de 1956.

Por otro lado, a los fines de lograr una mejor interpretación de algunos institutos contenidos en esa ley, valiéndose tanto el intérprete como el operador jurídico de la analogía *iuris* y los principios generales del derecho, como fuentes del derecho mercantil, en concreto del derecho de propiedad intelectual. Así, los principios generales

---

[51] Vittorio Frosini. *La letra de y el espíritu de la ley.* Trad. Carlos Alarcón y Fernando Llano (Barcelona: Ariel, 1995):149-150.
[52] Frosini, *La* …, 152.

del derecho, como fuente del derecho de propiedad intelectual, se aplicarán para la protección de la distintividad sobrevenida de los signos distintivos, y la tutela de los signos distintivos no tradicionales al amparo de la vigente Ley de Propiedad Industrial de 1955. Mientras esta ley permanezca vigente, a pesar de los frustrados intentos por reformarla en las últimas décadas.

Finalmente, Venezuela ha tenido una Ley de Propiedad Industrial novedosa, para el momento de su creación legislativa; ha sido integracionista, mientras coexistió con el ordenamiento jurídico comunitario andino; y, en la actualidad decadente, o más lapidariamente vetusta.

No obstante, algunos de sus institutos se armonizan con el vigente ordenamiento jurídico internacional. Mientras otros, han quedado a la zaga frente a los avances tecnológicos, económicos, comerciales y sociales producto de las evoluciones legislativas y las transformaciones de los organismos internacionales, frente al reto de la digitalización-económica global de las naciones.

BIBLIOGRAFIA

Bentata, Víctor. *Propiedad industrial: jurisprudencia venezolana con su estudio*. Mérida: Universidad de los Andes, 1998.

Bodenhausen, Georg. *Guía para la aplicación del Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, revisado en Estocolmo en 1967.* Ginebra: Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle (BIRPI), 1969.

Brewer-Carías, Allan. *Las Constituciones de Venezuela.* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1953.pdf

Borjas, Leopoldo. *Los Comerciantes*. Caracas: Schnell, 1979.

Fronteira, Inés, Mohsin Sidat, João Paulo Magalhães, Fernando Passos de Barros, António Pedro Delgado, Tiago Correia, Cláudio Daniel-Ribeiro y Paulo Ferrinho, «The SARS-CoV-2 pandemic: A syndemic perspective», *One Health, 12(2021): 100228,* doi:10.1016/j.onehlt.2021.100228. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7887445/

Frosini, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley.* Trad. Carlos Alarcón y Fernando Llano. Barcelona: Ariel, 1995.

Otero Lastres, José Manuel. «Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 2 (2001).

Parra Aranguren, Gonzalo. *La nacionalidad venezolana originaria.* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1964, http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-1346/A-08.pdf.

Pérez Jiménez, Marcos. *Así progresa un pueblo. Diez años en la vida de Venezuela*. Caracas: Gráficos Ilustraciones, 1956.

Salazar Reyes-Zumeta, Leonel «*Los signos distintivos notoriamente conocidos*». Trabajo de Ascenso a Profesor Asistente. Universidad Central de Venezuela, 2016.

_____. «La propiedad intelectual Un derecho humano de primera y única generación», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3 (2019): 72-96, https://7907dbdc-6e18-443b-9fb4-5bed4fd1da0a.filesusr.com/ugd/de1016_14f2a7e2c37a400d88e4da8f7126efcc.pdf.

Tsai, Alexander y Atheendar Venkataramani, «Syndemics and health disparities: a methodological note», *AIDS Behav.* 20(2)(2016): 423–430, doi:10.1007/s10461-015-1260-2. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4755906/#:~:text=At%20the%20individual%20level%2C%20the,%E2%80%9340%2C%20emphases%20added

Uzcátegui Urdaneta, Mariano. *Recopilación de Leyes y Jurisprudencia en materia de Propiedad Industrial.* Mérida: Universidad de Los Andes, 1960.

_____. «La Propiedad Industrial base de un nuevo Derecho». *Actas Procesales del Derecho Vivo. Cuadernos Latinoamericanos del Derecho en Acción*, n.º 11 (1972): 19-105.

_____. *Patentes de Invención y Marcas Comerciales*. Caracas: Forum Editores, 1990.

Vicent, Francisco. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. (Madrid: Bosch, 1986).

Legislación y jurisprudencia:

Código Civil, de 13 de julio de 1942 (*Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* núm. 17, de 1 de septiembre de 1942).

Código Civil, de 6 de julio de 1982 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 2.990, Extraordinario, de 26 de julio de 1982).

Constitución de la República de Venezuela, de 11 abril de 1953 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 22.778, de 19 abril de 1953).

Constitución de la República de Venezuela, de 23 de enero de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 662, Extraordinario, de 23 de enero de 1961).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 17 de noviembre de 1999 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 5.453, Extraordinario, de 24 de marzo de 2000). Enmienda No. 1, de 15 de febrero de 2009 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 5.908, Extraordinario, de 19 de febrero de 2009).

Decisión Nro. 876, Régimen Común sobre Marca País, de 23 de abril de 2021 (*Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* núm. 4.216, 23 de abril de 2021).

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1-C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* núm. 4.829, Extraordinario, de 29 de diciembre de 1994).

Ley Aprobatoria del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, enmendado 28 de septiembre de 1979 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 4.882, Extraordinario, de 30 de marzo de 1995).

Ley de Propiedad Industrial, de 29 agosto de 1955 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 24.873, de 14 de octubre de 1955).

Ley de Propiedad Industrial, de 29 agosto de 1955, Reimpresión (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 25.227, de 10 de diciembre de 1956).

Ley de Publicaciones Oficiales, de 2 de julio de 1941 (*Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* núm. 20.546, de 22 julio de 1941).

Decreto N° 1.415 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, de 13 de noviembre de 2014 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 6.151, Extraordinaria, de 18 de noviembre de 2014). Reimpresa por fallas en los originales (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.549, Ordinaria, de 26 de noviembre de 2014).

De la capitalización de utilidades en las sociedades mercantiles y su impacto en el impuesto sobre la renta en Guatemala

Carolina Saadeh*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-201-212

Resumen: La figura mercantil de la capitalización de utilidades es clave para el crecimiento de las sociedades, como una forma de generar capital de trabajo, y es distinta de la figura de la distribución de utilidades. Por este motivo, en el presente artículo se analizará la distinción de estas figuras y en especial en su impacto impositivo, bajo el régimen del Impuesto sobre la Renta en Guatemala, y porqué no deben ser tratadas de la misma manera.

Palabras clave: Capitalización de utilidades, distribución de utilidades, impuesto sobre la renta.

The capitalization of profits in commercial companies and their impact on income tax in Guatemala.

Abstract: *The mercantile figure of the capitalization of profits is key to the growth of companies, as a way of generating working capital, and it differs from the figure of the distribution of profits. For this reason, this article will analyze the distinction of these figures and especially in their tax impact, under the Income Tax regime in Guatemala, and why they should not be treated in the same way.*

Key Words: *Capitalization of profits, distribution of profits, income tax.*

---

* Abogada y Notaria con distinción *Cum Laude*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá, España. Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional, Universidad de Alcalá, España. Postgrado en Derecho Mercantil Tributario, Instituto de Derecho Mercantil, Guatemala. Coordinadora de Prácticas de Trabajo e Investigación, Universidad del Istmo, Guatemala. Árbitro Nacional Propuesto por el Gobierno de Guatemala para el Mecanismo de Solución de controversias del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos. Miembro de la Junta Directiva del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado – COLADIC-. Miembro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

De la capitalización de utilidades en las sociedades mercantiles y su impacto en el impuesto sobre la renta en Guatemala

Carolina Saadeh*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-201-212

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. ***1. De lo contemplado en la Ley de Actualización Tributaria. 2. De lo contemplado en el Código de Comercio. 3. De las razones financieras. 4. De los Principios Constitucionales. 5. De los otros impuestos. 6. Integración del Análisis.*** CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

La capitalización de utilidades es un recurso que tienen las entidades mercantiles, para poder obtener capital de trabajo, inversiones en activos o disminución de pasivos. Se entiende que, desde el punto de vista financiero, la capitalización de utilidades conlleva una no distribución de utilidades entre los accionistas o socios de una entidad. Es decir, esas mismas utilidades generadas por la sociedad se reinvierten en la sociedad. Los socios o accionistas reciben participaciones o acciones, con lo que podrán obtener en el futuro mayores utilidades.

Sin embargo, para el crecimiento de las sociedades es importante contar con capital de trabajo, para poder invertir en la misma operación, nuevas operaciones, nuevos activos, etc. Por tal motivo es importante la figura de la capitalización de utilidades.

Por este motivo, el legislador en el Código de Comercio incluyó esta figura, como una de las formas de pagar el aumento de capital de las sociedades. Es una figura distinta en su naturaleza y en su intención a la distribución de las utilidades, ya que la distribución de utilidades conlleva un beneficio directo al accionista, quien es una

* Abogada y Notaria con distinción *Cum Laude*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá, España. Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional, Universidad de Alcalá, España. Postgrado en Derecho Mercantil Tributario, Instituto de Derecho Mercantil, Guatemala. Coordinadora de Prácticas de Trabajo e Investigación, Universidad del Istmo, Guatemala. Árbitro Nacional Propuesto por el Gobierno de Guatemala para el Mecanismo de Solución de controversias del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos. Miembro de la Junta Directiva del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado – COLADIC-. Miembro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

persona distinta a la sociedad y será quien goce del beneficio de las utilidades. En el caso de la capitalización de utilidades, el accionista no goza de ellas, sino que las deja a favor de la misma sociedad que las generó.

En el curso del presente trabajo se analizará porqué son figuras distintas, y porqué el tratamiento impositivo de ambas figuras no puede ser el mismo, ni equivalente.

Se analizará porque la capitalización de utilidades, según nuestra legislación actual vigente no está gravada y no puede equipararse a la distribución de utilidades.

1. De lo contemplado en la Ley de Actualización Tributaria

El artículo 4 de la Ley de Actualización Tributaria (Decreto 10-2012), en su numeral 3) rentas de capital y ganancias de capital, literal a) establece que "con carácter general son rentas de fuente guatemalteca las derivadas del capital y de las ganancias de capital generadas en Guatemala, percibidas o devengadas en dinero o en especie, por residentes o no en el país. a) Los dividendos, utilidades, beneficios y cualesquiera otras rentas derivadas de la participación o tenencia de acciones en personas jurídicas, entes o patrimonios residentes en Guatemala o derivados de la participación en beneficios de establecimientos permanentes de entidades no residentes."

Sobre el tema de rentas de capital, ganancias y pérdidas de capital, el artículo 83 de la Ley de Actualización Tributaria establece como sobre el hecho generador que: "Constituye hecho generador del Impuesto Sobre la Renta regulado en este Título, la generación en Guatemala de rentas de capital y de ganancias y pérdidas de capital, en dinero o en especie, que provengan de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente residente o no en el país."

El artículo 84 de la Ley de Actualización Tributaria establece en su numeral 2. Rentas de capital mobiliario, en la literal d) que "Constituyen rentas de capital mobiliario: (…) d) la distribución de dividendos, ganancias y utilidades, independientemente de la denominación o contabilización que se le dé."

Sin embargo, tal y como se menciona en el documento que contiene el "Criterio Tributario Institucional No. 14-2018" de la Superintendencia de Administración Tributaria, en su apartado IV. Análisis Doctrinario y Legal, "dentro del texto de la Ley de Actualización Tributaria, específicamente en el Libro I Impuesto Sobre la Renta, no se definen los términos: "dividendo" y "capitalización. (…)"

Siguiendo con lo que manifiesta el documento referido anteriormente, en atención a lo establecido en el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, en su parte conducente: "El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente."

Sin embargo, también cabe mencionar que el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece con relación a la interpretación de la ley. "Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. (…)"

En este sentido es importante mencionar que los artículos referidos anteriormente de la Ley de Actualización Tributaria, con relación a ganancias de capital mobiliario, no mencionan en ningún momento la palabra "capitalización", aunque sí mencionan la palabra dividendo, el cual equipara a beneficio o utilidad. Por tal motivo, carece de necesidad el referirse a la definición del Diccionario de la Real Academia en cuanto al término "capitalización", ya que el mismo no está mencionado en la ley.

No podemos olvidar lo que establece el artículo 5 del Código Tributario, el cual establece que "En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del Artículo 4, de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias."

Para completar la referencia, el artículo 4 mencionado establece los principios aplicables a interpretación: "La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial."

Integrando estas normas, podemos concluir que la capitalización de dividendos, utilidades o beneficios no se encuentra contemplada como un hecho generador del Impuesto Sobre la Renta, de acuerdo con las normas analizadas de la Ley de Actualización Tributaria, por lo tanto, el sostener, como lo hace la Superintendencia de Administración Tributaria, en el documento de Criterio Institucional referido, sería crear por analogía una obligación que no existe expresamente en la ley.

De acuerdo con lo analizado anteriormente, el artículo 84 de la Ley de Actualización Tributaria, lo que sí grava con Impuesto Sobre la Renta de ganancias de capital es la distribución de dividendos, ganancias y utilidades.

Por tal motivo, se analizará lo que significan estos términos, según el Diccionario de la Real Academia Española:

Distribución:
1. Acción y efecto de distribuir.

Distribuir:
1. Dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho.

Dividendo (activo):
1. Cuota que, al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción.

Ganancia:
1. Acción y efecto de ganar.
2. Utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción.

Utilidad:
1. Cualidad de útil.
2. Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.

Con el objeto de diferenciar la palabra "capitalización" que no se encuentra incluida en la Ley, con la palabra "distribución", vamos a referirnos a su significado en el Diccionario de la Real Academia Española:

Capitalización:
1. Acción y efecto de capitalizar

Capitalizar:
1. Proveer de capital a una empresa
2. Convertir algo en capital

La misma Administración Tributaria en el citado documento de Criterio Tributario Institucional No. 14-2018 establece que "Por lo indicado, no obstante, que los conceptos: distribución y capitalización se encuentran regulados en diferentes capítulos en el Código de Comercio, y que precisamente no son lo mismo (…).

En este sentido, queda claramente establecido, e incluso aceptado por la Administración Tributaria que distribución y capitalización no tienen el mismo significado, por lo que no es el mismo hecho generador, al distribuir las utilidades y al capitalizar las mismas.

2. De lo contemplado en el Código de Comercio

Al referirnos a una acción meramente mercantil, debemos hacer referencia también al cuerpo legal que regula estas actividades, en este caso el Código de Comercio, el cual en su artículo 203 establece que "El aumento o reducción de capital social deberá ser resuelto por el órgano correspondiente, en cada una de las sociedades en la forma y términos que determinar su escritura social, cuya resolución incluirá el monto del aumento o reducción y la forma de pago."

Este artículo hace referencia a un derecho que tiene la sociedad, como una persona jurídica independiente de sus accionistas, por medio de sus órganos, de decidir aumentar y reducir el capital según convenga a sus intereses.

El artículo 204 del mismo cuerpo legal establece, en las sociedades accionadas que "se podrá acordar el aumento de capital autorizado sea mediante la emisión de nuevas acciones o por aumento del valor nominal de las acciones."

A su vez el artículo 207 del mismo Código establece las formas de pago del aumento: "El pago del aumento podrá realizarse en cualesquiera de las formas siguientes:

1º En dinero o en otra clase de bienes.
2º Por compensación de los créditos que tengan en contra de la sociedad cualquier clase de acreedores.
3º por capitalización de utilidades o de reservas."

El artículo 208 del citado Código establece sobre la capitalización de reservas o de utilidades: "En el caso de capitalización de reservas o utilidades, las nuevas aportaciones sociales, o las acciones de la nueva emisión tendrán las mismas características que las anteriores. Las nuevas aportaciones sociales o las acciones de esta nueva emisión se asignarán gratuitamente a los socios o accionistas en proporción directa de las acciones que tuvieren a la fecha en que se acordó el aumento."

Derivado de lo anterior, podemos constatar que la capitalización de utilidades es una figura legal que se regula en la legislación y que es un derecho que se le concede a la sociedad, como persona (jurídica) separada de sus accionistas, tal y como lo establece el artículo 14 del Código de Comercio " La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.".

Por este motivo, el legislador en materia tributaria pudo haber incluido la capitalización de utilidades como un hecho generador expreso del Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, sin embargo, solamente se consideró la distribución de las utilidades, dividendos o beneficios.

Es importante tomar en consideración lo que se establece en el artículo 208 referido, y es la parte relativa a que "las nuevas aportaciones sociales o las acciones de esa nueva emisión, se asignarán gratuitamente a los socios o accionistas (…)". Esto quiere decir que los accionistas no realizaron ningún pago directo por dichas acciones a la sociedad, las reciben de manera gratuita, con lo que no hubo antes de la capitalización una distribución, como indica la Superintendencia de Administración Tributaria en el citado Criterio Institucional, simplemente es una figura distinta, en la que No hay distribución de utilidades, sino que las mismas solamente se capitalizan y se entregan, de forma gratuita acciones o aportaciones a los accionistas o socios.

3. De las razones financieras

Más allá de las razones legales, las cuales quedaron claramente establecidas en los apartados anteriores. También es importante tomar en cuenta las razones financieras, por las que no tiene sentido que las capitalizaciones de utilidades estén gravadas con Impuesto sobre la Renta de Ganancias de Capital.

Para esto hay que hacer una diferencia básica entre lo que constituye la distribución de utilidades y la capitalización de las mismas.

La distribución de las utilidades consiste, como se hizo referencia según las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española en la división que se hace de algo entre varias personas, designando a cada una según le corresponde. Esto es se distribuyen o entregan esas utilidades generadas por la sociedad a favor de cada uno de los socios o accionistas.

Mientras que la capitalización de las utilidades consiste en proveer de capital a una sociedad, en convertir algo (que no era) en capital.

Es muy importante que se considere este aspecto, ya que en el caso de la capitalización de utilidades el beneficiario directo e inmediato de estas utilidades, no es el accionista, como en el caso de la distribución de utilidades, sino es la misma sociedad.

En el caso de la capitalización de utilidades el accionista no recibe el beneficio de las utilidades generadas por la sociedad, como es su derecho, si no que las mismas quedan en beneficio de la misma sociedad, que hay que recordar que es una persona independiente de sus accionistas.

El accionistas en cambio recibe acciones, que amparan este derecho que tendrá en el futuro de recibir utilidades, sin embargo las utilidades no las está gozando plenamente el accionista en este momento, por lo que no tiene sentido gravarlo con un impuesto, por una renta que realmente no está recibiendo, sino únicamente una expectativa de derecho a recibir utilidades en un futuro, que dicho sea de paso, pueden o no ser generadas, ya que la sociedad podría tener pérdidas en el futuro, y el accionistas ya habría sido gravado con un impuesto de algo que no ha gozado.

La Superintendencia de Administración Tributaria, en el documento de Criterio Tributario Institucional No. 14-2018 establece en el apartado IV, como parte de su análisis que "En ese contexto, al capitalizarse la utilidades, se está autofinanciando la sociedad, evitando el endeudamiento externo y así eliminando el crédito que le corresponde a los socios por el derecho de cobro de las utilidades por lo que para el caso de sociedades accionadas, conlleva a la emisión y suscripción de nuevas acciones o el incremento del valor de las mismas, y para las sociedades no accionadas por el aumento de las aportaciones, hasta por el monto de las utilidades convertidas en capital, en proporción directa a la participación de los socios a la fecha en que se acordó el aumento."

Sin embargo, es importante considerar que la figura de la capitalización de utilidades es una figura legal, que se contempla en el Código de Comercio y que se reputa como válida. Las razones por las cuales la sociedad toma la decisión de capitalizar sus utilidades en lugar de repartirlas, es una decisión financiera y muy propia de la sociedad y sus órganos. No compete a la Administración Tributaria juzgar si esa decisión la toma para auto financiar operaciones de la sociedad, evitar endeudamiento externo, o cualquier otro motivo, como se señala en el documento referido. Mucho menos eliminar el crédito que le corresponde a los socios por el derecho de cobro de las utilidades, ya que este derecho lo siguen teniendo los socios, pero el mismo se ha postergado a un período subsiguiente.

La capitalización de utilidades es una figura financiera, que puede servir a la sociedad para muchas razones, como lo son ampliar las operaciones, reinvertir en capital de trabajo, etc. Por esta misma razón es que se ha contemplado la figura en el Código de Comercio, como una forma de pago de los aumentos de capital. Como también se considera la capitalización de deuda o de reserva legal.

4. De los Principios Constitucionales

Es de vital importancia analizar también los principios tributarios contenidos en la Constitución Política de la República. Como por ejemplo el principio de legalidad, contenido en el artículo 239 de la Constitución, el cual indica que "Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo con la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes: a. El hecho generador de la relación tributaria; (…)"

Esto significa que la Administración no tiene potestad de crear por analogía un hecho generador de un impuesto, que no está expresamente contenido en la ley. Este es un principio constitucional y por lo tanto no puede ser violado por interpretaciones arbitrarias de la ley.

Igualmente, el artículo 243 de la Constitución contempla entre otros, el principio de justicia y equidad tributaria, el principio de capacidad de pago y el principio de no confiscatoriedad, ya que establece que "El sistema tributario debe ser justo y equitativo. Par el efecto las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago.

Se prohíben los tributos confiscatorios y la doble o múltiple tributación interna. (…)"

En el presente caso de análisis, no es justo ni equitativo gravar con un impuesto sobre unas utilidades que no se están recibiendo por el contribuyente (accionista) en este momento, beneficios que el contribuyente no está gozando, sino que está postergando este derecho para hacerlo en un futuro, en beneficio de otra persona, que en este caso sería la misma sociedad.

Gravar la capitalización de utilidades también va en contra del principio de no confiscatoriedad y de capacidad de pago. Esto debido a que el contribuyente, en este caso el accionista, no está recibiendo las utilidades que supone la Administración, sino que está dejando estos beneficios a favor de la sociedad, y él solamente recibe acciones que le darán derecho a futuras utilidades, que pueden o no generarse.

5. De los Otros Impuestos

Aunque el motivo del presente análisis es el Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, se hace necesario hacer referencia a otros impuestos relacionados, con el objeto de poder conocer más sobre la intención del legislador.

Al referirnos al Impuesto al Valor Agregado – IVA, podemos constatar que en el artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, sobre exenciones generales en su numeral 6. establece que "Están exentos del impuesto establecido en esta ley: 6. La creación, emisión, circulación y transferencia de títulos de crédito, títulos valores y acciones de cualquier clase, (…)."

Asimismo, en la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, en su artículo 11 numeral 6. Se establece que: "Están exentos del impuesto, los documentos que contengan actos o contratos, en los siguientes casos: 6. Las aportaciones al capital de sociedades, la suscripción, la emisión, la circulación, amortización, transferencia, pago y cancelación de acciones de todo tipo de sociedades y asociaciones accionadas, así como sus cupones."

Al analizar estas dos leyes, que regulan distintos impuestos, podemos ver que en ambos casos la intención del legislador fue siempre eximir del pago de los impuestos, la emisión y circulación de acciones, entre otros.

Por lo que, no hace sentido que, en el caso de la capitalización de utilidades, se esté gravando este acto, bajo el Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, sin que se haya generado una verdadera ganancia para el accionista, de la cual éste pueda aprovecharse. Lo que se está gravando, es el hecho de haberse emitido acciones a su favor, lo cual además que no es un hecho generador del Impuesto Sobre la Renta, está expresamente exento de otros dos impuestos, como se indicó en este apartado.

6. Integración del Análisis

Para integrar el anterior análisis, podemos determinar primero, que la figura de la capitalización de utilidades es una figura legal, que se regula en el Código de Comercio, no es una figura que las sociedades hayan inventado para evitar obligaciones, sino es una figura primero amparada en ley. Segundo, es una figura financiera que se utiliza para reinvertir las utilidades generadas por la sociedad (sobre las cuales han pagado Impuesto Sobre la Renta), en las operaciones de la misma sociedad, lo cual tendrá como fin generar nuevas utilidades a futuro para la sociedad.

Los accionistas no deberían ser gravados por un derecho a gozar de utilidades que no están recibiendo en este momento, sino solamente están recibiendo acciones. En el momento de la capitalización de utilidades, los accionistas están renunciando a estas utilidades en beneficio de la sociedad, y solamente están recibiendo un derecho a recibir nuevas utilidades (o no, si tiene pérdidas) en el futuro, vía la emisión de acciones.

Adicionalmente a todo lo anterior, como se indicó al inicio, el legislador de la norma tributaria no incluyó expresamente la capitalización de utilidades, como un hecho generador del Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, y como está claramente establecido en el Código Tributario, no se pueden crear obligaciones tributarias por analogía. Por tanto, sería contrario a la ley indicar que por una analogía del término capitalización al término distribución, que no son sinónimos, se pueda generar una obligación tributaria no contemplada expresamente en la ley.

El pretender crear un tributo a partir de la analogía estaría violando además los principios constitucionales, como el de legalidad, puesto que tanto los tributos, como los hechos generadores de los mismos, deben ser contemplados en la ley.

Además, que se generaría un tributo potencialmente confiscatorio y que no atienda al principio de capacidad de pago del contribuyente, ya que éste no está recibiendo las utilidades en este momento.

CONCLUSIONES

En cuanto al análisis anterior, podemos concluir que:

La capitalización de utilidades es una figura contemplada en el ordenamiento jurídico de Guatemala, por lo tanto, es una figura legal que se contempla por razones financieras de conveniencia a las sociedades mercantiles.

La figura de la capitalización de utilidades, no se encuentra expresamente contemplada como hecho generador del Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital

de Capital Mobiliario, ya que únicamente se contempla como hecho generador la distribución de utilidades.

Quedó plenamente establecido que distribución y capitalización de utilidades son términos distintos y no pueden ser usados como sinónimos. La misma Administración Tributaria ha aceptado que no son lo mismo, por lo cual uno no puede reemplazar al otro.

De acuerdo con el principio de legalidad constitucional, así como a las normas establecidas en el Código Tributario, no se pueden crear tributos u obligaciones por analogía.

En el caso de querer gravar las capitalizaciones de utilidades con el Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, bajo el hecho generador de la distribución de utilidades, se estaría creando el hecho generador por analogía, lo cual no es permitido.

Adicionalmente, como se indicó en el análisis, el gravar estas capitalizaciones sería potencialmente violatorio a los principios constituciones de justicia y equidad, de no confiscatoriedad y de capacidad de pago. Ya que se estaría gravando a los accionistas que no han recibido utilidades, sino que las han dejado en la sociedad, para que sean capitalizadas y reinvertidas en las operaciones de la sociedad.

Por los motivos anteriormente expresados, considero que las capitalizaciones de utilidades no deben ser gravadas con el Impuesto Sobre la Renta de Ganancias de Capital, y se graven con dicho impuesto únicamente las distribuciones de utilidades que se realicen, como lo establece la ley.

REFERENCIAS

En la elaboración del presente análisis se consultaron las siguientes normas y documentos:

Constitución Política de la República de Guatemala

Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala

Ley de Actualización Tributaria, Decreto 4-2012 del Congreso de la República de Guatemala

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala

Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala

Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto 37-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Criterio Tributario Institucional No. 14-2018 sobre la Generación del impuesto sobre la renta en la capitalización de utilidades, por la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT.

Mercados financieros globales y Derecho Internacional Recorrido de algunas propuestas para combatir la impunidad

Andrés Felipe Guevara Basurco*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-213-228

Resumen: La noción de impunidad a menudo se relaciona con el ámbito del Derecho Penal y el campo de los Derechos Humanos. Sin embargo, a medida que el Derecho Internacional se hace más complejo, dicho concepto jurídico debe incorporarse al área de las finanzas. En específico, este trabajo estudia cuáles son las implicaciones existentes entre la noción de impunidad y la disciplina del Derecho Financiero Internacional (DIF), haciendo un recorrido sobre sus características y presentando un conjunto de propuestas para mitigar el impacto de la impunidad dentro del DIF.

Palabras clave: Impunidad - Derecho Internacional Financiero - Análisis Económico del Derecho - Finanzas - Legitimación de Capitales

Global financial markets and International Law Some proposals to combat impunity

Abstract: *The notion of impunity is often related to the field of Criminal Law and Human Rights. However, as International Law becomes more complex, this legal concept must be incorporated into the finance field. Specifically, this work studies the implications between the notion of impunity and the discipline of International Financial Law (IFL), reviewing its characteristics and presenting a set of proposals to mitigate the impact of impunity within the IFL.*

Key words: *Impunity - International Financial Law - Economic Analysis of Law - Finance - Money Laundering*

* Abogado y Comunicador Social (UCAB). Magíster en Finanzas (IESA). Cursante del programa de Doctorado en Derecho, UCV. Profesor Invitado, maestría de Finanzas en el IESA. Dicta Taller de Ética aplicado a las Finanzas

Mercados financieros globales y Derecho Internacional Recorrido de algunas propuestas para combatir la impunidad

Andrés Felipe Guevara Basurco*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-213-228

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. La impunidad. 2. Acercamiento al ámbito financiero. 3. Derecho Internacional Financiero. 4. Regulación del Derecho Internacional Financiero. 5. El plano de las propuestas.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA GENERAL ACOTADA

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo estriba en reflexionar sobre la relación existente entre las regulaciones financieras y la noción de impunidad bajo el enfoque del Derecho Internacional, y hacer un esbozo sobre las medidas que se han planteado a los fines de mitigar dicha condición en el sistema financiero internacional.

A medida que el mundo se torna más complejo, el sistema financiero tiende a replicar dicha complejidad. De este modo, si bien las bases del sistema financiero se mantienen relativamente estables en cuanto a sus fundamentos teóricos (principios básicos de contabilidad, fundamentos de valoración corporativa, los lineamientos esenciales de lo que comprende el análisis técnico y el análisis fundamental, por solo mencionar algunos aspectos clásicos de lo que se estudia en el mundo financiero), no deja de ser menos cierto que a medida que el desarrollo financiero trasciende las fronteras de un determinado Estado e involucra la conjugación de diversas jurisdicciones, los retos para el Derecho Financiero y Bursátil y, concretamente, la regulación financiera internacional, son muy distintos a los que se planteaban tan solo unas décadas atrás.

Es inobjetable que en un sentido amplio las raíces del comercio internacional -y de los fundamentos de un sistema financiero internacional- pudieran remontarse a épocas tan remotas como a la de los intercambios que se daban en las civilizaciones fenicia y babilónica. Hayek incluso sugiere que un "comercio embrionario quizá surgiera incluso entre los salvajes más primitivos que, siguiendo los flujos migratorios de deter-

---

* Abogado y Comunicador Social (UCAB). Magíster en Finanzas (IESA). Cursante del programa de Doctorado en Derecho, UCV. Profesor Invitado, maestría de Finanzas en el IESA. Dicta Taller de Ética aplicado a las Finanzas

minadas especies animales, descubrirían la existencia de otros colectivos humanos"[1]. Sin embargo, a los fines de este estudio, la noción de finanzas internacionales y del Derecho Internacional se circunscriben a sus definiciones modernas y más actuales, concretamente a las expresiones que se encuentran desde principios del siglo XXI hasta el presente. Espacio temporal en el que, se estima, la sofisticación del sistema financiero y del Derecho Internacional han cobrado su mayor dimensión institucional y jurídica.

1. La impunidad

En este contexto, conviene aterrizar la posible correlación que pudiera existir entre la noción de impunidad, el sistema financiero y el Derecho Internacional. En el imaginario colectivo, en eso que a veces de forma un tanto coloquial se denomina "el saber popular" la definición de impunidad se asocia simplemente con la ausencia de justicia ante la comisión de un determinado hecho ilícito. Valga decir, que no se "castiga" -sanciona- a los responsables de una determinada conducta que se considera contraria a lo que la sociedad -o una parte de ella- estima correcto. En términos simples, la impunidad sería entendida como la falta de castigo.

En una aproximación más técnica y jurídica, sin embargo, la impunidad debe precisarse en un sentido amplio y restringido. Siguiendo a Chinchón Álvarez, la impunidad en sentido amplio "vendría referida a la no persecución de conductas tipificadas que pueden encuadrarse en la criminalidad común"[2], de forma tal que la falta de castigo de delitos comunes se materializa en el hecho de que la cantidad de delincuentes sancionados resulta mucho menor que aquélla que lo es[3]. Por otro lado, la impunidad en sentido estricto no se referiría a delitos comunes sino a "crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos"[4].

Asimismo, cierto sector de la doctrina distingue entre las nociones de impunidad de hecho e impunidad de derecho. La impunidad de hecho implicaría que "el delito no se hace del conocimiento de las autoridades y las mismas no tienen ningún indicador

---

1 **HAYEK**, Friedrich. *La fatal arrogancia*. *Los errores del socialismo*. Unión Editorial, Madrid: España, 1990 , p.79

2 **CHICHÓN ÁLVAREZ**, Javier. *El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional: Una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Número 24, 2012, p.3 Disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/concepto-impunidad-luz-derecho-internacional-una-aproximacion-sistemica-desde-derecho-internacional-penal-derecho-internacional-derechos-humanos

3 Idem.

4 Idem.

para saber de la perpetración del mismo"[5], valga decir, siguiendo a Orentlicher, "la ausencia de toda intervención jurídico estatal sobre los hechos"[6].

En cuanto a la impunidad de derecho, la misma se caracteriza por el hecho de que "a pesar de existir un conocimiento del delito por parte de las autoridades, el mismo no es investigado para lograr la determinación del culpable y el conocimiento de la verdad"[7]. Con base en lo señalado por Tayler, la impunidad de derecho implica "leyes, decretos o instituciones jurídicas que impiden que ciertas personas que se han visto implicadas en las violaciones de los derechos humanos deban comparecer ante la justicia u otras instituciones que investigan los hechos"[8].

Puede observarse que el concepto de impunidad guarda especial relación con el ámbito del derecho penal. Sin embargo, como se constata a continuación, la impunidad también se relaciona con el espacio del derecho internacional y los derechos humanos. Así, por ejemplo, en el Directorio General de Derechos Humanos y Estado de Derecho del Consejo de Europa[9] se estableció una guía con el objeto de erradicar la impunidad en lo que el citado consejo denomina violaciones serias a los derechos humanos.

Señala el directorio que la necesidad de combatir la impunidad viene dada por lo siguiente: (i) por el hecho de que los responsables de actos que constituyen graves violaciones de derechos humanos no rinden cuentas; (ii) la impunidad es facilitada o provocada principalmente por la falta de reacción diligente de instituciones o agentes estatales ante graves violaciones de derechos humanos y (iii) los Estados deben combatir la impunidad como una forma de justicia para las víctimas, como elemento disuasorio con respecto a futuras violaciones de derechos humanos y con el fin de defender el Estado de Derecho y la confianza pública en el sistema de justicia[10].

Siguiendo el criterio sostenido por Chinchón Álvarez, cuando se habla de impunidad en relación con los crímenes de derecho internacional, la noción fundamental a retener bien pudiera ser, de inicio, la simple negación del Principio I esgrimido en los "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias

---

5 **ESCOBEDO BARRONDO**, Astrid Odete. *El concepto de impunidad, su abordaje en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Trabajo de fin de Maestría en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid, España, septiembre 2013, p. 22-23

6 **ORENTLICHER** Diane cp. **ESCOBEDO BARRONDO**, Astrid Odete. *El concepto de impunidad (...) op.cit*., p.23

7 **ESCOBEDO BARRONDO**, Astrid Odete. *El concepto de impunidad (...) op.cit,* p. 22

8 **TAYLER**, Wilder. *La problemática de la Impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas – Notas para la reflexión* – Revista IIDH. No 24 1996 cp. **ESCOBEDO BARRONDO**, Astrid Odete. *El concepto de impunidad (...) op.cit,* p. 24

9 **DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW**. Council of Europe. *Eradicating impunity for serious human rights violations*, 2011. Disponible en: https://rm.coe.int/1680695d6e

10 Ibidem, p.21 (traducción libre del autor)

del Tribunal de Nuremberg", el cual se cita expresamente a continuación: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción"[11].

De este modo, siguiendo a Chinchón Álvarez, la vulneración del citado principio implica la ausencia de materialización de sanciones y responsabilidades para la persona que comete alguno de estos ilícitos, sea de manera directa y absoluta, o por medio del establecimiento de diversos obstáculos que dificulten o hagan prácticamente inviable su realización, y ello ocurra por vías de hecho o de Derecho[12].

Este autor, sin embargo, señala que entender la impunidad en el ámbito del Derecho Internacional como la mera ausencia de castigo sería una premisa incompleta que debe ser trascendida. De allí que la visión y el entendimiento de la noción de impunidad que propone Chinchón Álvarez conduzca "hacia la directa negación de las obligaciones internacionales que competen al Estado o los Estados en cuestión respecto a tales hechos. Nada más, pero nada menos"[13].

2. Acercamiento al ámbito financiero

Abordado un breve esbozo sobre la noción de impunidad, conviene acercar este concepto al ámbito financiero. Se mencionaba en párrafos anteriores que la impunidad se entendía en términos simples como la ausencia de castigo. Ahora bien, la impunidad cobra especial relevancia dentro de las finanzas. Ya no se trata solo de no presumir la buena fe en los intercambios comerciales[14], aspecto por lo demás bastante común en la opinión pública[15]. Se trata a su vez de otra percepción bastante extendida según la cual "la banca nunca pierde". De hecho, a modo de anécdota, al propio Thomas Jefferson, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos de América, se le han atribuido algunas expresiones contrarias al poder de la banca[16].

---

[11] **COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA**. *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm

[12] **CHINCHÓN ÁLVAREZ**, Javier. *El concepto de impunidad (...)* op. cit, p.13

[13] Ibídem, p.30

[14] Al respecto, consultar el siguiente trabajo: Andrés Felipe Guevara Basurco. *Breve aproximación al principio de buena fe en los intercambios comerciales*. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (Sovedem), No.3, 2019, Caracas: Venezuela.

[15] Véase, por ejemplo, Carlos Lanz Rodríguez. *El Capital Financiero Especulativo: Impunidad Ideológica y Corrupción*. Julio 2018. Disponible en: https://www.aporrea.org/contraloria/a266550.html

[16] Es el caso, por ejemplo, de la carta que Jefferson escribió a John Taylor en 1816. Cabe destacar sobre este particular que no hay unanimidad en el ámbito de los estudiosos de la historia sobre las expresiones hechas por Jefferson. Para más información consultar: Thomas Jefferson Encyclopedia. *Private Banks (Spurious Quotation)*. Disponible en: https://www.monticello.org/site/research-and-collections/private-banks-spurious-quotation

En efecto, el modo en que la sociedad se acerca al mundo del dinero es cuando menos complejo y controversial. Ello reviste mayor importancia cuando se desencadenan crisis financieras y éstas impactan el funcionamiento de la economía global. También cuando se presentan escándalos corporativos que por su complejidad involucran a distintas jurisdicciones, y también la potencial comisión de numerosos delitos.

Ante estos escenarios es usual que esa expresión en la que "la banca siempre gana" se haga de uso más corriente, y que aunada a otra expresión que se ha tornado en moneda de uso común, la famosa "demasiado grande para caer" ("*too big to fail*"), se reflexione de forma recurrente sobre la idea de impunidad en el sistema financiero. Valga decir, hasta qué punto el poder de una institución financiera, en función de su tamaño, interconexión global y función esencial para la economía le desarrolla un manto de impunidad tanto local como internacionalmente, so pena de llevar al caos al sistema financiero,y con este, a una crisis de magnitudes difícilmente valorables en otros ámbitos de la vida humana.

Son diversas las reflexiones que pueden desarrollarse en cuanto a este tema. Los conceptos económicos se entrelazan con los del Derecho. Juega un rol fundamental la noción de los incentivos. Siguiendo a Siegel, "los vicios privados sin los correspondientes beneficios públicos se fomentan cuando las personas están protegidas, o piensan que están protegidas, de las consecuencias negativas que puedan surgir mientras se quedan con las recompensas"[17].

Se desarrolla, de este modo, lo que en el círculo económico y financiero se denomina "*moral hazard*" o "riesgo moral", según el cual la persona se expone a una toma de decisiones con mayor nivel de riesgo puesto que las consecuencias de eventuales fallas o pérdidas no serán asumidas directamente por ellas, sino por terceros, lo cual, de cierta manera, derivaría en una forma de impunidad. El propio Siegel señala un elemento de suma importancia en torno al riesgo moral. Indica este autor que existe una extendida visión según la cual el "*moral hazard*" puede incitar a la especulación y posteriormente al desarrollo de un *crash* o crisis financiera. Los incentivos del "peligro" vendrían de las garantías o seguros que tienen las compañías.

Adicionalmente, a criterio de Siegel, el mayor problema estribaría en el hecho de que los gobiernos de todo el mundo, y particularmente el gobierno de los Estados

[17] **SIEGEL**, Laurence B. *A Riskless Society Is "Unattainable and Infinitely Expensive"*. En Insights into the Global Financial Crisis. The Research Foundation of CFA Institute, 2009, p.1 (traducción libre del autor)

Unidos, están intentando "utilizar la política para lograr una sociedad sin riesgos"[18]. Pero tal y como lo plantea el historiador Peter Bernstein, "una sociedad sin riesgos es inalcanzable e infinitamente costosa"[19].

A modo de precisión, y tomando como referencia los citados argumentos sobre riesgo moral, es importante acotar cuáles son los elementos e instituciones que abarcan el sector financiero, puesto que los mismos trascienden al ámbito bancario aún y cuando pueda existir la tendencia a hacerse una asociación directa entre banca y finanzas, especialmente en la esfera de las personas no vinculadas a dicho espacio. De allí que como bien señala el profesor Rodner, en un sentido amplio "las operaciones del mercado financiero internacional incluyen toda transferencia directa e indirecta de recursos financieros entre dos o más países"[20], en tanto que si nos ceñimos a una concepción más restringida, "el mercado financiero internacional está compuesto de las operaciones de endeudamiento que resultan de la transferencia de recursos financieros de un país a otro, o sea, los financiamientos internacionales"[21].

De allí que siguiendo una concepción amplia del mercado financiero internacional, en éste se pueden incluir actividades diversas, entre las que se destacan las siguientes: (i) transferencias o depósitos bancarios; (ii) préstamos bancarios; (iii) financiamientos obtenidos en los mercados internacionales, a través de la emisión de títulos valores; (iv) transferencias de recursos a través de inversiones directas en países extranjeros; y (v) inversiones de portafolio realizadas en el mercado internacional[22].

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional señala expresamente que el sistema financiero venezolano "está conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales y cualquier otra forma de organización que operan en el sector bancario, el sector asegurador, el mercado de valores y cualquier otro sector o grupo de instituciones financieras que a juicio del órgano rector deba formar parte de este sistema"[23].

En tal sentido, el legislador venezolano distingue tres aristas fundamentales dentro del sistema financiero: el sector bancario, el sector asegurador y el sector correspondiente al mercado de valores. De data más reciente, se sugiere añadir a esta categorización al sector de los denominados activos digitales, especialmente las criptomonedas, las

---

18 Ibídem, p.2

19 Ídem.

20 **RODNER**, James-Otis. *Elementos de finanzas internacionales*. Editorial Arte, Caracas, 1997, p.513

21 Ibídem, p.514

22 Ibídem, p.513

23 Gaceta Oficial No. 39.578, de fecha 21 de diciembre de 2010.

cuales tienen su propia regulación según el ordenamiento venezolano, incluyendo su regulador, la Superintendencia de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP).

Tomando las ideas del profesor Rodner, entendiendo al mercado financiero internacional en sentido amplio, es sobre este espacio de actividades, y siempre que ello incluya a dos o más países, que se comprenderá la expresión de sistema financiero internacional para los efectos de este trabajo.

3. Derecho Internacional Financiero

Es sobre este campo, lleno de profundas complejidades, que se entrelazan el derecho y las finanzas. Llegado el momento de definir el derecho internacional financiero ("DIF") el reto no es menor. En efecto, como bien apunta Waivel el DIF "es un campo amorfo y mal definido"[24] y dicha imprecisión también acarrea sus consecuencias cuando se intenta definir su ámbito de aplicación. En este sentido, destaca Chris Brummer (Universidad de Georgetown), citado por Waivel, que los abogados especializados en Derecho Internacional han tenido poco entusiasmo por el DIF, debido al hecho de que éste usualmente carece de legitimidad y solemnidad.

A juicio de Brummer, a diferencia de otras ramas del Derecho Internacional, el DIF usualmente no toma forma a través de tratados internacionales. "Como resultado, el derecho financiero internacional ha ocupado un segundo plano en comparación con otras áreas del derecho internacional con características más obvias reconocibles bajo la teoría legal tradicional"[25]. Esta circunstancia de relegación pudiera también ayudar a comprender por qué razón la relación entre la impunidad internacional y el DIF no tenga la relevancia que se desarrolla en otros ámbitos, tales como el campo de los derechos humanos, por sólo citar un caso sobre el que se han hecho ciertas menciones a lo largo de este estudio.

El mismo Brummer sostiene que hay tres dinámicas que caracterizan al DIF, a saber: (i) el hecho de que la gobernanza de las finanzas internacionales es difusa; (ii) el *network* intergubernamental y privado (en algunos casos) tiende a desarrollarse informalmente, en vez de contar con organizaciones internacionales de tipo formal para llevar a cabo dichos procesos de gobernanza; y (iii) la regulación financiera internacional frecuentemente toma la forma de *soft law* y la coordinación de estándares domésticos, en vez de leyes cuyas obligaciones y cumplimiento pueda ser exigido bajo la forma de tratados formales[26].

---

[24] **WAIVEL**, Michaell. *Financial Crises and International Law*. Legal Studies Research Paper Series. University of Cambridge. Faculty of Law. PAPER NO. 18/2019, 2019, p.10

[25] Ídem.

[26] Ídem.

Llegados a este punto, conviene acotar, sin embargo, que en el espectro internacional existen distintas organizaciones que tienen por objeto armonizar el funcionamiento de las finanzas en el mundo. Prueba de ello lo constituyen organizaciones de distinta índole, tales como el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (Comité de Basilea), el cual se enfoca en las regulaciones relativas a la práctica bancaria y adecuación de capital; la *International Swaps and Derivatives Association* ("ISDA") que busca regular el mercado global de derivados; la *International Organisation of Securities Commission* ("IOSCO"), cuyo cometido estriba en regular el mercado de títulos valores y los mercados de futuros mundialmente; o la *International Association of Insurance Supervisors* ("IAIS") en el campo del sector asegurador.

Como plantea Waivel, este tipo de organizaciones, al igual que otras de diversa índole (incluso algunas dentro del espectro político) coadyuvan a generar un patrón de armonización de distintas funciones normativas y jurídicas dentro del DIF. Así, por ejemplo, Waivel distingue cuatro tipos de entidades que desarrollan la "arquitectura de la gobernanza financiera internacional".

En primer lugar, destacan las instituciones que fijan las agendas (*agenda setters*), tales como el G20 y la *Financial Stability Board*; en segunda instancia se encontrarían las organizaciones que fijan estándares (*Standard-setting organisations*), como por ejemplo lo serían el Comité de Basilea, IOSCO o IAIS, anteriormente señaladas. Tercero, los implementadores (*Implementers*), en donde se ubican las agencias reguladoras nacionales. Cuarto los monitores (*monitors*) entre los que se hallan el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial e inclusive los propios Estados cuando realizan algún tipo de acción basados en una modalidad de *peer review*[27].

Se observa que, al menos desde el punto de vista institucional, sí existen diversas organizaciones cuyo cometido precisamente es el de crear un marco regulatorio internacional para el DIF. Ahora bien, en este punto, conviene precisar algunos temas sobre la técnica regulatoria del DIF, y cómo ésta incide sobre la manera en que se desarrolla la idea de impunidad.

4. Regulación del Derecho Internacional Financiero

Como bien apuntan Tietje y Lehmann la "regulación financiera no es completa. No cubre toda la realidad de los mercados financieros. Siempre ha habido algunas áreas que los Estados dejan voluntariamente sin regular para no obstaculizar los talentos

[27] **WAIVEL**, Michaell.. *Financial Crises* (...) op. cit, p.11

innovadores y el potencial de los actores financieros"[28]. En efecto, uno de los debates más significativos que se da dentro del ámbito del Derecho Financiero estriba en la tensión existente entre la regulación y la innovación.

Como regla general, pudiera señalarse que la innovación requiere de un marco de libertad para poder desarrollarse. Al mismo tiempo, sin embargo, se encuentra el rol del regulador, quien por diversas razones -las cuales comprenden desde motivos políticos, electorales, sociales, económicos e incluso del propio entorno legal- se ve compelido a establecer un conjunto de regulaciones que limitan el proceso de innovación. No existe fórmula que determine el "justo medio" entre ambos pesos, y no pocas veces la solución pudiera hallarse en el contexto preciso de cada innovación y la regulación que se intenta aplicar.

Es importante destacar, sin embargo, que si se asume que el Derecho tiene como función facilitar el funcionamiento de los mercados, "el propósito del análisis económico del Derecho es promover mediante normas y disposiciones contractuales un comportamiento eficiente de los agentes económicos"[29]. Si bien son muchos los elementos que pudieran tomarse en consideración para medir la eficiencia de un agente económico -desde modelos econométricos hasta estudios de campo sociológicos- todo ello, en última instancia, pudiera traducirse en la creación de valor, la meta final de toda operación financiera.

Este planteamiento lleva a la conclusión de que el crecimiento económico "se constituye en la medida de referencia de los niveles de desarrollo de un país"[30], impactando a su vez el funcionamiento de elementos que trascienden a la economía, como lo son la democracia y el propio Estado de Derecho[31]. Sobre este punto se observa un elemento crucial para este trabajo. Si bien la actividad financiera puede contribuir al crecimiento económico, ello no impide que el sector financiero esté exento de la comisión de hechos ilícitos, ni que estos se conecten con el orden internacional.

Ello cobra aún más relevancia en los denominados mercados emergentes, en los que la provisión de servicios financieros viene acompañada de una tendencia a una mayor opacidad en el plano regulatorio. Son diversas las razones que pueden argüirse para esta circunstancia: debilidad institucional, fragilidad en el Estado de Derecho, incenti-

---

[28] **TIETJE** Christian; **LEHMANN** Matthias. *The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision*. Journal of International Economic Law, Oxford University Press, Vol 13, No. 3, 2010, p.664 Disponible en: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/LS_Lehmann/Publikationen/Tietje_Lehmann_Role_of_Fin_Law.pdf (traducción libre del autor)

[29] **AARONS**, Fred. *Contribuciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas: Venezuela, 2017, p.47

[30] Ibídem, p.44

[31] Ídem.

vos de flexibilización regulatoria y fiscal en aras de captar capitales que se encuentran en otros mercados.

Lo cierto del caso es que el problema de la impunidad está presente dentro del contexto financiero. De hecho, pudiera afirmarse que la actividad ilícita financiera "impulsa y apoya algunos de los peores problemas que enfrenta la sociedad hoy en día, incluido el terrorismo, la explotación sexual, la esclavitud moderna, la caza furtiva de vida silvestre y el contrabando de drogas"[32]. De allí que, citando en otro trabajo a Brummer, pueda afirmarse que la denominada *hard law*, sus instituciones e instrumentos, jueguen un papel muy limitado en la regulación de las finanzas, especialmente a nivel multilateral global[33].

5. El plano de las propuestas

El propio Foro Económico Mundial (FEM) ha reconocido esta circunstancia, y más allá de soluciones jurídicas concretas se ha inclinado por recomendaciones de índole política. Así, por ejemplo, en un papel de trabajo ha señalado que sugiere mantener un "diálogo abierto", especialmente entre reguladores locales y regionales y sus contrapartes en distintas instancias, tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), incluyendo a Estados Unidos, la Unión Europea y otras jurisdicciones. De acuerdo con el FEM, ello ayudaría a vincular a los reguladores de los mercados emergentes para mejorar el cumplimiento y mejorar la percepción del riesgo[34]. Ello contribuiría a su vez "a aclarar las expectativas con respecto a los estándares globales sobre delitos financieros, lograr una comprensión uniforme de los requisitos y metas de cumplimiento y fomentar la implementación efectiva"[35].

En adición al proceso de diálogo, el FEM propone la creación de un registro global de países y sus respectivas instituciones financieras, en el que se indique qué organizaciones cumplen con los estándares de cumplimiento y prevención de delitos financieros, transparencia fiscal y regulación prudencial[36]. Según esta propuesta, la inclusión de más jurisdicciones en dicho sistema ayudaría a ampliar la información sobre la cual se decide realizar una determinada operación en un país o conjunto de países.

---

[32] **INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE & DELOITTE**. *The global framework for fighting financial crime Enhancing effectiveness & improving outcomes*, 2019 p.32

[33] **BRUMMER**, Chris. *Why Soft Law Dominates International Finance -and not Trade.* Journal of International Economic Law 13 (3), 2010, p.627 Disponible en: http://ssrn.com/abstract=174251

[34] **WORLD ECONOMIC FORUM**. *The Role of Law and Regulation in International Trade Finance: the Case of Correspondent Banking*. White Paper Series. Julio 2017, p.12

[35] **BRUMMER**, Chris. *Why Soft Law Dominates (...)* op.cit, p. 628.

[36] Ídem.

A la luz de estas recomendaciones, un tema importante a resaltar es el hecho de que si bien el DIF está caracterizado por el *soft law*, ello en modo alguno implica la ausencia de un marco normativo internacional. Brummer indica que las fuentes del DIF tienden a ser informales, y ello conduce a que los productos normativos que la disciplina genera también lo serán. Sin embargo, informalidad no es sinónimo de ausencia.

En tal sentido, llegado el momento de establecer un compendio de herramientas que contribuyan a disminuir el proceso de impunidad dentro del DIF, siguiendo el criterio de Brummer, pudieran señalarse distintas expresiones normativas que deben tomarse en consideración, a saber: (i) las denominadas mejores prácticas (*best practices*); (ii) reportes y observaciones sobre regulaciones (*regulatory reports and observations*); y (iii) intercambio de información y cooperación en el cumplimiento de las normas (*information-sharing and enforcement cooperation*).

Las mejores prácticas, siguiendo a Brummer, se referieren a "áreas de problemas discretos, como la adecuación del capital, las reglas óptimas de divulgación y las técnicas de diligencia debida para prevenir el lavado de dinero"[37]. Por su parte, el intercambio de información y la cooperación sirven al DIF de diferentes formas. La recopilación y evaluación de datos por parte de los entes reguladores de cada país pueden facilitar la elaboración de informes que "crean un registro oficial de los hechos, así como opiniones y perspectivas institucionales en cuanto a los datos financieros y sus implicaciones para la economía global en general"[38]. Con estas acciones, se establece "una base para la formulación de políticas y, a menudo, generan corrientes normativas subyacentes que ayudan a definir la idoneidad de los enfoques regulatorios nacionales"[39].

En cuanto al intercambio de información y la cooperación, los mismos se desarrollan tanto a escala mundial como regional y a través de ellos se obtiene la "información adecuada y pertinente para evaluar la exposición al riesgo de los bancos o la posibilidad de fraude transnacional o blanqueo de capitales"[40].

A modo de cierre, las ideas recogidas hacia donde enfocar el esfuerzo para reducir la impunidad en el ámbito de las finanzas internacionales pudieran sintetizarse en un compendio de pasos que preparó el *Institute of International Finance* y la firma Deloitte sobre la materia. En específico, el papel de trabajo establece siete pasos para combatir la criminalidad en los servicios financieros (*Seven steps to combat criminality in financial services*), y enumera un conjunto de medidas establecidas precisamente para disminuir la impunidad dentro del citado campo de estudio.

---

37 Ídem.
38 Ibídem, p.629
39 Ídem.
40 Ibídem, p. 630

De forma sucinta, los siete pasos se enumeran a continuación: (i) Mejoras sistémicas globales para las finanzas gestión del riesgo de delitos; (ii) Promoción de la asociación entre el sector público y el privado; (iii) Mejorar el intercambio de información nacional y transfronteriza; (iv) Mejorar el uso y la calidad de los datos; (v) Reformar los regímenes de notificación de actividades sospechosas; (vi) Mitigar la implementación inconsistente o incoherente de los estándares y guías de cumplimiento de delitos financieros, y brindar claridad regulatoria; (vii) Incrementar y mejorar el uso de la tecnología para combatir las finanzas ilícitas[41].

Los pasos parecen sencillos en el papel, pero en la praxis lejos están de ser fácilmente implementados. Como se ha visto, el DIF está dotado de sus propias particularidades, entre las que se incluyen no sólo su carácter relativamente novedoso, si se compara con otras ramas del Derecho Internacional, sino el reto institucional que deriva de su informalidad, la prevalencia del *soft law*, y el reto logístico que implica concatenar los esfuerzos y voluntades de diversas jurisdicciones y órganos y entes reguladores. En el caso venezolano, el reto no es menor. "(...) la delincuencia organizada en Venezuela es uno de los factores, quizá el más importante, para explicar el casi incomprensible nivel de violencia, homicidios, secuestros y otros delitos que padece el país (...)"[42].

En las condiciones actuales, una parte del entorno financiero internacional guarda relación con la delincuencia organizada. Su superación, sigue siendo una tarea pendiente. Y el Derecho debe contribuir a ello.

CONCLUSIONES

1. Si bien las bases del sistema financiero se mantienen relativamente estables en cuanto a sus fundamentos teóricos, no deja de ser menos cierto que los retos para el Derecho Financiero y la regulación financiera internacional son muy distintos a los que se planteaban tan solo unas décadas atrás.

2. La impunidad, entendida en su sentido amplio, se refiere a la no persecución de conductas tipificadas que pueden encuadrarse en la criminalidad común, conduciendo a que la falta de castigo de los referidos delitos se materialice en una cantidad de delincuentes sancionados que resulta mucho menor que aquélla que sí recibe sanción.

---

41 **INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE** (...) op.cit, p.06

42 **TABLANTE**, Carlos; **TARRE**, Marcos. *Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela*. Editorial La hora del norte, Caracas: Venezuela, 2013, p.41

3. Sin embargo, este concepto de impunidad en el ámbito del Derecho Internacional, entendida como la mera ausencia de castigo es una premisa incompleta que debe ser trascendida. Siguiendo el criterio de Chinchón Álvarez se debe incluir dentro de la noción de impunidad la directa negación de las obligaciones internacionales que competen al Estado o a un conjunto de Estados.

4. El Derecho Internacional Financiero se caracteriza por tener una definición que adolece de precisión (Brummer), lo cual hace que con frecuencia la disciplina ocupe un segundo plano en comparación con otras áreas del Derecho Internacional. Esta circunstancia de relegación pudiera también ayudar a comprender por qué razón la relación entre la impunidad internacional y el Derecho Internacional Financiero no tenga la relevancia que se desarrolla en otros ámbitos, como en el caso de los derechos humanos.

5. Sin embargo, al menos desde el punto de vista institucional, a pesar de las características descritas, sí existen diversas organizaciones cuyo cometido precisamente es el de crear un marco regulatorio internacional para el Derecho Internacional Financiero.

6. Si bien la actividad financiera puede contribuir al crecimiento económico, ello no impide que el sector financiero esté exento de la comisión de hechos ilícitos, ni que estos se conecten con el ordenamiento jurídico internacional. Ello cobra aún más relevancia en los denominados mercados emergentes, en los que la provisión de servicios financieros viene acompañada de una tendencia a una mayor opacidad en el plano regulatorio. Son diversas las razones que pueden argüirse para esta circunstancia: debilidad institucional, fragilidad en el Estado de Derecho, incentivos de flexibilización regulatoria y fiscal en aras de captar capitales que se encuentran en otros mercados.

7. Si bien el Derecho Internacional Financiero está caracterizado por el *soft law*, ello en modo alguno implica la ausencia de un marco normativo internacional para el sistema financiero global, y la elaboración de un conjunto de políticas destinadas a combatir la impunidad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL ACOTADA

AARONS, Fred. *Contribuciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas: Venezuela, 2017.

BRUMMER, Chris . *Why Soft Law Dominates International Finance -and not Trade.* Journal of International Economic Law 13 (3), 2010. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=174251

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional: Una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Número 24, 2012, p.3 Disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/concepto-impunidad-luz-derecho-internacional-una-aproximacion-sistemica-desde-derecho-internacional-penal-derecho-internacional-derechos-humanos

DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW. Council of Europe. *Eradicating impunity for serious human rights violations*, 2011. Disponible en: https://rm.coe.int/1680695d6e

HAYEK, Friedrich. *La fatal arrogancia*. *Los errores del socialismo*. Unión Editorial, Madrid: España, 1990.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE & DELOITTE. *The global framework for fighting financial crime Enhancing effectiveness & improving outcomes*, 2019.

RODNER, James-Otis . *Elementos de finanzas internacionales*. Editorial Arte, Caracas, 1997.

SIEGEL, Laurence B. *A Riskless Society Is "Unattainable and Infinitely Expensive"*.En Insights into the Global Financial Crisis. The Research Foundation of CFA Institute, 2009.

TABLANTE, Carlos; TARRE, Marcos. *Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela*, Editorial La hoja del norte, Caracas: Venezuela ,2013.

TIETJE, Christian ; Lehmann, Matthias. *The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision*. Journal of International Economic Law, Oxford University Press, Vol 13, No. 3, 2010, p.664 Disponible en: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/LS_Lehmann/Publikationen/Tietje_Lehmann_Role_of_Fin_Law.pdf

WAIVEL, Michael. *Financial Crises and International Law*. Legal Studies Research Paper Series. University of Cambridge. Faculty of Law. PAPER NO. 18/2019, 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Role of Law and Regulation in International Trade Finance: the Case of Correspondent Banking*. White Paper Series. Julio 2017.

Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social

Jesús A. Villegas Ruiz*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-229-254

Resumen: El artículo señala la importancia de establecer las mejores prácticas corporativas en materia de respeto a los derechos humanos y la responsabilidad social como parte de un programa de compliance empresarial. En la actualidad, los abogados corporativos deben necesariamente estar en constante evolución y preparación ante un ambiente retador. El cómo y cuánto impacta una empresa a la sociedad se ha convertido en los últimos años en un objetivo fundamental para las corporaciones y el abogado corporativo tiene un papel fundamental en el alcance de los objetivos que se planteen al respecto.

Palabras clave: Compliance, Responsabilidad Social Empresarial, mejores prácticas corporativas, respeto a los derechos humanos, sustentabilidad.

Company, Human Rights & Corporate Social Responsibility

Abstract: *The paper points out the importance of establishing best practices in respect of human rights and corporate social responsibility as part of a corporate compliance program. Currently, corporate lawyers must necessarily be in constant evolution and preparation due to the changes that exist in the corporate environment. Their focus should be navigating the regulations that may affect the operations of the How much a company impacts on society, is increasingly becoming on one of the main corporate objectives and the in-house counsel has a main role on achieving the targets set in this new corporate purpose.*

Key words: *Compliance, Corporate Social Responsibility, best corporate practices, human rights respect, sustainability.*

---

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Magíster en Administración en el IESA. Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial agradecimiento a Isabella Perera por la revisión bibliográfica y a Karina Odreman por sus invaluables comentarios en la versión final de este artículo en materia de responsabilidad social empresarial.

Empresa, Derechos Humanos y Responsabilidad Social

Jesús A. Villegas Ruiz*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-229-254

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. Derechos Humanos y Empresa. 1.1.- Derecho internacional de los Derechos Humanos. 1.2.- Implicaciones legales para la empresa. 2. Responsabilidad Social Empresarial. 2.1.- Impulso empresarial in-house. 2.2.- Normativa aplicable. 2.3.- Sustentabilidad empresarial. 3. El objetivo del CSR: La empresa responsable. 3.1.- Gobierno corporativo responsable. 3.2.- Conducta responsable. 3.3.- Gerencia responsable. 3.4.- Mejores prácticas corporativas. 3.5-. Tendencias en materia comercial. 3.6.- Herramientas contractuales. 4. El futuro sobre el CSR y los Derechos Humanos. 5. Nota final.*** BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hacer negocios éticamente implica respeto por los Derechos Humanos en cualquier actividad industrial que realice el negocio que representemos y el ejercicio activo de la responsabilidad empresarial frente a la sociedad. La cadena de valor empresarial, como análisis interno de la compañía, permite identificar que actividades generan valor en cada unidad estratégica de negocios de la empresa, y sus repercusiones para accionistas y la sociedad en general.[1] Precisamente en el análisis interno empresarial, la compañía puede identificar sus carencias en materia de derechos humanos y responsabilidad social empresarial. La práctica contemporánea de c*ompliance* no es solamente todo lo que desea realizar la compañía en el marco regulatorio existente como requisitos meramente de papel. Adicionalmente a todas las reglas de derecho y problemas legales que existen, así como la necesidad de una empresa de producir ganancia para sus accionistas, estas deben ser fomentadas a ir más allá de sus obligaciones y deberes formales en servicio del interés público.[2]

---

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Magíster en Administración en el IESA. Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial agradecimiento a Isabella Perera por la revisión bibliográfica y a Karina Odreman por sus invaluables comentarios en la versión final de este artículo en materia de responsabilidad social empresarial.

1 *Véase* en general sobre la cadena de valor, Michael Porter, *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (Harvard Business Review 1985).

2 Geoffrey P. Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance* (New York: Aspen Casebook series, 2014), 491.

Para el propósito de este ensayo, *compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones de una empresa. Se ha señalado que la función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones.[3] En nuestro caso puntual, nuestra visión de compliance es *amplísima* toda vez que puede ser aplicado a múltiples problemas corporativos de diversa índole: problemas éticos, penales, regulatorios, legales, de comercio internacional, entre otros, que representan un riesgo potencial para la empresa y que puede ser mitigado con prevención o una adecuada estrategia legal y comercial. Para el propósito de estas palabras, nos enfocaremos en ver su aplicación y utilidad corporativa en lo que respecta a la posición de la empresa en relación con la responsabilidad social y el respeto a los derechos humanos.

Ahora bien, además de cumplir con todo lo que se refiere al marco normativo y regulatorio que afecta al desenvolvimiento de sus funciones, es fundamental que las empresas realicen su actividad comercial respetando a la sociedad en su conjunto y preservando los valores que persigue. Este fin no es poca cosa, y en la actualidad, pudiera catalogarse como una necesidad de negocio. ¿Cómo una empresa puede realizar negocios obviando completamente a la sociedad que se desenvuelve? Consideramos que es importante que las organizaciones procuren afectar positivamente al entorno donde se desarrollan sus actividades para lograr un impacto que, entre otras cosas, puede incluso mejorar su operatividad. Las necesidades de la sociedad, y no sólo las necesidades económicas convencionales, son las que definen los mercados, y los males de la sociedad pueden crear costos internos para las empresas.[4] Mientras una empresa se preocupa por la colectividad, las personas en general y sus trabajadores sienten empatía y apoyo frente a la sociedad, esto genera sentido de pertenencia y mayor motivación en la ejecución de sus labores, logrando incluso mejores resultados y comportamiento en el mercado particular.[5]

En este trabajo nos referimos al fenómeno y tendencia del *Corporate Social Responsibility* ("CSR") el cual ha sido un tema bandera para los activistas sobre gobierno corporativo responsable por generaciones.[6] Así, conjuntamente con la necesaria responsabilidad y compromiso ambiental de los negocios, Derechos Humanos, Responsabilidad Social y ética empresarial han sido tópicos clave en el desarrollo empresarial

---

[3] *Id.* 137.

[4] Michael Porter & Mark R. Kramer, *La Creación de Valor Compartido* (Harvard Business Review 2011), 5. Disponible en: https://www.iarse.org/uploads/Shared%20Value%20in%20Spanish.pdf

[5] Esta situación ha sido definida como "valor compartido empresarial". El concepto de valor compartido puede ser definido como las políticas y las prácticas operacionales que mejoran la competitividad de una empresa a la vez que ayudan a mejorar las condiciones económicas y sociales en las comunidades donde opera. La creación de valor compartido se enfoca en identificar y expandir las conexiones entre los progresos económico y social. *Id.* 6.

[6] Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance…,* 499.

contemporáneo. En estas líneas, vamos a explorar este tema desde una perspectiva de interés empresarial, la forma legal de implementación de estos mecanismos, así como el derecho internacional que rodea la nueva práctica corporativa. De esta forma, exploramos la relación existente entre una empresa socialmente responsable y su labor en coadyuvar en el respeto a los derechos humanos.

1. Derechos humanos y Empresa

¿Debe la empresa velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos? Esta pregunta ha sido ampliamente debatida en el foro internacional y con mucha pertinencia. En primer lugar, el foco del activismo sobre los Derechos Humanos ha sido tradicionalmente sobre los actores estatales, aunque recientemente ese foco se ha expandido a actores corporativos y organizaciones cuyas actividades influencien Estados abusivos y partes asociadas a entidades públicas.[7] Si bien originalmente el respeto a los derechos humanos debe provenir de los órganos y entes públicos, como sujetos de derecho internacional, las empresas han incorporado en sus buenas prácticas corporativas políticas y protocolos para coadyuvar con las autoridades en el constante trabajo del respeto a los derechos humanos.

La empresa multinacional contemporánea tiene un alcance muy importante en las comunidades más afectadas en cuanto a violaciones de derecho humanos, así como el acceso de bienes y servicios. Ahora bien, desde la publicación de los principios rectores sobre empresas y los derechos humanos por parte de las Naciones Unidas existen estándares internacionales de cómo las empresas deben garantizar el respeto a los derechos humanos en su industria o sector en particular.[8] Toda actividad humana y empresarial puede generar externalidades o impactos sobre su entorno, tanto positivos como negativos, y es allí donde la actividad empresarial debe prevenir vulnerar los Derechos Humanos.[9]

---

7 Véase *Id*. 501.

8 Resolución 17/4 del 6 de julio de 2011 de las Naciones Unidas.

9 Karin Eggers, ed., *Guía para las empresas: Empresas y Derechso Humanos* (Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valpariso, 2019), 18. Disponible en www.cpc.cl/wp-content/uploads/2019/05/1_Guia-para-Empresas-DDHH-2019_17abril.pdf.

1.1.- Derecho internacional de los Derechos Humanos

En el 2011, la Organización para la Colaboración y el Desarrollo Económico[10] ("OECD") emitió una serie de recomendaciones a los Estados miembros respecto al tratamiento de las compañías transnacionales.[11] Las Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales tienen como objetivo promover la contribución positiva de las empresas al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo.[12] Por ello, las empresas pueden incidir prácticamente en todo lo referido a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. En la práctica, ciertos derechos humanos pueden ser más vulnerables que otros en determinados sectores o contextos y serán, en consecuencia, objeto de mayor atención.[13]

Ciertamente, no es lo mismo el sector manufacturero e industrial que el sector farmacéutico o financiero, de tal manera que existen sectores que de alguna manera son más propensos al trabajo infantil, al trabajo en condiciones precarias y/u otras vulnerabilidades a los derechos humanos. Cabe advertir que estas recomendaciones no obligan a los Estados miembros ni a sus empresas (aun cuando cada vez existen más argumentos del carácter consuetudinario de los derechos humanos y la creación de obligaciones en el marco del derecho internacional), pero ciertamente han creado una *soft law* en toda la materia de derechos humanos para las corporaciones.

Las empresas transnacionales han sido el foco de la nueva regulación empresarial. Pero ¿por qué representan las multinacionales un punto de controversia en materia de responsabilidad social? Desde 1970, la idea de empresa multinacional se ha convertido alrededor del mundo en sinónimo de poder y riqueza, y en muchos casos, en un símbolo potente de dominancia política y económica de los Estados Unidos.[14] Sin embargo, en la actualidad, esta concepción se encuentra muy alejada de la realidad pues existen multinacionales reconocidas de muchas nacionalidades. La remoción de las barreras de comercio e inversión entre Estados es considerada como un factor contribuyente en el enorme crecimiento económico en las inversiones extranjeras directas durante las décadas de los ochenta y noventa.[15] No obstante el enorme crecimiento económico

---

[10] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es una organización internacional cuya misión es diseñar mejores políticas públicas. Con ello, la OCDE tiene como objetivo promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas, a través de la colaboración con gobiernos, responsables de políticas públicas y ciudadanos, trabajamos para establecer estándares internacionales y proponer soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales, económicos y medioambientales.

[11] OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (Paris: OECD Publishing, 2013), edición en PDF.

[12] *Id*. 3.

[13] *Id*. 36.

[14] Jennifer Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (New York: Cambridge University Press, 2012), 9.

[15] Zerk, *Multinationals* and Corporate Social Responsibility…, 14, citando a UNCTAD, *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, 1997.

generado, a principios de los noventa la empresa transnacional como la conocemos empezó a enfrentar un nuevo abanico de retos y oportunidades, así como de demandas sociales importantes pero en esta ocasión generadas por la sociedad civil basadas en la idea del CSR.[16]

La empresa transnacional tiene el poder verdadero de contribuir socialmente en múltiples jurisdicciones y posee un entramado corporativo interno de regulaciones y prácticas que pueden hacer posible verdaderos cambios sociales. Así, es indudable que la empresa transnacional contemporánea puede llegar a sitios donde el Estado no puede ejercer su influencia, y puede impactar en el desarrollo social de las comunidades. Es este el origen de una, quizás problemática, discusión profunda de los objetivos empresariales y su impacto en la sociedad, y cómo la empresa puede colaborar con los fines de los Estados. Ahora bien, ¿debe la empresa asumir esas cargas de acuerdo con el derecho internacional? ¿Cuál es la responsabilidad de la empresa en materia de derecho humanos?

El derecho internacional público consuetudinario presenta grandes aportes en este sentido, al institucionalizar por medio de la OECD las buenas prácticas empresariales. Adicionalmente, la responsabilidad social empresarial se ha ampliado de manera considerable, entendiendo a la empresa no sólo como entidad generadora de riqueza para los accionistas, sino como un actor social más que contribuye con la sociedad en la que participa. Políticas y protocolos empresariales pueden diseñar los lineamientos respecto a los límites y procedimientos para llevar a cabo la labor de responsabilidad social empresarial y como procurar legalmente el respecto de los derechos humanos de parte de las actuaciones corporativas. Buena parte del derecho sobre los derechos humanos es derecho internacional público que ha ido permeando el derecho interno de todos los países y sus legislaciones.

1.2.- Implicaciones legales para la empresa

En Venezuela, es una norma de derecho doméstico que toda persona tiene el deber de cumplir con sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social.[17] Así, son valores superiores de su ordenamiento jurídico la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, así como la ética.[18] No intentamos dedicar

---

[16] Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*…, 15.

[17] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), art. 132 (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999).

[18] *Id*. Art. 2.

nuestro estudio a un análisis exhaustivo de los derechos humanos, lo importante es comprender cómo impactan ellos en las actividades empresariales modernas y cómo adecuar las prácticas de nuestros clientes a las recomendaciones que siguen muchos de los preceptos del derecho internacional en la materia.

Como regla general, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, las empresas no son responsables por violaciones de derechos humanos cometidos en los Estados donde se encuentran haciendo negocios. Esta precisión es muy importante, y como veremos, tiene sus matices pues existe una tendencia a trasladar responsabilidad a particulares en materia de derechos fundamentales.

No en vano la Resolución 17/4 del 6 de junio de 2011 de las Naciones Unidas ha señalado que las empresas transnacionales y otras empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos,[19] y que los Estados deben procurar la debida reglamentación, entre otras cosas mediante la legislación nacional de las empresas transnacionales y otras empresas, pues que el funcionamiento responsable de estas pueden contribuir a promover la protección, el ejercicio y el respeto de los derechos humanos y ayudar a canalizar los beneficios que obtienen hacia el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.[20]

Mucho se ha debatido sobre el carácter consuetudinario de los derechos humanos. Recientemente, la Corte Suprema de Canadá en el caso *Nevsun Resources v. Araya*[21] *sostuvo que el carácter consuetudinario del derecho internacional implica, tácitamente, la aplicación doméstica del derecho internacional de los derechos humanos como derecho interno y aplicable a las empresas. Newsun* es un caso interesante de resaltar pues el apelante, una empresa minera con sede en Vancouver, podría ser considerada directamente responsable de las violaciones de las normas del derecho internacional consuetudinario contra la esclavitud, el trabajo forzado y el trato cruel e inhumano en relación con la operación de una mina en Eritrea.[22] Como acertadamente –en la opinión del autor– señalan los comentaristas, afirmar que las normas de derecho internacional consuetudinario vinculan directamente a las empresas (y otras personas privadas), es un gran paso adelante en el estado actual de los criterios adoptados sobre esta cuestión por otros órganos judiciales internacionales.[23] Por eso es tan importante analizar la cadena

---

[19] Considerandos de la Resolución 17/4 del 6 de julio de 2011 de las Naciones Unidas.

[20] *Id*.

[21] *Nevsun Resources Ltd. v. Gize Yebeyo Araya, et al.*, sentencia del 28 de febrero de 2020..https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/18169/index.do.

[22] *Id*.

[23] Véase Siddharth Aatreya, 3 de abril de 2020, «"Private" Breaches of International Law: Lessons from Domestic Courts for International Investment Law», *Opinio Juris,* http://opiniojuris.org/2020/03/04/private-breaches-of-international-law-lessons-from-domestic-courts-for-international-investment-law/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+opiniojurisfeed+%28Opinio+Juris%29

de valor de la organización y entender en dónde empieza y terminan las operaciones de una empresa para calcular así sus impactos en materia de derechos humanos y responsabilidad social.

Las complejidades que existen en la relación entre el derecho interno con el derecho internacional no son una situación nueva. Desde mediados de los noventa, ciudadanos norteamericanos y organizaciones no gubernamentales han ejercido acciones judiciales contra empresas transnacionales de acuerdo con lo establecido en el *Judiciary Act of 1789* conocido como el *Alien Tort Claims Act*[24] *y con base en el derecho internacional violado en el caso en concreto.*[25] *Los tribunales federales norteamericanos han aceptado desde Filartiga v. Peña-Irala*,[26] permitir a las víctimas de graves abusos a los derechos humanos demandar en tribunales federales, aun cuando la Corte Suprema en *Sosa v. Alvarez-Machain* ha limitado ese *holding* a violaciones en casos de normas de derecho internacional concretizadas y no en la costumbre internacional.[27]

Existe una marcada tendencia a entender que las empresas sí son responsables de violaciones de derechos humanos, consecuencialmente por su negligencia y el contexto político donde operan, en virtud del derecho internacional consuetudinario. Esta precisión es clave, ya que la empresa trasnacional no puede librarse de las obligaciones legales que tanto local como internacionalmente tiene en favor del respeto a los derechos humanos. Por ello, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos aplica a todas las empresas sin importar su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad o estructura.[28] Por lo anterior, la empresa debe tener procedimientos y protocolos adecuados para identificar el riesgo de violaciones de derechos humanos por parte de sus proveedores, distribuidores, consultores o socios comerciales, como deber en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, más que una consideración legal-empresarial, la protección de los Derechos Humanos es un trabajo de todos (el Estado, sus ciudadanos, y las empresas que operan en él).[29] Acertadamente -en opinión del autor-, se ha señalado que la empresa

---

[24] 28 U.S.C.A. § 1350.

[25] Vagts, Detley F., William S. Dodge, Harold Hongiu Koh y Hanna L. Buxbaum, *Transnational Business Problems* (New York: University Casebook Series, 2012), 202.

[26] *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, sentencia del 30 de junio de 1980.

[27] *Sosa v. Álvarez-Machain*, 542 U.S. 692, en nota 732, sentencia del 29 de junio de 2004.

[28] United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights* (Ginebra: United Nations, 2011), https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

[29] Estos tres actores en conjunto se han denominado en la literatura como las *alianzas trisectoriales* que son fundamentales para entender el rol de la empresa privada en la sociedad, complementando el rol del estado y los ciudadanos a través de las organizaciones no gubernamentales. Algunos ejemplos pueden ser consultados en Bronzo, carla; Teodosio, Armindo dos Santos de Sousa & Rocha, Márcia Cristina Gomes da, *Parcerias tri-setoriais no empreendedorismo social: discurso e prática dos atores a partir de círculos de ação e reflexão,* (Revista de Administração, São Paulo, 2012).Disponible en: https://www.scielo.br/pdf/rausp/v47n3/09.pdf

debe velar por su cumplimiento cuando el Estado no tiene los medios para ejercer las acciones correctivas correspondientes. En efecto, la vieja concepción del derecho humano aplicado exclusivamente a los Estados ha quedado arcaica ante una realidad inminente: en materia empresarial, las compañías, por su influencia económica, tienen una responsabilidad compartida con el Estado: velar por las mejores prácticas en materia de derechos humanos es una necesidad por el bien de todos como individuos dignos. A la par de esta situación e íntimamente vinculado, la empresa debe ser responsable socialmente, lo cual estudiaremos de seguidas.

2. Responsabilidad Social Empresarial

La responsabilidad social empresarial, CSR, o *Corporate Citizenship Programs*, se ha definido como la contribución que la empresa hace a la sociedad a través de sus actividades empresariales, su inversión social y programas de filantropía, y su acercamiento con las políticas públicas. Esa contribución es determinada en la manera en que la empresa maneja el impacto que produce económica, social y ambientalmente, así como su relaciones con los distintos interesados, particularmente, los accionistas, trabajadores, clientes, socios comerciales, gobiernos, comunidades y las generaciones futuras.[30] La importancia alcanzada por la responsabilidad social empresarial es tan significativa, que todos voltearon hacia ella para atribuirle buena parte de la culpa de la reciente crisis financiera global, y por ello, ha ganado un amplio y prioritario lugar público. [31] Un intento teórico que ha tratado de ir más allá de los confines de la ética de las intenciones es el del "*good ethic is good business*": el comportamiento ético contribuye de forma positiva al buen "*perfomance empresarial,"* significando que la responsabilidad social entra, como argumento, en la función objetiva de la empresa y no más en el sistema de relaciones, como sucede en la teoría de los accionistas.[32]

Las responsabilidades de las empresas, ante tales contextos, se redimensionan hacia determinaciones más proactivas. Así como la ética ahora no se refiere a no hacer cosas malas, sino que más bien se inscribe en la necesidad de hacer cosas buenas, de manera análoga la responsabilidad social ya no se circunscribe a reducir y eliminar los efectos negativos sobre el entorno, sino a favorecer la repotenciación de los grupos que la integran y de aquellos con los cuales se relaciona.[33] Ya no es tan difícil comprender lo

---

[30] World Economic Forum, *Global Corporate Citizenship: The Leadership Challenge for CEOs and Boards* (Geneva: World Economic Forum, 2002). https://www.griequity.com/resources/integraltech/GRIMarket/WEFCEOglobalcorpcitizenship.pdf

[31] Victor Guédez, *Responsabilidad Social Empresarial: visiones complementarias* (Caracas: Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria, 2016), 10.

[32] Cristina Calvo, *El Camino Ético de la Responsabilidad Social Empresarial*, en *La RSE en perspectiva: ideas para su diseño, implantación, desarrollo y evaluación,* ed. por Carlos Tejera (Caracas: Venancham, 2014), 80. http://www.venamcham.org/wp-content/uploads/2017/06/RSEweb.pdf

[33] Guédez, *Responsabilidad Social Empresarial...*, 475.

dañino que es el hacer menos de lo posible para evitar que las cosas empeoren y menos de lo necesario para protegernos de sus consecuencias. Es así como el sentido de una responsabilidad social proactiva se convierte en la primera línea de proyección hacia el futuro que queremos destacar.[34]

En línea con esta definición, se ha afirmado que la responsabilidad social empresarial refiere a la situación en la cual la empresa debe buscar, mucho más ampliamente, objetivos sociales más que un enfoque exclusivo del rendimiento de los accionistas de la empresa.[35] En Venezuela, las obligaciones que correspondan al Estado, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o a las particulares según su capacidad.[36] Por ello, la ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario.[37] Las relaciones que una empresa tenga con los trabajadores, con sus clientes, con sus proveedores, con el gobierno, con otras empresas y la comunidad, van a influir en la generación de riqueza, y de allí que hoy en día exista relevancia a la responsabilidad social empresarial y la obtención de beneficios en todos los sentidos.[38]

En este sentido, no olvidemos que la responsabilidad social también puede analizarse desde una perspectiva meramente financiera. Las decisiones relacionadas con la responsabilidad corporativa también pueden verse a través de la lente de los beneficios obtenidos y los costos incurridos por la empresa, por medio de dos aspectos de medición: identificación calcular costos y beneficios y estimar costos y beneficios.[39] En todo caso, el nacimiento y reforzamiento de la tendencia en favor de la responsabilidad social ha creado múltiples estándares empresariales que, en la mayoría de los casos, no son de carácter obligatorio.

En el plano internacional, la tendencia del CSR es promovido por estándares internacionales emitidos por organizaciones internacionales de acuerdo con el derecho internacional propiamente dicho. Así, por ejemplo, la Organización Internacional por la Estandarización ("ISO") introdujo en el 2010, la norma ISO 26000,[40] que contiene lineamientos no obligatorios sobre prácticas de responsabilidad social empresarial

---

[34] *Id*.

[35] Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*…, 499.

[36] CRBV, art. 135.

[37] *Id*.

[38] Véase, Thania Morey, «La responsabilidad social empresarial y el reconocimiento de los derechos laborales», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*, Nº 3 (2007): 139-167, 146. Disponible en http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/3-2007/art%205.pdf.

[39] Geoffrey B. Sprinkle y Laureen A. Maines, «The benefits and costs of corporate social responsibility», 448.

[40] Norma ISO 26000, Guía de responsabilidad social, 2010.
Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es

y mejores prácticas en la materia. Particularmente durante las últimas dos décadas, varias asociaciones empresariales prominentes, ONGs e instituciones gubernamentales internacionales han desarrollado un cuerpo de estándares globales para el negocio responsable,[41] precisamente, para el establecimiento de mejores prácticas empresariales. Por esta razón, han tomado relevancia los reportes de impacto de parte de las empresas, a partir de otras metodologías como el estándar GRI, que destacan entre las más populares.[42] Este reporte transparente influye en indicadores tan importantes como el *Sustainability Dow Jones Index* para las empresas de capital público.[43]

2.1.- Impulso empresarial in-house

Uno de los roles del *general counsel* de la empresa es crear y promover una cultura corporativa ética, pero adicionalmente, lo es contribuir e inclusive monitorear, los esfuerzos corporativos sobre la responsabilidad social corporativa.[44] Uno de los objetivos principales de la responsabilidad social empresarial es asegurar que la compañía siga estándares internacionalmente adoptados relativos a problemas sociales como las condiciones del trabajo, prácticas ambientales, y otras condiciones que pueden no ser adecuadamente tratadas en todas las naciones por las autoridades locales.[45] Las iniciativas de responsabilidad social empresarial encuadran bien en el marco regulatorio de los esfuerzos existentes alrededor de las ideas de *compliance and ethics*.[46] Los pasos a seguir para cumplir con este objetivo, en general son:

- Organizar un equipo adecuado, que incluya al *general counsel* de la empresa, su oficial de cumplimiento, y agentes corporativos dedicados exclusivamente a los programas de responsabilidad social;
- Identificar los problemas potenciales, así como los riesgos en materia de ciudadanía corporativa y áreas de oportunidad;
- Establecer el tono desde el equipo gerencial, para así entrenar a los empleados, proveedores, inversionistas, y clientes sobre la agenda de responsabilidad social de la compañía y sus objetivos;

---

[41] U.S. Department of Commerce, International Trade Administration,, *Business Ethics: A manual for managing a responsible business enterprise in emerging market economies* (Washington: U.S. Department of Commerce, 2004), 32. https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/bem_manual.pdf

[42] En este sentido, puede consultarse los estándares de Global Reporting Initiative. Disponible en: https://www.globalreporting.org/standards/media/1439/spanish-gri-101-foundation-2016.pdf

[43] En este sentido, recomendamos consultar el *Dow Jones Sustainability Indices* (DJSI). Disponible en: https://www.spglobal.com/esg/performance/indices/

[44] E. Norman Veasey y Christine Di Guglielmo, *Indispensable Counsel: The Chief Legal Officer In The New Reality* (New York: Oxford University Press, 2012), 177.

[45] *Id*.

[46] Veasey y Di Guglielmo, *Indispensable Counsel*…, 121.

- Chequear los estándares globales y verificar que la empresa se encuentra acorde a esos lineamientos, así como verificar la efectividad de los esfuerzos de su responsabilidad social;
- Reportar los resultados a los *stakeholders* o interesados en la industria y comunidad.[47]

La inversión social de la empresa es un argumento de defensa empresarial cuando ésta se ve objeto de investigación por los reguladores y fiscales. Aunque los *Corporate Social Responsibility Programs* no son una póliza a prueba de todo, ciertamente demuestran los mejores oficios de la empresa frente a la sociedad y su interés en aportar y colaborar con las comunidades. Estos son la punta de lanza de la empresa es su trabajo social y cómo ella aporta al crecimiento económico del país.

En términos de probabilidades, es menos probable la toma de acciones agresivas cuando una empresa es socialmente responsable y enmarca su actuación en la ley como práctica habitual. En este caso los *stakeholders* pueden servir de barrera que contenga medidas contra las empresas, si la relación se ha construido de forma positiva. Las empresas tienen una variedad de responsabilidades sociales como participantes y beneficiarios de la sociedad.[48] Adicionalmente a cumplir con la legislación nacional, el punto de partida de la responsabilidad de las empresas es el respeto a los derechos humanos […] y ésta responsabilidad existe inclusive cuando la legislación nacional se encuentra ausente o no es ejecutada adecuadamente ya que respetar los derechos humanos es la mera fundación de la licencia social de la compañía para operar.[49] Por ello, una buena ciudadanía corporativa crea una relación simbiótica entre el beneficio a la comunidad y las empresas.[50]

2.2.- Normativa aplicable

Independientemente al debate sobre el carácter voluntario o mandatorio del CSR, el derecho de la responsabilidad social se enmarca en varios instrumentos normativos de carácter legal. Al ser Venezuela un Estado Social, la Constitución Nacional consagra la responsabilidad social como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico.

---

47 Véase entrevista con Michael R. Levin 1 de mayo de 2007, transcripción, Risk Management Requires Legal and Compliance Officers to Focus Corporate Social Responsibility, Metropolitan Corporate Counsel, http://www.metrocorpcounsel.com/articles/8272/risk-management-requires-legal-and-compliance-officers-focus-corporate-social-responsi/

48 Veasey y Di Guglielmo, *Indispensable Counsel*…, 178.

49 Ruggie, John, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, 2010, p. 14. Disponible en: https://www.refworld.org/docid/4c0759832.html

50 Veasey y Di Guglielmo, *Indispensable Counsel*…, 119.

No obstante, ¿impone la norma constitucional una obligación al empresariado privado en materia de responsabilidad social? Poco se ha escrito respecto a las obligaciones empresariales derivadas de la Constitución frente a las empresas. Ciertamente, no existe una versión unánime respecto al tratamiento jurídico de la responsabilidad social empresarial.[51] No obstante, la ley no define qué es responsabilidad social y establece su alcance. Se ha sostenido la existencia de una cláusula de solidaridad social que impone el cumplimiento de obligaciones por parte del Estado y del sector privado para consolidar el bien social.[52] En esta dinámica, se ha aceptado la importancia que han tenido los tributos para tales fines, siendo más que un medio de participación del sector privado y del sector público en la satisfacción de necesidades colectivas.[53]

La verdadera acción de responsabilidad social empresarial es voluntaria -la empresa en su rol de benefactor frente a la sociedad- pero el Estado en su rol rector, puede orientar e incluso regular su cumplimiento, con miras a lograr una mayor satisfacción de los derechos y garantías constitucionales.[54] Precisamente debido a su carácter no obligatorio, se ha afirmado que es clave que la CSR sea voluntaria y no forzada por la legislación, pues se espera de las firmas un entendimiento de la sociedad por encima de los parámetros estrictamente corporativos. Por ello, el debate sobre si la responsabilidad social empresarial es voluntario u obligatorio es basado sobre la errónea impresión que los programas de CSR y la ley son de alguna forma ideas separadas, cuando en realidad son nociones íntimamente vinculadas.[55] En todo caso, uno de los problemas fundamentales de esta discusión es hasta qué punto el Estado regula la CSR. Por una parte, el Estado puede establecer lineamientos para hacerlo, en virtud de las necesidades más relevantes de la sociedad. Pero definir temas obligatorios (como lo puede establecer, por ejemplo, la LOCTI) limita el aporte de CSR de las empresas en la diversidad de temas que puedan hacerlo, en línea con su actividad comercial.

En su sentido más estricto, CSR debe, y tiene que ver, en cómo las empresas responden a la aplicación de la ley, es decir, cómo las empresas responden a sus obligaciones legales y cómo usan la legislación para ejercer sus derechos.[56] Otra percepción errónea en materia de CSR es entender que mayores estándares y regulaciones

---

[51] Véase Lorena Navarro Sánchez, «La Responsabilidad Social Empresarial: Teorías que fundamentan su aplicabilidad en Venezuela», Sapienza Organizacional, Nº 6 (2016): 179. Disponible en http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/sapienza/article/view/7830.

[52] Lorena Navarro Sánchez, «La Responsabilidad Social Empresarial: Teorías que fundamentan su aplicabilidad en Venezuela», 181.

[53] Juan Carmona. *La tributación en Venezuela en el contexto de la Responsabilidad Social en el sector empresarial* (Caracas: Series Cuadernos, 2011).

[54] *Id*. p.17.

[55] Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*…, 35.

[56] *Id*.

necesariamente conllevaran a mayores estándares de comportamiento empresarial. En realidad, la ley viene a ser un factor más entre muchos otros factores a considerar en la empresa en concreto (por ejemplo, su cultura corporativa).

En el derecho comparado, compañías norteamericanas no son requeridas u obligadas a reportar sus esfuerzos de responsabilidad social, excepto en aquellos casos de problemas particulares en el marco de la legislación federal de valores de informar a los inversores de información material por riesgos previstos,[57] pero la tendencia en la práctica es la revelación voluntaria de estos programas e iniciativas aunque no sea requerido por ley.[58] Otros Estados, como Francia, Suráfrica, y Australia, requieren a las compañías incluir programas de responsabilidad social corporativa a sus reportes anuales.[59] De esta forma, la responsabilidad social empresarial en Venezuela se sustenta en dos grandes fuentes legales. Por una parte, en la norma constitucional que establece la necesidad de ser responsables socialmente, sin distingo entre los sectores públicos y privados.[60] Y, por otra parte, en varias leyes de carácter tributario y servicios sociales para coadyuvar el cumplimiento de esos fines.

Así, existen varias leyes cuyo objetivo es reforzar e impulsar la responsabilidad social, aun cuando su materia sea especial y referente a sectores de especial regulación. Este es el caso de la Ley de Servicios Sociales, la Ley de las Personas con Discapacidad,[61] la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación,[62] la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,[63] la Ley de Impuesto sobre la Renta,[64] la Ley Orgánica del Deporte[65] y la Ley Orgánica del Ambiente.[66] Nuevamente, la ley es meramente enunciativa a los efectos de un verdadero programa de responsabilidad social, ya que la empresa puede estar o no en la obligación legal de ser responsable socialmente. Dicho en términos sencillos, el hecho de que algo sea requerido por ley, no quiere necesariamente decir que será realizado bien,[67] y con ello, la verdadera responsabilidad social puede ser analizada desde una perspectiva tanto social, legal o económica de caras a la empresa que lo fomenta.

---

[57] Veasey y Di Guglielmo, *Indispensable Counsel*…, 122.

[58] *Id*.

[59] Véase. Levin, entrevista.

[60] CRBV, art. 2.

[61] Gaceta Oficial No. 38.598 del 05 de enero de 2007.

[62] Decreto No. 1.411 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.151 del 18 de noviembre de 2014).

[63] Gaceta Oficial No. 38.287 del 05 de diciembre de 2005. Ley derogada.

[64] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.152 del 18 de noviembre de 2014).

[65] Gaceta Oficial No. 39.741 del 23 de agosto de 2011.

[66] Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.833 del 22 de diciembre de 2006.

[67] *Id*.

2.3.- Sustentabilidad empresarial

Conjuntamente con la discusión sobre los derechos humanos y la responsabilidad social, la noción de sustentabilidad también posee una marcada tendencia en el mundo corporativo actual. La sustentabilidad es un concepto prestado de la ecología, con la intención de significar una actividad consistente en la procura de las necesidades e intereses de las generaciones futuras.[68] Existe una presión, tanto de la opinión pública como por parte de entes gubernamentales, sobre la necesidad de una empresa que opere sustentablemente y con los menores impactos posibles para el planeta y nuestro medio ambiente. Por ello, la noción de sustentabilidad contemporáneamente incluye la triada de crecimiento económico, protección del ambiente y valor a la sociedad.

Por ello, la empresa debe enfrentar afirmativamente y con declaraciones a sus empleados y a la sociedad claros, su compromiso con estos valores fundamentales. No es filantropía genérica la que busca la empresa en sus programas de sustentabilidad, sino que se ha llegado a afirmar un triple objetivo: prosperidad económica, calidad ambiental, y justicia social, adicionalmente al fin primordial de generación de riqueza.[69] Por ello, se ha señalado que la reducción de desechos y contaminación tiene sentido comercial, toda vez que planes bien articulados puede ayudar a reducir los costos y generar mayor eficiencia en las operaciones de la empresa.

En todo caso, la empresa debe implementar políticas y declaraciones sobre sus propósitos de sustentabilidad, adoptado por las más altas autoridades de la organización, y estableciendo los compromisos pertinentes para iniciar y participar en proyectos de sustentabilidad.[70] Así, en buena medida, el negocio debe establecer compromisos con sus trabajadores, la sociedad y *stakeholders* en el plan de acción para mitigar y contribuir con el medio ambiente y un consumo eficiente de los recursos. Por ello, cada vez es más común ver transnacionales emitiendo reportes de sustentabilidad, como una forma de manifestar todas las acciones realizadas ante la opinión pública y en favor de la sociedad en su conjunto.[71]

---

[68] Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*…., 507.

[69] Véase *en general* Judd Sneirson, «Green is Good: Sustainability, Profitability and a new Paradigm for Corporate Governance», *Iowa Law Review,* Nº 94, (2009): 987-1022.

[70] Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*…, 510.

[71] A título de ejemplo, principalmente las empresas cuyas acciones cotizan en la bolsa de valores, emiten *sustainability reports* a los efectos de manifestar su agenda social y de negocios. Véase por ejemplo: British American Tobacco Sustainability Report, https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWEKR/$file/BAT_Sustainability_Strategy_Report_2019.pdf; the Coca Cola Company Sustainability Report, https://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/reports/coca-cola-business-and-sustainability-report-2019.pdf; y Procter & Gamble Sustainability Report, https://assets.ctfassets.net/oggad6svuzkv/4goGW8j3KPrQkJDSzwpnFi/3a4a3164ea496977c24c44abf3082d5c/2018_P_G_Corporate_Citizenship_Report_Executive_Summary.pdf.

3. El objetivo del CSR: La Empresa responsable

Cuando hablamos de *Compliance*, comúnmente nos referimos a la noción de responsabilidad desde un punto de vista legal. Ahora bien, cuando en esta oportunidad hablamos de la empresa responsable, nos referimos a la responsabilidad en un sentido ampliamente ético pues una persona es responsable cuando pone cuidado y atención en lo que hace o decide y cuando entre ambas existen especial coherencia. La "empresa responsable" es aquella que es respetuosa de la ley y de las regulaciones existentes, por ende, promueve su cumplimiento; contribuye a la sociedad con sus programas de responsabilidad social, y adicionalmente, impulsa una cultura de integridad en sus actuaciones comerciales. Se puede resumir que los objetivos de la CSR pueden resumirse en tres aspectos íntimamente relacionados: gobierno corporativo comprometido, conducta y gerencia socialmente responsable con los valores corporativos y sociales, y aportes que la sociedad y comunidad necesita.

La empresa, viene a suplir en buena medida, aquellos espacios donde el Estado no puede impulsar el acceso a servicios públicos o contribuciones sociales necesarias para la vida básica en sociedad. Por ello, la empresa responsable tiene un gobierno corporativo comprometido que entiende el contexto social donde realiza negocios, así como una gerencia que ejecuta las decisiones de su junta directiva de acuerdo con parámetros éticos claros. En la definición de *compliance* que hemos señalado al comienzo de este trabajo, no nos hemos referido a una línea de defensa empresarial. Al contrario, creemos que *compliance* se define, en gran medida, como una forma de cultura empresarial de asunción de riesgos medidos y controlados, que coparticipa en la realización de las actividades comerciales de la compañía de forma transparente e íntegra. Que conlleva, ciertamente, un arduo trabajo por parte de la empresa y todos sus integrantes.

3.1.- Gobierno corporativo responsable

El gobierno corporativo de la empresa enfrenta grande retos y tensiones, que naturalmente, responden a la industria que nos ocupe y la dinámica del negocio que opere. Habitualmente, la junta directiva representa la constante tensión entre distintas áreas del negocio que buscan, en final término, el beneficio de los accionistas y la estabilidad de su acción como valor. Un gobierno corporativo responsable entiende la necesidad de la inversión social como una forma de contribuir, intangiblemente, con los accionistas y el valor de sus acciones en bolsa. Adicionalmente, ese gobierno corporativo responsable vela por la estabilidad accionaria de la empresa, aportando a su valor directa e indirectamente a través de la operación del negocio y sus ventas, así como su percepción social como actor clave en la sociedad.

Una empresa responsable mide su desempeño como empresa por al menos cuatro razones: (i) por rendir cuentas a las partes interesadas en el negocio; (ii) por monitorear y rastrear los cambios en la cultura organizacional; (iii) por mejorar la calidad de los programas de ética y cumplimiento y, finalmente; (iv) por asignar recursos hacia programas más o menos intensificados en aquellas áreas con oportunidad de mejora.[72] En la práctica, la gestión de recursos humanos puede introducir las modificaciones necesarias para enmarcar la cultura, dentro de valores humanos que contribuyan al ejercicio de la Responsabilidad Social Empresarial.[73]

Por supuesto, junta directivas corporativas pueden tener distintas ideas en como implementar su programa de responsabilidad social, como también tendrían los accionistas quienes desearían, en algunos casos, dejar a un lado los logros de amplios cometidos sociales al gobiernos u otros actores privados.[74] El movimiento en favor del CSR busca que la opinión publica opine constantemente sobre los objetivos de las empresas y su correspondiente deuda con la sociedad en la que participan. Por ello, tanto directores como gerentes deben estar plenamente conscientes del impacto mediático y reputacional que puede tener un mal empleo de políticas corporativas sobre responsabilidad social.

3.2.- Conducta responsable

En el mundo corporativo complejo que vivimos, las empresas deben ser garantes del cumplimiento de la ley y las regulaciones en el sector que operen. Nos referimos como conducta empresarial responsable a las elecciones y acciones de los empleados y agentes de la empresa que fomentan y cumplen las expectativas razonables de *stakeholders* empresariales. En la actualidad, se espera que las empresas comerciales cumplan con los estándares de conducta empresarial responsable que van más allá de lo que se esperaba tradicionalmente.[75] Si bien la gente suele hablar de negocios en términos de productos, trabajos y ganancias, se entiende y acepta en todo el mundo que una empresa comercial sigue siendo un miembro de su comunidad. Por ello, la búsqueda de ganancias y progreso económico no es una licencia para ignorar las normas, valores y estándares comunitarios de respeto, integridad y calidad.[76]

La reputación de integridad de una empresa es importante para asegurar la lealtad de los clientes, para reclutar y retener a los empleados más profesionales y honestos, para

---

[72] U.S. Department of Commerce, *Business Ethics: A Manual*..., 240.
[73] Oberto Morey, «La responsabilidad social empresarial: Teorías que fundamentan su aplicabilidad en Venezuela» 164.
[74] Miller, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*…, 499.
[75] U.S. Department of Commerce, *Business Ethics: A Manual*..., 3.
[76] *Id*.

convertirse en el socio comercial preferido, para ganar la aceptación de la comunidad local y para aumentar el acceso al capital y al crédito.[77] Un cultura corporativa de integridad y respeto a la ley, así como el respeto en el lugar de trabajo, no puede generar más que una primera línea de defensa ante las potenciales irregularidades que pueden ocurrir y planes de acción cuyo objetivo es preservar esos lineamientos de integridad.

3.3.- Gerencia responsable

Resulta necesario la consolidación de un manejo empresarial formal sobre estos tópicos, así como una junta directiva comprometida con la sociedad y su negocio. La conducta empresarial responsable aborda los problemas de ética, cumplimiento de las leyes y regulaciones, y responsabilidad social como parte de sus operaciones comerciales habituales, y la alta gerencia de la compañía debe estar consciente de ello en todo momento. No es un trabajo extraordinario abordar estos temas empresariales, pues son parte de su día a día. Las empresas contemporáneas enfrentan estos problemas todos los días en una economía de mercado.

Por ello, se ha afirmado acertadamente, que una conducta empresarial responsable puede definirse como una disciplina, como algo en lo que los propietarios y gerentes responsables pueden construir y como parte integral de las buenas prácticas de gestión de la empresa. Abordar la conducta empresarial responsable como una disciplina interna corporativa amplía los procesos de pensamiento de los propietarios y gerentes al abordar los problemas planteados por la ética empresarial y profesional, la ética organizacional, la responsabilidad social corporativa y el gobierno corporativo.[78]

3.4.- Mejores prácticas corporativas

Como vemos, una empresa responsable debe implementar los medios físicos para adaptar su práctica comercial a los mejores estándares corporativos en la materia en el marco de su responsabilidad social en las comunidades o la comunidad en la que activamente participa. Ahora bien, en el ámbito legal se ha tratado de normativizar la situación estableciendo contractualmente mecanismos de defensa privada de los derechos humanos. Esto se concreta en cláusulas contractuales impuestas por la empresa frente a sus clientes y proveedores en las cuales se acuerda, por medio del mutuo acuerdo entre las partes contratantes, el respeto a los derechos humanos en la actividad comercial de la cual se trate.

---

[77] *Id*. 22.

[78] U.S. Department of Commerce, *Business Ethics: A Manual*..., 31.

Al igual que en materia anticorrupción, es altamente recomendable el establecimiento de instrumentos contractuales que obliguen civilmente el cumplimiento de los estándares éticos y de responsabilidad sociales que la empresa tiene como objetivo alcanzar. El derecho de las obligaciones puede representar una gran herramienta para lograr no solo declaraciones escritas vacías, sino verdaderas obligaciones contractuales entre la empresa y sus relacionados en el marco de sus programas marco de responsabilidad social empresarial.

En materia de inversiones internacionales, las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la adopción de principios de contratación responsable en materia de derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores[79] en el marco de contratos de inversión entre Estados y empresas privadas como una forma de crear mejores prácticas corporativas en las relaciones público-privadas. Así, los Estados y empresas "deben complementar las leyes, regulaciones y normas de alcance local con normas externas si estas sirven para prevenir, mitigar y subsanar los efectos negativos en los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto"[80] que manejen en conjunto.

3.5.- Tendencias en materia comercial

La OECD recomienda que todas las empresas multinacionales que manifiesten su compromiso con el respeto de los derechos humanos lo hagan a través de una declaración que: (i) sea aprobada al nivel jerárquico más alto de la empresa; (ii) sea elaborada por especialistas externos o internos; (iii) defina lo que se espera del personal, socios comerciales y otras partes directamente asociadas a sus actividades, bienes o servicios en materia de derechos humanos; (iv) sea difundida públicamente y comunicada interna y externamente al conjunto del personal, socios comerciales y otras partes interesadas; (v) se traduzca en políticas y procedimientos operacionales que den una dimensión concreta a este compromiso.[81]

Ya en materia de derecho comercial entre privados, la idea de revestir de carácter contractual a obligaciones referidas a los derechos humanos no es una invención nueva. Se ha señalado que la negociación es el momento oportuno para aclarar las expectativas y las responsabilidades de las partes respecto de los riesgos de toda índole, en particular los que guardan relación con los derechos humanos.[82] Asimismo, el hecho de afrontar

---

[79] Véase, Organización de las Naciones Unidas, *Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores* (Ginebra: Naciones Unidas, 2016) https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf

[80] *Id*. p. 13.

[81] OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales…,* 23, punto 44.

[82] OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales…,6.*

debidamente los riesgos en materia de derechos humanos incidirá en otras cuestiones contractuales, de manera que lo mejor es tenerlos en cuenta junto con las cuestiones económicas y comerciales.[83]

Los crecientes procesos de globalización y de internacionalización de la economía y de los negocios imponen la formación de un derecho global o un *universal law*, en el cual haya influencia del *ius gentium* y del *ius cogens*, que recoja los principios del derecho convencional, de la jurisprudencia y de las costumbres internacionales en materia de derechos humanos, aplicable a los hechos, actos y negocios jurídicos del derecho a la integración y de la responsabilidad internacional adaptables al ámbito obligacional.[84] La cláusula de protección de derechos humanos, puede clasificarse como un deber contractual de protección. Así, para algunos autores, el derecho privado, y en particular el derecho civil, ha desarrollado la categoría de los deberes de protección que se aplican a los contratos, y en el cual, las partes no solo están obligadas a ejecutar sus prestaciones, sino que deben ejecutar prestaciones de protección entre ellas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato.[85]

3.6.- Herramientas contractuales

En el derecho venezolano en particular, el artículo 1264 del CC dispone que "las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas," siendo el deudor responsable de "daños y perjuicios en caso de contravención." Al ser el contrato ley entre las partes, la normativización privada de los derechos humanos puede tener efectos contractuales en los contratos comerciales de la empresa y ser motivo justificado, en caso de incumplimiento, de su rescisión unilateral. El principio de autonomía de la voluntad de las partes resulta particularmente útil para diseñar cláusulas de protección a los derechos humanos.[86] Así, puede observarse en la contratación corporativa cláusulas de este estilo:

> Las Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en el territorio nacional, a favor de sus trabajadores, sin discriminación alguna

---

[83] *Id*.

[84] Luis Tolosa Villabona, «*De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo*», *Revista estudios Socio-Jurídicos*, Nº 2, (2017): 13-61. Disponible en https://www.redalyc.org/jatsRepo/733/73351954002/html/index.html#fn33.

[85] Rómulo Morales Hervias, «*Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Nº 71 (2013): 53-75, 54. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32496.pdf.

[86] Señala Messineo que una de las acepciones de la libertad contractual "deriva del hecho de que en algunas materias se admite la autodisciplina, esto es, la disciplina establecida por las mismas partes interesadas (en el llamado contrato normativo)." (Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952), 17.

> por motivo de raza, género, edad, nacionalidad, estado civil, religión, preferencias políticas o sexuales, enfermedades o capacidades físicas especiales, y cualquier otra circunstancia que atente contra la diversidad, la libertad o la dignidad de las personas. Asimismo, las Partes se comprometen a no emplear mano de obra infantil o trabajadores menores de edad.

El efecto práctico de la adición de una cláusula de respeto a los Derechos Humanos es poseer una acción contractual por incumplimiento, con la potencial exigencia de una reclamación por daños y perjuicios. No sólo los derechos humanos pueden normatizarse en el texto de un contrato escrito y formal entre la empresa y sus clientes o proveedores, sino adicionalmente los principios éticos que la empresa quiere procurar en la contratación. Como ejemplo observemos esta cláusula modelo:

> La Contratista expresamente declara que no contrata ni utiliza y acepta no contratar ni utilizar trabajo de menores de edad para producir, ensamblar o instalar los Servicios aquí descritos. Igualmente, declara que no contrata ni mantiene relaciones con otras compañías que se abastecen con productos y servicios (compañías y/o proveedores) que utilizan, explotan y/o contratan, bajo cualquier medio o forma, trabajo de menores de edad en concordancia con los términos establecidos en la Ley y/o regulaciones vigentes. Las Partes, irrevocable y permanentemente, acuerdan que la relación comercial aquí desarrollada deberá obedecer los más estrictos y rigurosos conceptos y principios éticos, morales y de buena fe, al conducir negociaciones, propias o de terceros, que eviten en todo o en parte, directa o indirectamente, relaciones, contactos y/o acuerdos comerciales con cualquier tipo y/o clase de agente que por cualquier medio o forma tiene o ha tenido participación en actividades comerciales ilegales.

Ciertamente, la prueba del incumplimiento contractual en este tipo de obligaciones puede ser retador para los litigantes, sobre todo en los casos de conflictos contractuales con clientes y proveedores al ejercer el contenido de la obligación expuesta. No obstante, la inclusión de este tipo de obligaciones de medio entre las partes contratantes ayuda a establecer mejores prácticas en la contratación comercial. [87] Por ello, la inserción de una cláusula contractual de respecto a principios éticos y de respeto a los derechos humanos, convierte una conversación muy etérea sobre el respeto a los derechos humanos en una discusión de incumplimiento contractual que puede implicar resarcimiento de daños ante un tribunal civil.

---

[87] Las obligaciones de medio son aquellas donde lo aleatorio del resultado perseguido por el contrato hace que el obligado prometa apenas su diligencia, una conducta esforzada, atenta a prever los posibles obstáculos y a tratar de superarlos, pero donde lo único que realmente puede exigirse es este comportamiento prudente y cuidadoso. Sólo si se comprueba que el obligado ha desviado su conducta por negligencia o por imprudencia de la dirección requerida para obtener el fin perseguido por el contrato, podría decirse que él ha incurrido en falta. La pura diligencia no puede confundirse con el *comportamiento debido*, la adecuación o bondad que el *comportamiento efectivo* debe revelar al ser comparado con el que habría que proporcionado el *objetivamente debido*. En final término, la clasificación de una obligación como de medio o resultado depende básicamente de la interpretación de cuál sea la intención de las partes. Véase José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 487.

Dicho en otros términos, la inserción de esta cláusula contractual *normatiza* la relación ética que debe tener la empresa con sus socios, clientes, proveedores y contratistas en general. En todo caso, el objetivo real no es una solicitud de resarcimiento civil como nos plantea el clásico derecho de las obligaciones. En cambio, este tipo de cláusulas contractuales sirven de declaraciones de compromiso por parte de la empresa respecto a su agenta de responsabilidad social y respeto al derecho internacional en cada una de sus actuaciones comerciales como un asunto de negocio que no se encuentra dispuesto a ceder.

4. El futuro sobre el CSR y los Derechos Humanos

En materia del derecho corporativo de la empresa, los Derechos Humanos y CSR llegaron para quedarse en beneficio de la sociedad en su conjunto. Ambos son parte inherente de la realidad empresarial contemporánea que excluye viejas concepciones financieras. Desde una perspectiva de *compliance*, el establecimiento de protocolos y procedimientos para señalar estos problemas y sus áreas de oportunidad en la compañía son la nueva regla general de negocios. La empresa socialmente responsable trabaja duro y compite de forma justa. Reconoce que destruir la estructura de un mercado para obtener ganancias es un contrasentido. No abusa de la confianza pública ni degrada el medio ambiente, del que todos dependemos.[88]

La opinión pública es crucial en este sentido. Por una parte, la sociedad demanda cambio en la forma en que las empresas materializan sus operaciones comerciales. Por otra parte, las legislaciones incrementan las cargas fiscales de la empresa, al no poder el Estado asumir todos sus fines administrativos y públicos. El CSR es una parte estratégica de las empresas, y esto no es una cuestión de filantropía, pues, las empresas se orientan a realizar inversión social en áreas de su actividad comercial, para mitigar riesgos asociados a sus *stakeholders* y mantener una reputación positiva ante la opinión pública que le da su "licencia para operar"

¿Es la empresa la única responsable del bienestar social? Absolutamente no. La empresa es un partícipe, como muchas, de esos fines sociales que todos pretendemos. En este sentido, el discurso y grupos en favor de la responsabilidad social no puede apabullar el quehacer corporativo. La empresa responsable colabora con la sociedad en medio de sus posibilidades y diligentemente aporta su contribución social como ella lo estima conveniente de acuerdo con sus intereses. Ello ni pone en duda el compromiso empresarial con la sociedad, ni desestima sus múltiples compromisos sociales. En cambio, la empresa responsable es transparente en su accionar y busca el respeto,

[88] U.S. Department of Commerce, *Business Ethics: A Manual*..., 28.

como estándar ético, de la legislación, la dignidad de sus trabajadores y su compromiso social.[89]

Para algunos, el dilema que plantea la responsabilidad social empresarial es la encrucijada entre la competitividad o el objetivo de una sociedad más justa. La respuesta es directa y sin eufemismos: entre la competitividad y la sociedad justa no puede haber una relación dicotómica ni excluyente porque una y otra están relacionadas. Por eso la competitividad es el propósito estratégico de la responsabilidad social empresarial y la sociedad justa es su finalidad fundamental. Las actitudes que las empresas adopten ante estas exigencias dependerán de que se precisen claras distinciones entre ellas.[90]

En efecto, el respeto a los derechos humanos y la responsabilidad social no hacen a una empresa menos competitiva que otra en el plano financiero pues, al contrario, la consolida como actor empresarial en un mercado en específico. De esta forma, tanto la CSR como los derechos humanos representan oportunidades que las empresas deben capitalizar en beneficio de todos, pues sólo una empresa responsable puede hacer negocios verdaderamente significativos en el mundo contemporáneo, no porque sea obligatorio sino porque es lo correcto de hacer y algo que la sociedad, eventualmente retribuirá la empresa.

5. Nota Final

La Responsabilidad Social Empresarial y el respeto por los Derechos Humanos, se han convertido de alguna manera en elementos fundamentales y centrales de las empresas en la actualidad. En nuestra opinión, la responsabilidad social es un aspectos que se debe tomar en cuenta y normativizar en los *Compliance Programs* de toda empresa. Como hemos visto, ambos pueden entenderse como una necesidad y estrategia de negocio. En las líneas que preceden, hemos expuesto los factores que respaldan y explican las oportunidades que tiene el abogado corporativo para incluir estos temas en las normas internas corporativas. La noción de empresa cambia constantemente y con ella, el comportamiento y las visión que todos sus integrantes deben tener. La globalización y la relación empresa-sociedad cada vez más van mostrando las nuevas consideraciones y oportunidades de participación que deben tener las compañías contemporáneas.

---

[89] En la actualidad es parte de esta discusión no sola el CSR, sino la responsabilidad social de otras instituciones como las educativas, e incluso la responsabilidad de las organizaciones no gubernamentales en la transparencia de sus acciones y el uso eficiente de sus recursos para generar impacto en cada vez más personas y comunidades.

[90] Guédez, *Responsabilidad Social Empresarial...,* 478.

BIBLIOGRAFÍA

Calvo, Cristina. «El Camino Ético de la Responsabilidad Social Empresarial». En *La RSE en perspectiva: ideas para su diseño, implantación*, editado por Carlos Tejera 76-82. Caracas: Venancham, 2014.

Carmona, Juan. *La tributación en Venezuela en el contexto de la Responsabilidad Social del sector empresarial.* Caracas: Serie Cuadernos, 2011.

Eggers, Karin. ed. *Guía para las empresas: Empresas y Derechos Humanos*. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019.

Guédez, Victor. *Responsabilidad Social Empresarial: viisones complementarias.* Caracas: Cámara Venezolano-Americana de Comercio e industria, 2016.

Melich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.

Messineo, Franceso, *Doctrina General del Contrato.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América,1952.

Miller, Geoffrey P. *The law of Governance, Risk Management, and Compliance.* New York: Aspen Casebook Series 2014.

Morales Hervias, Rómulo. «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* Nº 71 (2013): 53-75.

Navarro Sánchez, Lorena. «La Responsabilidad Social Empresarial: Teorías que fundamentan su aplicabilidad en Venezuela». *Sapienza Organizacional*, Nº 6 (2016): p. 179.

Oberto Morey, Thania. «La responsabilidad social empresarial y el reconocimiento de los derechos laborales». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*. No 3 (2007): 139-167.

OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, Paris: OCDE Publishing, 2013. Edición en PDF.

Organizació de las Naciones Unidas, *Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores*. Ginebra: Naciones Unidas, 2016. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf

Sneirson, Judd. «Green is Good: Sustainability, Profitability and a new Paradigm for Corporate Governance». *Iowa Law Review*, Nº 94 (2009): 987-1022.

Sprinkle, Geoffrey B. y Maines, Laureen A. «The benefits and costs of corporate social responsibility». *Business Horizons*, Nº 5 (2010): 445-453.

Tolosa Villabona, Luis. «De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo». *Revista estudios Socio-Jurídicos,* Nº 2, (2017): 13-61.

U.S. Department of Commerce, international Trade Administration. *Business Ethics: A Manual for Managing a responsible business enterprise in emerging market economies.* Washington: U.S. Department of Commerce, 2004. https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/bem_manual.pdf

United Nations, *Guiding principleson businessand human rights*. Ginebra: United Nations: 2011. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

Vagts, Detley, Williams S. Dodge, Harold Hongiu Koh y Hanna L Buxbaum, Hanna L. *Transnational Business Problems*. New York: University Casebook Series, 2012.

Veasey E. Norman. y Di Guglielmo Christine. *Indispensable Counsel: the Chief Legal officer in the new reality.* New York: Oxford University Press*,* 2012.

World Economic Forum, *Global Corporate Citizenship: the leadership challenge for CEOs and Boards.* Geneva: World Economic Forum, 2002. https://www.griequity.com/resources/integraltech/GRIMarket/WEFCEOglobalcorpcitizenship.pdf

Zerk, Jennifer. *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and opportunities in International Law.* New York: Cambridge University Press, 2012.

Legislación y Jurisprudencia

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.152 del 18 de noviembre de 2014.

Decreto No. 1.411 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.151 del 18 de noviembre de 2014.

Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial No. 38.287 del 05 de octubre de 2005. *Ley derogada.*

Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física. Gaceta Oficial No. 39.741 del 23 de agosto de 2011.

Ley Orgánica del Ambiente Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.833 del 22 de diciembre de 2006.

Ley para las personas con discapacidad. Gaceta Oficial No. 38.598 del 05 de enero de 2007.

Sentencia de la Suprema Corte de Canadá, 37919, *Nevsun Resources Ltd. v. Gize Yebeyo Araya, et al.*, de fecha 28 de febrero de 2020. https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/18169/index.do.

Sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 79-6090, *Filártiga v. Peña-Irala*, de fecha 30 de junio de 1980.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 03-339, *Sosa v. Álvarez-Machain*, de fecha 29 de junio de 2004.

El Arbitraje Comercial y su aplicación en el sector público

Leonardo Enrique Viloria Briceño*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-255-275

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito abordar la utilización del arbitraje comercial en la actividad contractual de la Administración Pública y de otras personas o entes de Derecho Público que pueden verse beneficiados con su aplicación, en vista de ventajas que éste ofrece en comparación con la jurisdicción contencioso-administrativa, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del contrato administrativo y del orden público.

Palabras clave: Arbitraje comercial, orden público, contrato administrativo.

Commercial Arbitration and its application in the public sector.

Abstract: *The purpose of this paper is to address the use of commercial arbitration in the contractual activity of the Public Administration and other persons or entities of Public Law that may benefit from its application, considering the advantages that it offers compared to the contentious jurisdiction-administrative, from the perspective of the legal nature of the administrative contract and public order.*

Keywords: *Commercial arbitration, public order, administrative contract.*

---

* Abogado egresado de la Universidad de Carabobo (2017). Asociado del Escritorio Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Estudiante de la Especialización en Derecho Financiero de la UCAB.

El Arbitraje Comercial y su aplicación en el sector público

Leonardo Enrique Viloria Briceño*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-255-275

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. El Arbitraje como mecanismo para resolver disputas en la contratación administrativa. 2. La procedencia de la cláusula arbitral en contratos de Derecho Privado de la Administración. 3. La procedencia de la cláusula arbitral en contratos administrativos de la Administración Pública. 4. La digitalización de los procedimientos como garantía del acceso a la justicia.*** A MANERA DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

La pandemia de la enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2, conocida como COVID-19 ha movido los cimientos de las instituciones sanitarias a nivel mundial, y puesto a prueba los sistemas de salud de casi todos los países, a menudo desnudando deficiencias graves en su funcionamiento. Pero las fallas estructurales no están limitadas al ámbito de los cuidados médicos, sino también, a los demás servicios que de forma habitual prestan los Estados para el correcto y normal funcionamiento de la sociedad, y tenemos entre ellos, el sistema de administración de justicia.

Los Tribunales, Cortes, y demás operadores de justicia no han escapado a esta dura realidad: no estábamos preparados para una paralización de las actividades de esta magnitud, y pese a los esfuerzos realizados y a las actuales herramientas disponibles, la necesaria actualización tecnológica de los procedimientos judiciales nos ha tomado por sorpresa.

La administración de justicia en tiempos de pandemia es una necesidad y un derecho humano, por lo que su modernización es una tarea inaplazable que nos corresponde a todos por igual, tanto al Estado como proveedor de ese servicio, como de los operadores de justicia que un día sí y al otro también hacemos vida en ese sistema[1].

---

* Abogado egresado de la Universidad de Carabobo (2017). Asociado del Escritorio Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Estudiante de la Especialización en Derecho Financiero de la UCAB.

1 VILALTA, Aura. *El acceso a la justicia en tiempos del Covid-19*. Revista *The Conversation*. https://theconversation.com/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-del-covid-19-136975 (consultada el 23 de julio de 2020).

Por tanto, ya la pregunta que debemos hacernos no es "si sí o si no", sino cuándo y cuánto estamos dispuestos a implementar las tecnologías de información y digitalización que permitan a los órganos de justicia, a los abogados y a los justiciables, la materialización de una justicia eficaz, expedita, y, apegada a nuestros principios y garantías constitucionales.

No obstante lo anterior, hay una vía alternativa que pone a disposición de las partes, en una disputa, una solución con altos estándares de Derecho, de forma rápida, ágil, sin dilaciones o retardos innecesarios, con la implementación de medidas tecnológicas que permiten llevar a cabo el procedimiento a distancia, y que no se ve afectada por la paralización del sistema de justicia brindado por el Estado, con garantía de obtención de justicia.

Nos referimos al Arbitraje Comercial que, en Venezuela, se ha erigido en los últimos años como una herramienta rápida y efectiva de obtener una decisión capaz de resolver satisfactoriamente una disputa contractual.

La constante necesidad de optimizar los mecanismos por los cuales las partes en un conflicto puedan hallar una resolución definitiva a su controversia, sin tener que pasar por los largos y engorrosos trámites judiciales de la jurisdicción ordinaria, han hecho del arbitraje una tendencia mundial y, nuestro país, no ha sido la excepción. Cada vez son más las personas que incluyen en sus contratos cláusulas compromisorias, para así darse a sí mismas un mecanismo convencional, amigable, efectivo, y por qué no, más económico, con el cual obtener una solución efectiva a cualquier disputa que pudiera surgir entre ellas.

1. El Arbitraje como mecanismo para resolver disputas en la contratación administrativa.

Así las cosas, no es el objeto de este artículo exaltar las ventajas comparativas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria del Estado, que resultan evidentes. sino que, dadas estas ventajas, se pudiera extender su uso al ámbito de la contratación en el Derecho Administrativo.

La noción de contrato administrativo es algo que no está expresamente desarrollado en ninguna normativa legal en nuestro país, pero, ha tenido en cambio, un amplio tratamiento en nuestra doctrina y jurisprudencia patria.

Mucho ha transcurrido desde la decisión de la Corte Federal y de Casación de fecha 5 de diciembre de 1944 en el caso *N. V. Aannemerbeddrijit voorhen T. den Brejen Van Den Bout* o Puerto de la Güaira, en la cual se estableció que no debía "*aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministros de provisiones ni a los de*

trabajos públicos, las disposiciones de Derecho Privado", por cuanto sus preceptos eran incompatibles con la esfera del derecho público, y por lo tanto, "*éstos deben ponerse a un lado.*"[2] Sin embargo, en el devenir histórico de nuestro país, esta posición jurisprudencial ha ido evolucionando, ratificando, por una parte, la naturaleza autónoma de los llamados contratos administrativos como una especie distinta de negocio jurídico, y por la otra, que no le es aplicable el régimen de derecho privado, ni en su ámbito sustantivo como en su ámbito competencial en lo que a la acción judicial se refiere. No obstante, vemos con optimismo las más recientes decisiones jurisprudenciales y posiciones doctrinarias que han declarado, acaso no existir tal incompatibilidad absoluta, criterios que de seguidas mencionaremos.

En fecha 12 de noviembre de 1954, la mencionada Corte Fedral y de Casación en el caso Machado-Machado o Conejos Mestizos, reiteró su criterio en relación a la caracterización de los contratos administrativos y su incompatibilidad a las reglas del derecho común, afirmando estar sometido al ámbito competencial del derecho público. Reitera la Corte que dicha definición no encuentra asidero en ninguna disposición legal, sino que por el contrario, tiene su origen en la doctrina y la jurisprudencia.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) en el año 1976, la cual entró en vigor el 1° de enero del año 1977, se dispuso en su normativa una primera aproximación al contrato administrativo atribuyendo la competencia a la Sala Político-Administrativa para conocer y decidir los asuntos relacionados a éstos, sin aludir por supuesto, al régimen sustantivo que ha de regir en su interpretación, y tampoco mencionó la norma cómo identificarlos o distinguirlos de un contrato de derecho común.

Como era de esperarse, la jurisprudencia entendió esta norma como un espaldarazo al criterio que se había venido desarrollando en el marco de la interpretación de los contratos administrativos, no sólo para excluirlos de la jurisdicción ordinaria –que entendemos era la intención de legislador– sino para reafirmar que ciertos contratos suscritos por la Administración estaban inexorablemente atados a normas de derecho público, a cuyo tenor debían interpretarse, y en consecuencia, apartados de las normas de derecho privado aplicables al resto de las especies contractuales. Así, a juicio de quien escribe, la jurisprudencia del más Alto Tribunal –primero con la doctrina y luego con una norma adjetiva– buscaba separar a la Administración de la aplicación del derecho contractual ordinario, hacia un régimen de derecho público más favorable a ésta, pero que no encontraba sustento en ninguna norma positiva.

---

[2] ORTIZ, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*. Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

Es así como quedó plasmado el criterio establecido en la sentencia de fecha 14 de junio de 1983, en el caso Acción Comercial, S.A.[3], en la que la Sala Político-Administrativa con ponencia del magistrado Farías Mata, reafirma la llamada teoría general de los contratos administrativos, y reconoció su existencia como distintos a los de derecho común, y ratificó la noción de servicio público como distintiva de esta especie contractual, es decir, que tenga como finalidad la satisfacción del interés colectivo, que a su vez justifica la presencia de cláusulas exorbitantes. Conviene citar el texto parcial de la sentencia, la cual aseveró que "…dudas no se plantean para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada [administrativos]; unanimidad doctrinaria corroborada por la indubitable voluntad del legislador –la contundente expresión de éste en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia basta para demostrarlo–…"

En una larga sucesión de decisiones que no valdría la pena mencionar, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa reafirmó dos preceptos fundamentales que serán los pilares para el desarrollo de esta figura contractual, a saber: que la norma contenida en la LOCSJ consagraba la figura legal del contrato administrativo con todas las características desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina patria hasta ese momento; a pesar de que la misma era una norma adjetiva y nada podía concluirse sobre el régimen sustantivo aplicable al mismo. Por otro lado, que los contratos administrativos son una especie contractual distinta, sometida al derecho público, y por lo tanto, excluida de la aplicación de las normas establecidas en el Código Civil aplicables al resto de los contratos.

En decisiones más recientes de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA/TSJ) no se ha apartado del anterior criterio, en el sentido de reconocer y ratificar su existencia como una especie contractual distinta, apartada de la aplicación de normas del derecho común. La sentencia N° 1533 del 28 de octubre de 2009, caso *Consorcio Cotecica-Inteven*, la Sala señaló que se encuentran "...en los contratos administrativos reglas propias y distintas a las del derecho común…", así como lo ratificó en la sentencia N° 119 publicada el 27 de enero de 2011 en el caso Constructora Vicmari, C.A., en la que se estableció "…Tal como lo ha fijado la jurisprudencia sobre el tema, en los denominados contratos administrativos se encuentran presentes reglas propias y distintas a las del derecho común, según las cuales se autoriza a la Administración a rescindirlos unilateralmente."

No obstante, la SPA/TSJ ha flexibilizado su posición: porque si bien existe un régimen de derecho público aplicable a los contratos administrativos, no es verdad que

[3] Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 11/07/1983. Caso: Acción Comercial S.A., En: *Ramírez & Garay*, Tercer Trimestre, del año 1983.

a esta especie contractual no le sean aplicables en absoluto las normas establecidas en el Código Civil y más importante aún, las del Código de Comercio, por lo que se ha afirmado que los contratos administrativos gozan de un régimen mixto. La SPA/TSJ así lo declaró en su sentencia N° 753 de fecha 2 de julio de 2008, caso Rosario Salazar, en la cual señaló que las normas del Código Civil son en todo caso de aplicación supletoria en los contratos administrativos. Este llamado régimen mixto fue ratificado por la misma Sala en sentencias N° 1232 de fecha 2 de diciembre de 2010 y N° 334 de fecha 12 de marzo de 2014.

El autor patrio Allan Randolph Brewer-Carías comparte la posición anterior, en dos vertientes: por una parte, que los contratos del Estado (léase, contratos administrativos) no han sido objeto de regulación general, salvo las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas y las leyes especiales que son de obligatoria aplicación a los contratos administrativos, y por la otra, que en consecuencia, como cualquier otro contrato, se rige por las propias disposiciones establecidas en sus cláusulas, y por el Código Civil, que sería en cualquier caso de aplicación supletoria en aquellas materias que no estén expresamente reguladas por las partes en el contrato.[4]

Ha sostenido el autor acertadamente que en los contratos del Estado, salvo las cláusulas obligatorias a las que constitucional o legalmente deben someterse las partes contratantes, en "…principio tienen completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimen conveniente a sus intereses particulares…", sin estar sometidos a regulaciones generales o específicas del Código Civil. De lo anterior puede concluirse que, a excepción de las cláusulas obligatorias que constitucional o legalmente deben someterse las partes, en principio todas las regulaciones legales son supletorias a la voluntad de las partes contratantes, y estas sólo tienen aplicación en ausencia de regulación expresa adoptada por ellas en el contrato.[5]

Estas disposiciones legales o constitucionales a las que se refiere el autor en comento, son aquellas a las que la Administración no les es permisible renunciar o relajar en convenio entre partes, por estar ligadas al ejercicio de potestades o funciones públicas, expresamente definidas en la Ley por ser materia de reserva legal.

Sin embargo, reiteramos, que a falta expresa de regulación normativa sobre la interpretación que debe dársele al contenido de los contratos administrativos, cuando menos, se hace difícil distinguir cuándo se está en presencia de un contrato administrativo y cuándo se está en presencia de un contrato de derecho privado, aun cuando

---

4 BREWER-CARÍAS, Allan. *La contratación pública en Venezuela*, en Juan Carlos Casagne (ed.), Tratado General de los Contratos Públicos, Ed La Ley, Tomo II, . Buenos Aires, 2013 pp. 16.

5 Ibíd., págs. 16.

en ambos casos, una de las partes sea la Administración Pública. La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha desarrollado una doctrina para realizar dicha distinción, una que atiende al fondo del contrato y otra relacionada a las externalidades del mismo, es decir, con las "prerrogativas" de las que goza la Administración.

A grandes rasgos, existen dos vertientes en los cuales un contrato celebrado por alguna entidad político-territorial es considerado como administrativo (es decir, fuera del ámbito comercial o privado): las que atienden al objeto del contrato, en pocas palabras, que tenga por finalidad la satisfacción de las necesidades de la colectividad[6], y, por otro lado, que prevea la incorporación de cláusulas que desborden el ámbito del Derecho Común (conocidas como cláusulas exorbitantes), o en las que prive el interés del servicio público en su realización o la noción de interés general o colectivo del objeto contractual[7].

Por tanto, podemos afirmar que estamos ante la presencia de un contrato administrativo cuando es celebrado por la Administración Pública con otra persona de derecho público o privado, cuya finalidad sea la prestación directa e inmediata de un servicio público, que puede estipular o no cláusulas exorbitantes, y que en su realización sea primordial la satisfacción del interés general o colectivo del objeto contractual.

En este sentido, y siguiendo este criterio, la doctrina y nuestra jurisprudencia hacen una diferenciación importante respecto de la actividad administrativa, porque si bien todo contrato administrativo comporta la prestación de un servicio público, no todo contrato suscrito por los entes políticos-territoriales persigue esa finalidad. Esto da pie al criterio ampliamente aceptado, sobre que la Administración Pública puede celebrar contratos de índole privada, de contenido patrimonial, sometidas a la esfera del Derecho Privado[8]. Sobre ambas especies contractuales, la del servicio público y de los fines patrimoniales, y su posible arbitrabilidad nos referiremos en este artículo.

Para determinar si la resolución de una determinada disputa puede ser objeto de arbitraje, se debe atender principalmente a tres razones: 1) el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que todas las partes en la disputa hayan expresado su consentimiento para someterse a la jurisdicción arbitral; 2) que se trate de derechos patrimoniales, o lo que es lo mismo, que sea un conflicto susceptible de valoración

---

6 RONDÓN de Sansó, Hildegard. *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*. FUNEDA. Caracas. 2001. pp. 207 y 208.

7 Sentencia No. 5523, dictada por la Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de agosto de 2005. Caso: *Jardín Vivero Los Bucares, C.A.* Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/05523-110805-2004-2859.HTM

8 HERNÁNDEZ, José I. *El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico.* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2018, 190-193. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_I_189-208.pdf

económica o pecuniaria, y 3) que las partes efectivamente tengan la posibilidad de disponer de esos derechos en litigio. Incluso, cuando haya alguna limitación en esa capacidad de disposición de ciertos derechos, el conflicto es perfectamente arbitrable si éste es susceptible de tener valoración económica.[9] Es por ello que podemos afirmar que aún y cuando las potestades administrativas o las atribuciones de imperio del Estado son objeto indisponible de la Administración Pública, no significa que ésta no pueda someterse al Arbitraje porque el hecho de no poder relajar las funciones o prerrogativas que le otorga la Ley no significa en modo alguno la renuncia a mecanismos alternativos de resolución de controversias, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje[10].

Desde el punto de vista normativo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en su artículo 253 prevé como parte del sistema de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, el cual se ha constituido en un excelente punto de partida para el Arbitraje de asuntos patrimoniales relacionados con los contratos administrativos, pero que aún deja un largo trecho por recorrer para que sea este mecanismo alternativo como el predilecto para resolver disputas contractuales con la Administración Pública, excluyendo por supuesto los asuntos que son del exclusivo y excluyente conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Decreto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR) en los artículos 11, 12 y 13, también prevé como parte de las competencias de la Procuraduría General de la República, la aprobación o improbación de la incorporación de cláusulas de arbitraje nacional o internacional en los proyectos de contratos a suscribirse por los órganos del Poder Público Nacional, en cada una de sus dependencias.

El Artículo 3, literal c) de la Ley de Arbitraje Comercial establece que podrán ser sometidas a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, quedando exceptuadas entre ellas, las directamente concernientes a las atribuciones o funciones del imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público. Continua la ley en su Artículo 4 preceptuando que, cuando una de las partes del 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, para la validez del acuerdo arbitral, será necesario la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela.

---

9 Sentencia N° 1541, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17 de octubre de 2008. Caso: *Hildegard Rondón de Sansó*. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM

10 ARAQUE, Luis. *Manual de Arbitraje Comercial*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011. 42-44.

2. La procedencia de la cláusula arbitral en contratos de Derecho Privado de la Administración.

Sin embargo, como hemos mencionado antes, la actividad de la Administración Pública en materia contractual se divide en dos, la que tiene por objeto la prestación de utilidad pública o de interés colectivo, y la meramente patrimonial. De la procedencia de las cláusulas compromisorias sobre este último ámbito nos referiremos primero, ya que resulta evidente que si de la ejecución de tales contratos la Administración actúa desvinculada de sus potestades de Derecho Público, igual que un particular, nada impide que si el objeto de ese contrato versa sobre asuntos de Derecho Privado, las partes se den a sí mismas un mecanismo convencional para resolver las disputas que pudieran surgir entre ellas, lo cual incluye, desde luego, al arbitraje.

Al igual que ocurre con las empresas con participación estatal igual o superior al 50% de su paquete accionario, que pueden incluir en sus contratos la cláusula compromisoria, siempre y cuando cumplan con las formalidades previstas en el artículo 4 de la LAC, es decir, se pueden incluir estas cláusulas en los contratos de Derecho Privado de la Administración, cuando estos están excluidos de la esfera normativa del Derecho Público y tienen como objeto las materias de gestión diaria de la Administración o de la conducta de carácter empresarial que asume en algunos ámbitos de su ejercicio, por lo que es forzoso concluir la procedencia del arbitraje comercial en esos casos, como ocurre con otros actos y negocios de la Administración que no incluyan el ejercicio de potestades públicas.

Es decir, como la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 17 de octubre de 2008 aclaró que los árbitros cumplen una función jurisdiccional y que estos deben aplicar las normas como las aplicaría un juez, incluso la aplicación del control desconcentrado de la Constitución en los casos que aplique, no vemos reñido que la Administración, sin renunciar al ejercicio de sus potestades públicas, someta las disputas que pudieran surgir a raíz de un contrato (sea este patrimonial o administrativo) a un mecanismo convencional como lo es el arbitraje.

La doctrina del profesor Rafael Badell así lo avala, cuando afirma que siempre y cuando no se ventilen cuestiones relativas al interés público del Estado, llámese, cuestiones verdaderamente excluidas de la esfera del derecho privado, es perfectamente posible que se utilice cualquier medio alternativo a la resolución de conflictos para las disputas contractuales entre un particular y la Administración.

La jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, citada por la doctrina señalada, fue recíproca en ese sentido, porque no dejó lugar a dudas sobre la eficacia y validez de una cláusula compromisoria en un contrato administrativo, siempre y cuando las

cuestiones a resolver por esta vía convencional pactada por las partes en el contrato, no sean relativas al ejercicio de funciones o potestades públicas.[11]

En una plétora de sentencias sobre la materia, el Tribunal Supremo de Justicia ha sido consistentes en afirmar acertadamente que el Arbitraje Comercial se equipara a la jurisdicción ordinaria, en tanto que cumplen la función teolológica de administrar justicia de manera imparcial, autónoma e independiente mediante un proceso contradictorio y que produce una decisión susceptible de ser cosa juzgada y ejecutable, es decir, tal como lo haría un juez de la República, de allí a que la cláusula arbitral sea procedente en contratos administrativos, aún en aquellos que tengan por objeto la prestación de un servicio público o de interés colectivo, siempre y cuando se dejen a salvo los asuntos o materias que afecten la ejecución de ese servicio público, las potestades que son materia de reserva constitucional o legal, sin poder convenir sobre el ejercicio o derogación de potestades administrativas o la exclusión de las llamadas cláusulas exorbitantes.[12]

Por tanto, no sería válida una cláusula arbitral que pretenda conferir a un tribunal arbitral la competencia para decidir sobre la legalidad de un acto administrativo o restringir a la Administración en el ejercicio de sus potestades públicas, pero sí sería válido, si ésta se limitara a la resolución de un conflicto de los aspectos técnicos del contrato, en su ámbito de ejecución, desarrollo o extinción del mismo, como ocurre en el caso de las concesiones, según lo establecido en el Decreto de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (DLOC) en su artículo 61.

> Artículo 61°
>
> Medios de solución de conflictos.
>
> Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción.
>
> Asimismo, podrán acordaren el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia.

---

[11] Sentencia No. 568, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de junio del 2000. Caso: *Aerolink Internacional, S.A.* Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM

[12] Por citar algunas, véase sentencias N° 1139, 827 y 1393 dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 5-10-2000; 23-5-2001, 7-8-2001 Casos: Héctor Luis Quintero Toledo, Coresmalt y Fermín Toro, respectivamente. Disponibles en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1139-051000-00-2084%20.HTM, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1393-070801-00-1440%20.HTM, también respectivamente. Criterio recientemente ratificado en la decisión N° 462 de fecha 10-5-2010, caso: Gustavo Yélamo. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML

Cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someterla solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo.

La Ley Orgánica de Concesiones dispone en su artículo en comento que las partes pueden establecer entre sí mecanismos de resolución directa de controversias que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos de concesión regulados por la misma, tales como la conciliación y la transacción.

Continúa el legislador en el segundo parágrafo del artículo, en sintonía con uno de los principio de procedencia del Arbitraje que reza "lo disponible es lo transable, y lo transable es lo arbitrable", las partes podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia (LAC).

Concluye el tercer parágrafo del precitado artículo, a entender de quien escribe, que cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto a árbitros arbitradores, es decir, de expertos en la materia directamente designados por ellas. Esto adquiere especial preponderancia, en cuanto permite a la Administración la posibilidad de disponer sobre ciertas materias, en tanto no comprometa el ejercicio de las funciones públicas propias de ella.

El DLOC prevé el marco regulatorio para las concesiones públicas en el país, que trata de forma general esos aspectos, sin perjuicio de las disposiciones legales que sean de aplicación preferente en razón de materias reguladas por leyes especiales, por lo que su aplicabilidad es de carácter supletorio[13]. No obstante, supone un importante punto de partida en la promoción del arbitraje como mecanismo alternativo a la resolución de controversias en la actividad contractual de la administración.

3. La procedencia de la cláusula arbitral en contratos administrativos de la Administración Pública.

Se ha mencionado que la función de la administración se divide en dos grandes vertientes: en el ejercicio de potestades o poderes públicos, y en actos meramente patrimoniales, sin embargo, en el ejercicio de esa actividad pública o que persigue

[13] BREWER-CARÍAS, Allan. *Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela*. Trabajo publicado en Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, Facultad de Derecho y la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013, pp. 61-101.

un interés público, también realiza actos de contenido patrimonial cuando suscribe contratos administrativos propiamente dichos.

Así, según la autorizada doctrina del profesor Brewer-Carías, los contratos administrativos son aquellos que se caracterizan porque su finalidad u objeto persiguen la realización de actividades de servicio público o vinculadas con el interés general o utilidad pública y cuya principal consecuencia es la sujeción a un régimen de derecho público, esto es, de subordinación del particular o empresa privada contratista a prerrogativas de la Administración[14].

Cabe preguntarse entonces: ¿es posible someter a Arbitraje o a otro medio alternativo de resolución de conflictos los asuntos relacionados con la interpretación, ejecución, desarrollo y extinción de los contratos administrativos? La respuesta en estos momentos, *prima facie,* es negativa, ya que no existe un marco normativo que desarrolle el tratamiento que ha de dársele a esta especie contractual, pero consideramos que hay suficientes motivos de peso para allanar el terreno en ese sentido, incluso con la legislacióna vigente en nuestro país y mediante la promoción de normas que fomenten su uso generalizado, ajustado a los principios de imparcialidad y transparencia de la justicia que deben regir según el artículo 26 de la Constitución.

Una de las principales dificultades a las que nos enfrentamos cuando se plantea el Arbitraje como mecanismo alterno a la resolución de conflictos en la actividad contractual de la Administración Pública, es si esta debería poder relajar algunas de las prerrogativas que le confiere la Ley, como por ejemplo, la rescisión o interpretación unilateral de los contratos, conocido como *ius variandi*, que le otorgan un régimen jurídico con reglas exorbitantes del derecho común, que son exclusivas de la Administración.

Esto es, por tanto, un ejercicio a tomar en consideración en el sentido de si es jurídicamente viable o socialmente pertinente la utilización del Arbitraje o cualquier otro medio alterno, como una forma de equiparar o igualar la actuación procesal de la Administración a la de un particular, cuando en principio, esto no podría o no debería ser así.

No obstante, cabe la posibilidad de argumentar que está dentro del interés público o colectivo, que la Administración pueda relajar algunas de esas prerrogativas con el objeto de obtener una resolución efectiva de la controversia, que sea en definitiva, menos costosa y más expedita que si acudiera a la jurisdicción contencioso-administrativo, sin sacrificar los principios de imparcialidad y transparencia de la justicia a los que debe estar sometida su actividad.

---

[14] LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas, 1988.

En la actualidad no hay una norma que regule de manera expresa la forma en la que la Administración puede someter a Arbitraje los contratos celebrados directamente por los sujetos de Derecho Público, a los que se refiere el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, pero debemos plantearnos esa hipótesis e insistir desde lo académico para que se vuelva una realidad en la práctica, siempre en el ánimo de descongestionar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo y de esa manera reducir la conflictividad que caracteriza las relaciones entre la administración y el administrado.

Por un lado, es cierto que las normas que regulan la actividad del Estado son de orden público, salvo aquellas que desarrollan la actividad comercial, pero especialmente las destinadas a la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que tengan por finalidad la preservación del patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a regulaciones de Derecho Público, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía, pero no por ello todas son incompatibles con el Arbitraje.

Así las cosas, para Dolorier Torres, que son normas de orden público las que buscan la protección del orden social y colectivo, por lo que es válido plantearse por qué una determinada norma es de orden público; y, una vez resuelta esa inquietud, si esa protección que busca la norma la hace incompatible con el arbitraje.

> En consecuencia, el orden público podría ser definido como el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni de los particulares, sobre cuya voluntad el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, por defender el interés general de toda la colectividad que el ordenamiento entiende prioritario proteger por encima de los intereses particulares.[15]

Si lo que busca una norma, por ejemplo, la Ley de Contrataciones Públicas (LCP), es establecer un mecanismo para la procura de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, con criterios de eficiencia, transparencia y efectividad, que además asegure el crecimiento sostenido y diversificado de nuestra economía, creemos que la incorporación de mecanismos alternativos a la resolución de conflictos, tales como la transacción y la conciliación, o como es el caso, de suscribir cláusulas compromisorias para que las partes se den un medio convencional para solucionar sus controversias, no solo no es incompatible, sino que es deseable para la obtención de tales fines.

---

[15] DOLORIER TORRES, Javier. Orden Público Económico, *Orden Público Laboral y los Límites a la Autonomía Colectiva*. Editorial Themis, Ciudad de México, 1994. Págs. 206-207.

Sin embargo, en palabras del mencionado autor Dolorier Torres, el problema de la caracterización de normas de orden público es su variabilidad e imprecisión en el tiempo, muchas veces sometidas a las exigencias de los grupos de poder político en un momento histórico determinado, cuya opinión suscribimos totalmente. No obstante, este autor, citando a Pizarro, comenta acertadamente que el orden público debe responder a "las directrices principales del modelo de sociedad específica en el que se aplique, antes que a la declaración arbitraria del Estado o sus funcionarios."[16] De nuevo compartimos su opinión, en el sentido que cualquier referencia al orden público que justifique una restricción de la voluntad colectiva manifestada en el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución como fundamental, debe hallar dicha limitación en la propia norma constitucional.

Es por tanto que, siguiendo con el ejemplo anterior, si el artículo 5 del Reglamento de la LCP prevé que deberán aplicar las demás disposiciones legales que regulan la materia de contrataciones públicas, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer garantías para las operaciones relacionadas con la actividad contractual, muy a pesar de referirse a contrataciones en el marco de inversiones extranjeras, es un elemento que debemos tomar en cuenta para la incorporación del Arbitraje u otro medio alternativo frente a la jurisdicción contencioso-administrativa, como vehículo para la satisfacción del interés general o colectivo de promover la inversión nacional y extranjera, de la administración eficiente, de bajar los índices de conflictividad entre los particulares y la administración, entre otras tantas que podemos mencionar.

Es por ello que la interpretación en sentido amplio del mencionado artículo, cuya finalidad es garantizar la participación prevista en el Reglamento, puede llevar a la conclusión de que aplicar la Ley de Arbitraje Comercial bajo los preceptos que esta norma prevé, puede constituir una garantía para la participación nacional en el ámbito de las contrataciones públicas, con criterios de eficiencia, transparencia y efectividad, que además asegure el crecimiento sostenido y diversificado de nuestra economía.

4. La digitalización de los procedimientos como garantía del acceso a la justicia.

No cabe duda que producto de la crisis originada por la pandemia de la enfermedad infecciosa ocasionada por el SARS-CoV-2, se han acelerado, entre otras cosas, los mecanismos por los cuales nos mantenemos en contacto unos con otros, a pesar del distanciamiento físico y social que marcó la pauta el primer trimestre del año en curso.

---

[16] PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel. *El orden público económico (Una aproximación al análisis económico del Derecho).* Lima, Texto mimeografeado sin fecha de publicación. Pág. 7.

La justicia, y los procedimientos para acceder a ella, no han sido ni serán una excepción.

De acuerdo como lo reseñó la cadena de noticias CNBC Television el 4 de agosto de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud, declaró que no hay una cura mágica o "bala de plata" contra el COVID-19 –y, probablemente nunca la habrá–, a pesar de los esfuerzos de los científicos y de las farmacéuticas por crear una vacuna segura y efectiva para la enfermedad[17].

Por su parte, el Director del Instituto Nacional de Alergia y Enfermedades Infecciosas de Estados Unidos, señaló que las probabilidades de obtener una vacuna altamente efectiva contra el virus no son muy altas, según reseñó Berkeley Lovelace Jr. para la misma cadena de noticias, el pasado 7 de agosto de 2020[18]. De hecho, las autoridades sanitarias de ese país han declarado que aceptarían una vacuna que tuviera, al menos, 50% de efectividad.

Sin entrar en mayores consideraciones sobre el tema, lo que podemos advertir de las palabras de los expertos, es que, al menos en el corto y mediano plazo, con dificultad podremos retornar a la forma llevábamos a cabo los procesos ordinarios de nuestro quehacer profesional en etapas pre-pandemia, y esto incluye la manera en la que manejábamos los procedimientos judiciales, de mediación, de conciliación, y de arbitraje.

En el caso particular de Venezuela, concretamente en el Poder Judicial, aún no contamos con la infraestructura tecnológica necesaria para llevar a cabo en su totalidad la transición del medio físico al medio digital, y de este modo dar una respuesta oportuna a las necesidades de los justiciables, por lo que la situación se presenta mucho más apremiante.

No obstante lo anterior, los Centros de Arbitraje que hay en funcionamiento en el país se han dado a la tarea de proporcionar mecanismos y plataformas tecnológicas a las partes, para que puedan superar las dificultades que imponen las medidas de confinamiento y distanciamiento, e impedir la paralización de litigios pendientes o eventuales, y garantizar una decisión ajustada a los principios de imparcialidad y transparencia que exige nuestra Constitución.

---

[17] "*WHO: There's no 'silver bullet' to defeat coronavirus and 'there might never be'*" CNBC Television, publicado el 3 de agosto de 2020, https://www.cnbc.com/video/2020/08/03/who-theres-no-silver-bullet-to-defeat-coronavirus-and-there-might-never-be.html.

[18] Berkeley Lovelace Jr., "*Dr. Anthony Fauci says chance of coronavirus vaccine being highly effective is 'not great'*", publicado el 7 de agosto de 2020, https://www.cnbc.com/2020/08/07/coronavirus-vaccine-dr-fauci-says-chances-of-it-being-highly-effective-is-not-great.html.

Los Medios Alternativos a la Resolución de Conflictos tienen mucho que aportar al sector público, cuya efectividad para resolver satisfactoriamente una controversia ha quedado demostrada en su aplicación al sector privado.

A MANERA DE CONCLUSIÓN.

El uso de las nuevas plataformas para la comunicación nos ha permitido acortar distancias, y al día de hoy, su implementación dentro y fuera del ámbito de la administración justicia pasó de ser una posibilidad a una realidad, en cuestión de muy poco tiempo. Por lo que ya la pregunta no es cuándo, sino cómo utilizar estas herramientas de modo que puedan servir al propósito de la jurisdicción.

En el caso que nos ocupa, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), ofrecen una ventana de oportunidad frente a la inactividad del Poder Judicial, con reglamentos ajustados y adecuados a las actuales necesidades de digitalización que se han vuelto imperativos en el contexto global.

El artículo 19 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, establece que la solicitud de arbitraje se dirigirá al Director Ejecutivo del centro en cuestión, vía correo electrónico en la forma que éste lo indique y se encargará de notificar a la o las partes demandadas de la recepción de la solicitud por la vía que considere más adecuada, en resguardo del debido proceso y derecho a la defensa de las partes.

> Artículo 19. La parte que desee iniciar un procedimiento arbitral ante el CEDCA deberá dirigir su solicitud de arbitraje al Director Ejecutivo del CEDCA, acompañada del pago inicial previsto en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento. La solicitud de arbitraje deberá ser enviada en electrónico en los términos en que el Director Ejecutivo indique. El Director Ejecutivo notificará a la o las partes demandadas la recepción de la solicitud de arbitraje y la fecha de ésta, por el medio que considere más adecuado de conformidad con el artículo 16 del presente Reglamento.

Similar disposición establece el artículo 1 del Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, según el cual cualquier persona interesada en hacer uso de los servicios que presta el mencionado Centro, podrá presentar su solicitud mediante correo electrónico a las direcciones de correo que allí se señalan.

> Artículo 1. Cualquier persona interesada en hacer uso de los servicios del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) podrá presentar la solicitud de inicio de procedimiento de mediación, arbitraje o medida cautelar de urgencia mediante correo electrónico.

El envío vía electrónica de solicitudes, actuaciones, pruebas documentales y su posterior reproducción para la construcción de un expediente físico, permite a las partes cumplir con sus cargas procesales desde cualquier parte del territorio nacional (o desde el extranjero, si es el caso), sin necesidad de incurrir en traslados o viajes que pudieran verse obstaculizados por restricciones de movilidad impuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, Estadal o Municipal, con o por ocasión de la contención del COVID-19, lo cual implica una sustancial reducción en los recursos humanos y económicos empleados por las partes para el trámite de la controversia planteada.

También la celebración de audiencias por plataformas digitales que permiten la transmisión de audio y video en tiempo real, que además facilita el almacenamiento del registro audiovisual de forma segura, con cifrados de extremo a extremo para impedir que sea alterado o intervenido por terceros no autorizados, es una herramienta, y una garantía a la vez, para cumplir con los principios de justicia y transparencia en el proceso.

El orden público tutelado por normas de derecho público no está reñido con los principios que rigen el Arbitraje Comercial, todo lo contrario. Hemos señalado que la tendencia actual en el Arbitraje es la de que los árbitros deben decidir los casos sometidos a su conocimiento como lo haría un juez, aplicando incluso el control difuso de la constitucionalidad sobre normas que hayan invocado las partes en el procedimiento, por lo que no caben dudas de la función jurisdiccional que cumplen los árbitros.

La Administración Pública no podría ni debería renunciar a ninguna de sus prerrogativas contractuales para someterse al arbitraje comercial, acaso serían de obligatorio cumplimiento para la validez de la cláusula compromisoria y del procedimiento arbitral, por cuanto ningún árbitro estaría facultado para desconocer las potestades públicas de la Administración, ni desaplicar, por ejemplo, normas que prevean la existencia de cláusulas que desborden el ámbito del derecho común, propias de los contratos administrativos.

Por tanto, no es posible afirmar que el interés público o colectivo que debe satisfacer la actividad administrativa del Estado se vea mermado por el establecimiento de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos contractuales que pudieran surgir entre la Administración y un particular, porque ese interés se satisface con la resolución efectiva, eficaz y en corto tiempo de cualquier controversia, que demande la menor cantidad de recursos posibles y que ofrezca garantías a ambas partes de que se obtendrá una decisión justa, transparente y apegada a los principios constitucionales que rigen la materia a tratar.

El artículo 3, literal b) de la Ley de Arbitraje Comercial así lo establece, al exceptuar del conocimiento del procedimiento arbitral a las controversias directamente

concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público.

Consideramos que el impulso económico de nuestro país está ligado al ofrecimiento por parte del Estado de las garantías económicas y jurídicas para el sano desenvolvimiento de los actores económicos, de una confianza institucional que el Arbitraje Comercial puede ofrecer. Tomando en cuenta que el Estado históricamente ha cumplido y ha de cumplir un rol fundamental en la actividad económica de nuestro país, debemos velar porque sea acorde con los tiempos que corren y adaptado a las necesidades que nuestro desarrollo demanda.

Por último, y como hemos señalado, el orden público resulta difícil de caracterizar por encontrarse atado a las corrientes ideológicas del grupo político dominante en un periodo determinado de la historia, nos parece una tarea encomiable desafiar la tesis dominante que hay al respecto sobre la inderogabilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa en los asuntos concernientes a la actividad contractual de la Administración Pública, en aras de promover el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, cuya función teleológica es un bien jurídico digno de ser tutelado por el orden público.

BIBLIOGRAFÍA.

ARAQUE, Luis. Manual de Arbitraje Comercial. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

BADELL, Rafael. Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial Referencia al Arbitraje en los Contratos Administrativos. Separata del Libro del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luís Enrique Farías Mata. Caracas, Venezuela, 2006.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

BREWER-CARÍAS, Allan. Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela. Trabajo publicado en Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, Facultad de Derecho y la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013.

Berkeley Lovelace Jr., "Dr. Anthony Fauci says chance of coronavirus vaccine being highly effective is 'not great'", publicado el 7 de agosto de 2020, https://www.cnbc.com/2020/08/07/coronavirus-vaccine-dr-fauci-says-chances-of-it-being-highly-effective-is-not-great.html.

DOLORIER TORRES, Javier. Orden Público Económico, *Orden Público Laboral y los Límites a la Autonomía Colectiva*.Editorial Themis, Ciudad de México, 1994.

HERNÁNDEZ, José I. El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas. 2018, 190-193. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_I_189-208.pdf

LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho Administrativo. Caracas, 1988.

Ley de Arbitraje Comercial.

Ley de Contrataciones Públicas.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Ley de Contrataciones Públicas.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La Ley Orgánica de Concesiones.

MADRID, Claudia. (2005). El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? O ¿Las dos cosas? Disponible en la página de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_423-422.pdf.

PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel. *El orden público económico (Una aproximación al análisis económico del Derecho)*. Lima, Texto mimeografeado sin fecha de publicación.

RONDÓN de Sansó, Hildegard. Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo. FUNEDA. Caracas. 2001.

Sentencia No. 5523, dictada por la Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de agosto de 2005. Caso: *Jardín Vivero Los Bucares, C.A.* Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/05523-110805-2004-2859.HTM.

Sentencia No. 568, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de junio del 2000. Caso: Aerolink Internacional, S.A. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM.

Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 11/07/1983. Caso: Acción Comercial S.A., En: *Ramírez & Garay*, Tercer Trimestre, del año 1983.

Sentencia N° 1541, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17 de octubre de 2008. Caso: *Hildegard Rondón de Sansó*. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM.

Sentencias N° 1139 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 5-10-2000. Caso Hector Luis Quintero Toledo. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1139-051000-00-2084%20.HTM.

Sentencia N° 827 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 23-5-2001. Caso: Coresmalt. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM.

Sentencia N° 1393 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 7-8-2001 Casos: Fermín Toro. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1393-070801-00-1440%20.HTM.

Sentencia N° 462 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 10-5-2010, caso: Gustavo Yélamo. Disponible en la página web del TSJ: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML.

VILALTA, Aura. (2020). *El acceso a la justicia en tiempos del Covid-19*. Disponible en la página web de la revista The Conversation: https://theconversation.com/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-del-covid-19-136975

"WHO: There's no 'silver bullet' to defeat coronavirus and 'there might never be'" CNBC Television, publicado el 3 de agosto de 2020, https://www.cnbc.com/video/2020/08/03/who-theres-no-silver-bullet-to-defeat-coronavirus-and-there-might-never-be.html.

Procedencia de la responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas según la ley laboral venezolana[*]

María Verónica Pérez Rojas[**]
José Alexy Farías Juárez[***]

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-277-296

Resumen: El artículo 151 del ordenamiento laboral vigente establece la responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas, empero, dicha disposición contraviene las normas societarias en materia mercantil. El objetivo de la investigación consistió en analizar las recientes declaraciones judiciales y jurisprudenciales que contemplen transcendentes consideraciones acerca de la correcta aplicación del mismo, con miras a previos elementos para su coherente invocación. Para ello, la modalidad de la investigación fue esencialmente jurídica utilizando el método hermenéutico, resultando la redacción de la norma perjudicial para los socios de una empresa, por ende, se requiere el examen de determinadas circunstancias para su procedencia por parte del Juez.

Palabras clave: responsabilidad solidaria, patrono, accionistas.

Proceeding of joint liability between employer and stockholders according to Venezuelan labor Law

Abstract: *Article 151 of Venezuelan labor law, stipulates joint liability between employer and stockholders, however, the article above infringes a juridical sense according to the mercantile law. The main objective of this research was to analysis of the judicial and jurisprudential posture that provides valuable parameters about the appropriate application for the mentioned article 151, in order to determinate preliminary elements to its coherent petition. To achieve this purpose, the method was essentially juridical, using hermeneutic as methodology, and it is concluded that it requires a meticulous examination by the Judge of certain circumstances to proceed with this regulation.*

Keywords: *joint liability, employer, stockholder.*

---

[*] "El presente artículo es una adaptación del artículo científico realizado por María Verónica Pérez Rojas, bajo la tutoría académica de José Alexy Farías, que llevó por nombre: *"Procedencia de la responsabilidad solidaria en la Ley Laboral Venezolana"*, para optar al título de abogada en la Universidad Rafael Urdaneta (Maracaibo - Zulia), el cual fue Aprobado por el jurado calificador y recomendada su publicación. Así mismo, bajo el mismo título, una versión del referido artículo fue publicado en la Revista Cuestiones Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta (Vol. 14, No. 1, enero - junio 2020, con fecha de admisión: 28/10/2019 y fecha de aceptación: 14/12/2019), el cual se encuentra disponible en: *http://uruojs.insiemp.com/ojs/index.php/cj/article/view/135/0* Situación que fue conocida por el Comité Editorial de la RVDM con posterioridad a la publicación de la presente edición, y que luego de la correspondiente investigación se acordó en fecha 5/07/2021, incluir la presente nota en la versión digital de la Revista"

[**] Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela. Correo electrónico: mveropr@gmail.com

[***] Abogado. Universidad del Zulia. Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Profesor e investigador en las cátedras de Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil en la Universidad Rafael Urdaneta y Universidad del Zulia. Correo electrónico: jaf_131@hotmail.com

Procedencia de la responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas según la ley laboral venezolana[*]

María Verónica Pérez Rojas[**]
José Alexy Farías Juárez[***]

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-277-296

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1. La responsabilidad solidaria en el ordenamiento laboral venezolano. 1.1. Privilegios de los derechos patrimoniales de los trabajadores y trabajadoras sobre los bienes de los patronos y accionistas. 2. Situación jurídica de los accionistas y la empresa, según la responsabilidad solidaria en el sistema laboral venezolano. 3. Declaraciones judiciales acerca de la aplicación y procedencia del artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras.*** CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), en lo sucesivo L.O.T.T.T, se consolidan los derechos sociales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) respecto al derecho del trabajo.

Dentro de la mencionada ley, se prescriben normas que tienen como fin último la protección del trabajo como hecho social, con un sistema rigurosamente proteccionista en beneficio del trabajador bajo un contexto compensador por el desequilibrio económico suscitado entre el patrono y trabajador.

Entre los privilegios reconocidos a los trabajadores, se hace mención especial al artículo 151 de la ley laboral referida previamente, pues en esta se contempla, en su parte final, una clase de responsabilidad solidaria entre el patrono y los accionistas que en este figuren.

---

[*] "El presente artículo es una adaptación del artículo científico realizado por María Verónica Pérez Rojas, bajo la tutoría académica de José Alexy Farías, que llevó por nombre: *"Procedencia de la responsabilidad solidaria en la Ley Laboral Venezolana"*, para optar al título de abogada en la Universidad Rafael Urdaneta (Maracaibo - Zulia), el cual fue Aprobado por el jurado calificador y recomendada su publicación. Así mismo, bajo el mismo título, una versión del referido artículo fue publicado en la Revista Cuestiones Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta (Vol. 14, No. 1, enero - junio 2020, con fecha de admisión: 28/10/2019 y fecha de aceptación: 14/12/2019), el cual se encuentra disponible en: *http://uruojs.insiemp.com/ojs/index.php/cj/article/view/135/0* Situación que fue conocida por el Comité Editorial de la RVDM con posterioridad a la publicación de la presente edición, y que luego de la correspondiente investigación se acordó en fecha 5/07/2021, incluir la presente nota en la versión digital de la Revista"

[**] Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela. Correo electrónico: mveropr@gmail.com

[***] Abogado. Universidad del Zulia. Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Profesor e investigador en las cátedras de Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil en la Universidad Rafael Urdaneta y Universidad del Zulia. Correo electrónico: jaf_131@hotmail.com

El fin último del mencionado artículo recae en facilitar el cumplimiento de las remuneraciones y demás créditos adeudados a los trabajadores, quienes gozan de una acreencia preferencial y privilegiada por así estar establecido en la ley.

A pesar del esfuerzo legislativo ejercido por el Poder Ejecutivo, es menester mencionar que dicha clase de responsabilidad solidaria, con los parámetros y condiciones inmiscuidos para su aplicación, no tienen un precedente similar en las antiguas leyes de trabajo.

Su razón puede radicar en la manifiesta contrariedad con ciertas normas de orden mercantil, en las cuales se prevé niveles de responsabilidad solidaria dependiendo de la sociedad que se aspire constituir.

Sin embargo, muchas de las compañías que establece el Código de Comercio están en desuso, prevaleciendo en la actualidad la compañía o sociedad anónima, cuya responsabilidad queda limitada de acuerdo a un capital determinado, autónomo e independiente del patrimonio de los socios. En este sentido, los socios no están obligados sino por el monto de su acción frente a la sociedad.

Con base a la disyuntiva que se presenta entre estos dos cuerpos legales, es decir, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) y el Código de Comercio (1955), se hace necesario estudiar los elementos que esgrimen cada una de aquellas estipulaciones.

De esta manera, se procura erigir un criterio que no menoscabe el derecho de los trabajadores a percibir sus correspondientes remuneraciones laborales, pero que al mismo tiempo, no se irrumpa un orden legal y práctico en cuanto a la responsabilidad que ampara a las compañías anónimas.

La presente investigación se avoca en analizar los criterios jurisprudenciales que se han emitido conforme a la aplicación del artículo 151 de la normativa laboral vigente, tomando igualmente en cuenta aquellas decisiones dictadas por otros tribunales venezolanos, resaltando importantes consideraciones sobre el controvertido artículo.

Asimismo, se aúna el apoyo doctrinal dividido en ordenadas categorías para ofrecer una mejor compresión de la responsabilidad solidaria manejada en nuestro ordenamiento jurídico venezolano, y finalmente, postular una base legal congruente acerca de la correcta procedencia y aplicación del artículo 151 del régimen laboral.

Para llevar a cabo dicho propósito, el estudio emprendido se delimitará específicamente en el ámbito laboral, con precisas consideraciones de orden mercantil, para proporcionar, dentro del gremio jurídico y judicial, mayores premisas esclarecedoras que permitan aplicarlo a casos concretos.

1. La responsabilidad solidaria en el ordenamiento laboral venezolano.

El legislador patrio, desde de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999[1], ha procurado la protección de los trabajadores ante las situaciones que lo posicionan como el débil jurídico de la relación laboral.

Esta condición se configura por ser quien que depende de las directrices emanadas por el empleador, quien es visualizado como aquél que, además de tener el control y administración de un determinado trabajo, tiene, a su vez, la suficiente posición económica para llevarlo a cabo.

Con base al mandato constitucional consagrado en el artículo 87[2], fueron introduciéndose mecanismos judiciales que permitieran alcanzar el cumplimiento de las acreencias de los patrones para con el trabajador, garantizando la obtención del pago de sus conceptos laborales que por derecho le haya correspondido.

La determinación responsabilidad solidaria toma auge en el devenir judicial, debido a la creciente práctica de constituciones de empresas y conformaciones de grupos económicos, grupos de empresas o grupos de entidades, tal y como se fue reconociendo en la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997.

Esta misma Ley de Trabajo (1997), ya derogada, introdujo disposiciones relativas a la responsabilidad solidaria cuando se refirió a la figura del intermediario, en su artículo 54, y abunda sobre su régimen e interpretación en los artículos siguientes[3] *ejusdem*.

En cuanto a los casos de contratistas, los contratos que se celebren con subcontratistas, intermediarios, beneficiarios y lo relativo a las actividades inherentes y conexas que impliquen el desarrollo del esfuerzo de los trabajadores, la prenombrada ley define cada una de sus implicaciones e incidencias.

De esta manera, la visualización de la responsabilidad solidaria no significó un aspecto ajeno a la realidad laboral venezolana, y en cambio, leyes de antigua data previnieron la actuación fraudulenta de los contratistas, beneficiarios o dueños de obra, que pretendan burlar los derechos laborales.

---

1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999 en Gaceta Oficial 36.860.

2 Dicha disposición preceptuada en la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999) expresa, en breves términos, que es deber del Estado venezolano fomentar el empleo y las medidas que proporcionen una vida digna y decorosa al sector obrero.

3 V. art. 56 y 57 de la Ley de Trabajo de 1997.

1.1. Privilegios de los derechos patrimoniales de los trabajadores y trabajadoras sobre los bienes de los patronos y accionistas.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, con el objeto imperioso de resguardar la justa distribución de la riqueza de todos los trabajadores, incorporó, dentro de los variados aspectos y beneficios económicos, los privilegios patrimoniales de los trabajadores sobre los bienes del patrono.

Dichos privilegios gozan de preferencia ante cualquier deuda que pueda tener todo empleador según la estipulación contenida en el artículo 151, el cual reza el siguiente tenor:

> El salario, las prestaciones e indemnizaciones o cualquier otro crédito adeudado al trabajador o a la trabajadora con ocasión de la relación de trabajo, gozarán de privilegio y preferencia absoluta sobre cualquier otra deuda del patrono o patrona, incluyendo los créditos hipotecarios y prendarios, obligando al Juez o Jueza de trabajo preservar su garantía. La protección especial de este crédito se regirá por lo estipulado en esta Ley […]

No obstante, el precitado artículo prevé igualmente la responsabilidad solidaria que subsiste entre el patrono y los accionistas, en el caso que el empleador no goce de la solvencia económica suficiente para responder al trabajador.

De tal manera que los privilegios patrimoniales de los trabajadores no solo se restringe a los bienes del patrono o la patrona, sino que también se extiende sobre los bienes personales de los accionistas.

De esta forma, la parte final del precepto legal mencionado *ut supra* precisa lo siguiente:

> […] Las personas naturales en su carácter de patronos o patronas y los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales. Se podrá otorgar medida preventiva de embargo sobre los bienes del patrono involucrado o patrona involucrada.

En atención al decreto de las medidas preventivas que establece la norma transcrita, y por tratarse de un régimen que tiene como norte la cabal protección del salario y demás conceptos laborales que correspondan a los trabajadores, se percibe que tales medidas engloban en la misma proporción a los accionistas de una empresa o unidad económica, en virtud a la preferencia absoluta del cual gozan los trabajadores por mandato legal expreso, de modo que no los exime del oficio jurisdiccional.

Ahora bien, resulta oportuno indicar el alcance privilegiado de los créditos laborales desde una perspectiva civil, en razón a que el Código Civil (1982) venezolano

en su articulado[4], contempla un sistema de reglas que denotan el carácter de los privilegios, pues estos sólo son derivados por disposición expresa de la ley, de forma que no puede constituirse a través de un contrato privado entre las partes.

Ciertamente, aunque la LO.T.T.T (2012) resalta el hecho de que todo crédito a favor de los trabajadores está dotado como un privilegio, y consecuentemente, goza de preferencia al calificarse como un derecho de crédito superior, excluyendo así a cualquier otro acreedor de cobrar primero, la autoría de su alcance mal puede abarcar a los accionistas de una empresa, debido a la naturaleza propia de las sociedades mercantiles, específicamente a las anónimas por ser las que prevalecen en la práctica, de otro modo, se configura una confusión patrimonial al momento de un reclamo por parte de cualquier trabajador para el pago de sus derechos salariales.

En efecto, la estructura del artículo 151, en cuanto a los privilegios y preferencias de los créditos de los trabajadores concierne, no carece de sentido si se toma como fundamento del Derecho del Trabajo la protección rigurosa del trabajador que se encuentre en una situación desventajosa desde un punto de vista económico y social, y del trabajo como proceso social que contribuye en la obtención de riquezas y productividad para la Nación.

Sin embargo, su sentido lógico y jurídico se irrumpe por la inclusión de la responsabilidad solidaria entre los patronos, como personas naturales, y esencialmente sobre los accionistas. En definitiva, no puede pasar inadvertido su alcance y contenido, aun cuando la estipulación de dicha responsabilidad figure en la parte *in fine* de la norma.

Si bien es cierto que la intención del legislador consistió en la protección, resguardo, y garantía de los beneficios y ventajas económicas de índole laboral, es conveniente señalar que el artículo legal en estudio destaca los algunos aspectos:

a. Los privilegios a favor de los trabajadores atiende a un fin social o humanitario, a causa de la poca frecuencia de otros privilegios en otros cuerpos normativos;
b. La implicación de privilegios en el área laboral, conlleva a una labor jurisdiccional restrictiva y obligatoria por parte del Juez;
c. Los patronos en su carácter de persona natural pueden responder con su patrimonio, sin embargo, nada refiere la norma en torno a los patronos de carácter moral o jurídico;
d. La alusión a los accionistas como responsables solidarios junto a los patronos, no puede circunscribirse a los empleadores de carácter natural, dado a que la calidad de ser socio o accionista, viene concebida por conformarse en una sociedad anónima con personalidad jurídica propia y un patrimonio autónomo distinto a ellos.

[4] Congreso de la República de Venezuela. Código Civil, de 1982. En Gaceta Extraordinaria Nº 2.990. Art. 1866.

Es decir, únicamente conforman el sustrato personal de una sociedad mercantil que, naturalmente, funge como patrona. Según las afirmaciones anteriores, es oportuno definir al accionista como aquella:

> Persona natural o jurídica titular de una o varias acciones, que le otorgan calidad de socio en una sociedad anónima y le aseguran cuando menos los siguientes derechos: votar en la junta general de accionistas, tener derecho a pago de dividendos, fiscalizar la gestión de los negocios sociales, ser preferido para la suscripción de acciones en caso de aumento de Capital Social y separarse de la sociedad en los casos previstos en los estatutos (Zambrano 2007, 262).

Sin duda, la manera en como el legislador patrio, en aquél entonces, redactó la norma, puso en manifiesto diversas opiniones en el campo jurídico, doctrinal y judicial. Tal es el caso de Villasmil (2013), al ilustrar en su análisis crítico de la L.O.T.T.T (2012) la incertidumbre jurídica que provocó la promulgación del artículo 151, cuando enmarca como responsables solidarios a los accionistas y los patronos como personas naturales. En vista a esta disconformidad, se interpretan y enumeran las interrogantes que sostiene el mencionado autor, de la siguiente manera:

a. Partiendo de la lectura literal de lo que preceptúa el artículo, cuando se refiere únicamente al patrono como persona natural o física, debe entenderse que los negocios o firmas personales no pueden estar constituidas por acciones.
b. ¿Puede abarcar la responsabilidad solidaria a las personas jurídicas y a sus administradores?, en virtud a que la norma omite la responsabilidad solidaria de estos últimos. Asimismo, contempla la posibilidad de exigir como responsables solidarios a los administradores, por ser ellos quienes determinan el éxito o fracaso de la gestión.
c. ¿Puede el trabajador demandar solidariamente al patrono (empresa), a los accionistas y administradores del pago de sus créditos laborales, sin dirigir primigeniamente su pretensión a la persona jurídica como deudor principal de dichos créditos? (Villasmil 2013, 75).

Aunado a los distintos escenarios que proyectan incógnitas, producto de la comentada disposición laboral, el autor sostiene, en este orden de ideas, que "la pésima técnica legislativa y gramatical con la que se redactó el artículo 151 *ejusdem*, creará serios problemas para la interpretación y aplicación de esa responsabilidad" (Villasmil, 2013:76).

Arguye, además, lo atinente al decreto de medidas cautelares sobre los accionistas, afirmando que "tal posibilidad sembraría el pánico entre los accionistas y haría casi pecaminoso invertir en nuevas empresas o aumentar el capital de las existentes".

La compatibilidad de las opiniones expuestas anteriormente, coincide con las esgrimidas por ciertos comentaristas de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, tales como los reconocidos profesionales en derecho Garay y Garay (2012), reputando su aplicación cuando reflexionan que:

> […] en ninguna parte del mundo se hace responsable al accionista de la deuda de la sociedad. Si fuese así sería la desaparición de la sociedad anónima, la cual ha sido en los últimos 500 años y sigue siéndolo el principal vehículo de la expansión de los medios de producción de riqueza (Garay y Garay 2012, 129-130).

Las posturas previamente esbozadas evidencian la correlación de criterios en la doctrina, en cuanto a la intricada, e incluso, delicada situación que se desprende de la redacción del artículo 151, insinuando, a su vez, plausibles vías o soluciones en el ámbito mercantil, que justifiquen la implementación de la responsabilidad solidaria entre los accionistas de una persona jurídica, y esta última, como patrono principal y directo.

Por lo tanto, se pone en manifiesto que las interrogantes planteadas, como las propuestas por Villasmil, requieren necesariamente de la intervención del máximo intérprete jurídico para su esclarecimiento.

En consecuencia, dicha previsión legislativa sancionada en el año 2012, cuya aspiración consistió en el respaldo absoluto sobre los trabajadores, conllevó al quebrantamiento de la seguridad jurídica que ampara al gremio empresarial de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente.

2. Situación jurídica de los accionistas y la empresa, según la responsabilidad solidaria en el sistema laboral venezolano.

El desarrollo económico de una Nación es impulsada, como uno de los principales motores, a través de la inversión, bien sea nacional o extranjera, mediante explotación de los esfuerzos, productos y recursos de los cuales goza un determinado territorio.

A este respecto, el sistema jurídico de un país debe estar encaminado a la creación de normas que incentiven el ejercicio económico, en torno a las personas naturales o jurídicas que tengan como objetivo contribuir en una actividad específica.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) se consagra expresamente el derecho al libre ejercicio económico para toda persona que tenga como meta desplegar proyectos de índole económica, que incrementen la riqueza de nuestro país, permitiendo ejercer cualquier clase actividad, siempre y cuando sea lícita, y no contravenga las limitaciones que exprese la ley (artículo 112).

Es decir, que el Constituyente de 1999 procuró la eficacia del libre desenvolvimiento económico, siempre que se ajuste a los parámetros de la ley, incluyendo dentro de ésta, las emanadas en materia de interés social.

En este orden de ideas, el Estado venezolano debe promover tal iniciativa, sin embargo, deja a salvo su facultad para intervenir en el ejercicio de este derecho constitucional, dictando las normas que crea necesarias para regular la economía y el desarrollo integral del país, incluyendo dentro de esta última expresión, la armonía jurídica que debe existir entre el débil de las relaciones jurídicas (trabajadores) frente a las personas con suficiente capacidad financiera (empresa, comercio o industria).

Desde este punto de vista, resulta razonable, de alguna manera, controlar la actividad empresarial que se practica en cualquier Estado para evitar el nacimiento de comportamientos arbitrarios que vayan en detrimento de la población.

Nuestra Carta Magna, en este particular, se ha destacado en distintas partes del mundo por contemplar una variada gama de garantías y derechos que han procurado la protección de la clase trabajadora en toda su extensión.

Bajo esta perspectiva, cabe resaltar la disposición constitucional contenida en el artículo 94[5], la cual reza la posible determinación de la responsabilidad solidaria entre el intermediario o contratista y las personas naturales o jurídicas en cuyo provecho se presta un servicio, dando luz al ordenamiento pertinente la regulación de dicho mandato.

Lo llamativo de la prenombrada norma radica en su segundo aparte, cuando prevé, en términos precisos, que "[…] El Estado reconocerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral".

Actualmente, la estrategia judicial para calificar como solidarios responsables a las personas naturales que se escudan tras una personalidad de una persona jurídica, recae en la táctica judicial relativo al desenmascaramiento a través del levantamiento del velo corporativo.

Lo anterior consiste, en líneas generales, en resolver e indagar las actividades irregulares que tengan como motor el abuso de su personería jurídica, esquivando o persuadiendo la aplicación de ciertas normas, en especial las de carácter laboral, que constituyan un flagelo a los derechos de los trabajadores, para finalmente establecer la

[5] V. art. 94. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

responsabilidad solidaria de todas las personas implicadas, desatendiendo la personalidad jurídica propia e independiente entre la sociedad mercantil, de las de sus socios o accionistas.

Empero, el artículo 94 se refiere al reconocimiento de la responsabilidad de los patronos en general, sin insinuar la aplicación inmediata de la responsabilidad solidaria junto a los accionistas, puesto que la técnica jurisdiccional previamente aludida prospera en el caso donde el operador de justicia constate, del repertorio probatorio traído por las partes, todos aquellos elementos que demuestren la evasión de la ley por parte de los empleadores.

En anuencia a esta posición, la Constitución Nacional (1999) sólo alude a la responsabilidad que cometan los patronos por simulación o fraude, delimitando lo referente a la responsabilidad solidaria sobre los intermediarios o contratistas. De dar cabida a la responsabilidad solidaria sobre todos los accionistas, es esencial y obligatorio emplear los actuales mecanismos judiciales creados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a las ideas expuestas, los accionistas de una sociedad, en principio, gozan de la separación de patrimonios al momento de constituirse como persona jurídica, resguardando así sus bienes de las acreencias sociales que contraiga la sociedad, quien es el deudor principal de las mismas.

De evidenciarse circunstancias por la cuales la compañía o sociedad, en su calidad de patrono, esté mermando los derechos de los trabajadores que tenga bajo su dependencia por abusar de su personalidad jurídica, bien sea desconociendo las disposiciones laborales que favorecen los derechos económicos de los mismos, el Tribunal competente declarará el levantamiento del velo corporativo, y será solo en estos casos, que los accionistas serán solidariamente responsables de los créditos que reclamen los trabajadores. Es decir, se les imputarán las obligaciones que, en principio, asumió la sociedad.

Estas últimas especificaciones consiguen su sustento en el régimen capitalista que rige para las sociedades anónimas, según las reglas del Código de Comercio venezolano (1956), a partir del artículo 201 y siguientes del mencionado cuerpo normativo, cuando consagra la responsabilidad limitada de los accionistas al no estar obligados sino hasta el monto de su aporte, por consiguiente, tienen su obligación frente a la sociedad, y no ante las obligaciones sociales que contraiga la empresa o compañía anónima.

De allí que el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras representa una ruptura legal que engendra, para el ámbito empresarial, una incertidumbre jurídica, producto de la carente uniformidad en el contexto laboral y mercantil venezolano.

Por lo tanto, merma el hecho que personas con proyectos económicos y novedosos se constituya en sociedad, ocasionando la plausible expectativa de disminuir los impulsos económicos para el beneficio de la población venezolana.

En sentido coincidente con estas reflexiones legales, Muci (2005) reconoce la estrategia económica de la responsabilidad limitada de los socios, cuando apunta:

> […] Los socios no son responsables –esta es la regla– por las obligaciones de la sociedad. Esta norma obedece a la necesidad, sentida por el legislador, de crear *incentivos* que favorezcan a las personas que emprendan nuevos negocios –esto es, empresas comerciales o industriales– que, por naturaleza de las cosas, comportan riesgos o peligros, Uno de los incentivos para la asunción de riesgos es precisamente la regla –el *beneficio*, *lato et improprio sensu*– de la responsabilidad limitada. (Muci 2005, 26)

La referida norma laboral bajo análisis, origina la imperiosa necesidad de resolver el alcance de su contenido, que permita ofrecer mejores escenarios para los accionistas que deseen contribuir en las ganancias, beneficios y ventajas de una sociedad conformada, y mayores soluciones para los inversionistas que expresen su voluntad en constituirse bajo la figura de una sociedad anónima, consorcio, o grupo económico.

Así, el suficiente soporte doctrinal y judicial sobre la correcta aplicación del artículo 151, debe dilucidar el elenco de problemas que pueda nacer para todo empleador y accionista, de lo contrario, se continúa en la incesante duda que se genere a futuro, en el caso que un trabajador aspire a la remuneración de sus conceptos laborales mediante la errónea determinación de la responsabilidad solidaria entre los sujetos referidos anteriormente.

3. Declaraciones judiciales acerca de la aplicación y procedencia del artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras.

La administración de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela poco se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 151 de la L.O.T.T.T (2012), y la necesidad que representa avocarse al conocimiento de su procedencia.

Hoy en día, el ejercicio judicial desplegado por los Tribunales de Primera y Segunda Instancia en el área laboral, y por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de justicia, se ha limitado en mencionar el artículo 151 y a decidir en cuanto a derecho sobre el mismo, cuando ha sido alegado por alguna de las partes (necesariamente por el trabajador o la trabajadora), y si realmente aplica en el caso que se esté tramitando, resolviendo comúnmente en provecho del trabajador, precisamente por los principios rectores y proteccionistas que impera en la ley.

No obstante a lo señalado, existen posturas emanadas por algunos Tribunales de Instancias e incluso, por la propia Sala de Casación Social, que, a pesar de no gozar de mucha estimación por los jueces laborales a la hora de decidir cuando es invocado el aludido artículo, revisten de cruciales fundamentos que demuestran el exhaustivo esfuerzo de brindar una solución lógica frente a la probabilidad de castigar de forma solidaria al accionista de una empresa, no sin antes tomar en cuenta determinados elementos que son analizados por los respectivos operadores de justicia.

Como tarea prioritaria, se recalca un pequeño cúmulo de decisiones judiciales cuya colación se analiza para precisar ciertos elementos de procedencia conforme al precepto laboral en estudio.

En primer lugar, se indica la decisión proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en donde efectuó su potestad de revisión en fecha 17 de octubre del año 2014 con ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales, sobre una sentencia emitida por el el Juzgado Séptimo Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas el 27 de junio de 2014, cuando confirma la decisión del Tribunal de Ejecución de la jurisdicción laboral en la cual niega el embargo ejecutivo en cabeza de los accionistas.

El fallo *in comento* contiene importantes razones para decidir en contra de la aplicación de la responsabilidad solidaria contenida del artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) que derivan tanto por los órganos que integran la jurisdicción laboral, como también por la Sala Constitucional.

A los fines de efectuar el análisis a dicho acto judicial, conviene indicar, primeramente, lo considerado por el Tribunal Superior Séptimo de Trabajo:

> […] por lo que pretender la declaratoria de la responsabilidad solidaria en cabeza de los accionistas, a los fines de ejecutar la sentencia resultaría contraria a derecho y violatoria del debido proceso y de la tutela judicial ya que no se puede ejecutar a quien nunca fue demandado ni condenado en un juicio, por lo que se niega lo solicitado por la parte actora […].

La recurrida arguye que la responsabilidad solidaria respecto a los accionistas de una empresa, es un punto que se tramita como cuestión de fondo en el libelo de la demanda, en consecuencia, solicitar la ejecución de la demanda a quienes nunca conformaron parte en el curso del proceso, atenta en contra del debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Bajo este panorama, la seguridad jurídica de los accionistas se refuerza cuando la Sala apoya el sustento jurisprudencial con la que se basó la apelación en cuestión, vale mencionar, la sentencia número 900 dictada por esta Sala Constitucional el 6 de julio de 2009, caso: "Industria Azucarera Santa Clara C.A.", por coincidir con la construcción

jurisprudencial sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo (recaído en el caso: "Transporte Saet C.A.", en 14 de mayo del 2004).

La intención del Juez Constitucional se muestra partidario en garantizar el mínimo de derechos asociados con el debido proceso y el derecho a la defensa a aquellos terceros (accionistas o miembros de un grupo económico) que tienden a ser condenados en la fase de ejecución de una sentencia definitivamente firme, cuando en autos no se constate algún hecho notorio que compruebe la existencia de un grupo económico.

O en la situación concreta que tipifica el artículo laboral, de los hechos que demuestren el obrar fraudulento y las conductas evasivas de los empleadores y accionistas que tiendan a perjudicar al trabajador.

A este respecto, la Sala y el Juzgado Superior del Trabajo no pretendieron menoscabar los derechos de los trabajadores que se fundamentan en el principio *in dubio pro operario,* el principio de la primacía o realidad sobre las formas y el principio de intangibilidad de los derechos laborales, pero tampoco suponen infringir las facultades procesales y los derechos económicos que ampara a los accionistas de una sociedad, cuya seguridad jurídica se encuentra afectada por la tajante redacción del artículo 151.

Por ello, para estar en armonía con los derechos constitucionales que resguardan a ambas partes (empresa – accionista y trabajador), el juzgador constitucional opta por establecer los mecanismos probatorios idóneos y necesarios que dejen suficientemente constado las circunstancias por las cuales pueda aplicarse acertadamente el levantamiento del velo corporativo sobre los accionistas de una sociedad por cerrar ilegalmente una empresa, por diluir con ánimo doloso los activos de la compañía, o cualquier otra actividad que evidencie la mala intención de los accionistas o propietarios, siempre y cuando se mencione y se pruebe, en la oportunidad procesal correspondiente.

En consonancia con estas postulaciones, se procura el respeto a las garantías básicas del debido proceso, el derecho a la defensa y a la tutela judicial, de acuerdo a lo prescito en la Constitución dela República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 49, que fungen como derechos de orden superior en cualquier proceso judicial, indistintamente de la materia que se sustancie.

En alusión a lo anterior, la Sala Constitucional esgrime que erróneamente el trabajador puede "[…] pretender que se emplace en fase de ejecución a un tercero para que sea condenado en los mismos términos en que lo fue la parte perdidosa y responda, de ser el caso, con su patrimonio.", dado a la falta de cognición en el proceso ejecutivo.

Y en vista a estos argumentos, manifiesta su discordancia con el último aparte del artículo 151 referido a dictar medidas de embargo sobre los bienes del patrono y de los accionistas, por mera disposición de la responsabilidad solidaria, sin que antes

de ejecute una mínima actividad probatoria desde el inicio de un procedimiento, y se mencione, finalmente, en la sentencia de mérito.

En definitiva, el solicitante que tenga como objetivo exigir la ejecución de una sentencia definitivamente firme, podrá hacerlo siempre que haya demandado solidariamente a los patronos y accionistas, y en abono a esto, contar con el material probatorio convincente que fundamente actuar sobre los bienes del accionista, siempre que le resulte favorable la aplicación del levantamiento del velo corporativo, siendo ineludible esta forma de proceder en el juicio por cobro de conceptos laborales. De este modo lo indica la Sala Constitucional, cuando de seguidas dictamina:

> La anterior posibilidad no le venía dada, como erradamente interpreta, a partir de la norma contenida en el artículo 151 […] sino a partir de la propia construcción jurisprudencial de esta Sala sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo, vigente a la fecha de presentación de la demanda […] desarrollado a partir de la sentencia número 903 del 14 de mayo de 2004, caso: "Transporte Saet C.A. […]

Con el propósito de distinguir, en este segmento, mayores posiciones que resalten la discordia que significa la responsabilidad solidaria entre patronos y accionistas, el aludido Juzgado Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, cuyo dictamen fue sometido a revisión constitucional, respalda las ideas desarrolladas en el grueso del presente estudio sobre al artículo laboral *in comento,* complementando que el mismo se introduce como un novedad cuando, antes de la vigencia de la L.O.T.T.T (2012), el ordenamiento jurídico venezolano no permitía que se demandaran a los accionistas por las obligaciones sociales contraídas con las personas jurídicas que fueren el patrono principal y directo, en virtud a las normas mercantiles que proyectan jurídicamente la separación de patrimonios entre ellos.

De ahí que algunos sectores de la realidad judicial, no se muestran ajenos a la magnitud de problemas que surgen a raíz del conflictual mandato inmiscuido en el prenombrado precepto jurídico - laboral. A su parecer, el solo hecho de fungir como socios o inversionistas en una sociedad jurídica, no hace nacer el derecho de extenderles los efectos solidarios, cuando lo justo es reclamar al patrono directamente por crear con este el vínculo laboral desde el inicio de la relación de trabajo,

> […] toda vez que el elemento fundamental que las distingue de las demás formas de sociedades civiles y mercantiles, es precisamente la separación del patrimonio de los socios del patrimonio de la sociedad y la limitación de la responsabilidad de los socios a sus respectivos aportes […]

Por otra parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 05 de febrero del año 2016 y con la ponencia del Magistrado Danilo Mojica, resolvió un recurso de control de la legalidad con ocasión a un juicio por cobro de

prestaciones sociales y otros conceptos laborales, en donde exigen el decreto de la responsabilidad solidaria en la fase de ejecución de la sentencia ante un Tribunal Superior de Trabajo, al ser negada por el Tribunal de Ejecución.

Cabe destacar, en este punto, que la decisión dispuesta por la Sala de Casación Social perfectamente se alineó con los términos argumentados por la ya esbozada sentencia del máximo garante e intérprete de la Constitución. Por lo tanto, esta tímida y paulatina tendencia judicial estriba en similares circunstancias en las que se desarrolló el recurso extraordinario de revisión analizado *ut supra,* siendo necesario de establecer determinados requisitos para la aplicación del artículo 151.

Así pues, la alzada en materia laboral acuerda la obligación solidaria de los socios, dejando sin efecto las antiguas decisiones que negaban la procedencia del mismo, en virtud a que nunca fue un punto a tratar en el *iter* procedimental. Por lo anterior, la Sala acoge la postura de los Tribunales de Primera instancia en funciones de ejecución, en razón a que dejó sentado lo siguiente:

> […] cuando del libelo de demanda observa la Sala que los referidos ciudadanos no fueron demandados de forma solidaria, por lo que mal podía el sentenciador superior condenarlos, pues sólo fue demandada la sociedad mercantil Hotel Taburiente, S.R.L., en la persona de su socia la ciudadana María Isabel Pérez Cabrera, y no de forma particular.

Con esta premisa, la Sala resuelve el recurso concluyendo que mal puede ser acordada la responsabilidad solidaria sobre cualquiera de los accionistas en la fase de ejecución de una sentencia, cuando estos últimos no formaron parte en un juicio como personas individuales ni fueron llamadas, por medio de la demanda, a actuar dentro de un proceso en forma solidaria.

En este sentido, declara improcedente el pedimento de establecer la responsabilidad solidaria de los accionistas de la sociedad mercantil, quien fue la condenada principal en todo momento.

Aun cuando se advierte el poco aporte sustancial del pronunciamiento judicial que antecede, decretar improcedente la responsabilidad solidaria del artículo 151 en la fase de ejecución, cuando no fue tramitado desde el inicio del procedimiento laboral, se traduce en un importante avance que denota el abandono insípido de decidir, sin un proceso de cognición transparente por parte del Juez, el acuerdo de la norma previamente mencionada.

Atendiendo a estas comunes consideraciones, un elemento de procedencia consiste en exigir la aplicación de la responsabilidad solidaria que estatuye el artículo 151 de la L.O.T.T.T (2.012) desde la causa primigenia laboral, demandando solidariamente a los patronos y accionistas, en el caso de solicitar la ejecución de una sentencia que haga

surtir solidariamente los efectos entre ellos, previo alegato del levantamiento del velo corporativo.

Por último, pero no menos importante, la Sala de Casación Social en fecha 30 de octubre del año 2013, mediante un recurso de control de la legalidad, concluyó que en función de otorgar un sentido a la estructura que ofrece la redacción del artículo 151, sólo podrá demandarse solidariamente a los accionistas de una empresa (patrono), siempre que exista una relación personal y directa entre el accionista y el demandante (trabajador).

En semejanza a los casos anteriores, el asunto próximo a analizar se desarrolla en el marco de un juicio por cobro de diferencia de prestaciones laborales y otros conceptos laborales, la cual es ejercida por la parte demandante.

La situación jurídica descrita, si bien se materializó en una fecha que precede a los demás pronunciamientos expuestos, comprende transcendentes lineamientos que aclaran la improcedencia del artículo 151, y denota el error legislativo cometido a la luz del artículo 201, numeral 3, del Código de Comercio (1955).

Profundiza la Sala, que del conjunto de alegatos que vaya presentar el trabajador que vio frustrado su derecho al cobro, no debe limitarse a solicitar el decreto de la responsabilidad solidaria sobre los socios de una persona jurídica sin que antes cuente con el acervo probatorio capaz de justificar: a) que se haya prestado servicios personales y directos con el accionista o los accionistas, y b) que se evidencie la presunción de insolvencia de los accionistas demandados.

Asimismo, el juez ilustra su posición al traer a colación una decisión emanada por la misma Sala, signada por el N° 0739, de fecha 16 de septiembre del año 2013, a través del cual, en su parte dispositiva, declara improcedente la responsabilidad solidaria entre los administradores y directores de una compañía anónima, por no existir un acuerdo previo entre las partes (de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.223 del Código Civil), y en cuanto a esto último, subordinar a la expectativa la solidaridad que estatuye el artículo 151 del régimen laboral vigente, tampoco resulta viable siendo la personalidad jurídica de ambos sujetos (directores – empresa) totalmente diferentes, autónomos y separados.

Acogiendo estas razones, el operador de justicia en Casación Social las aplica análogamente a la pretensión sometida a su conocimiento, no por tratarse de directores y administradores, sino de accionistas que guardan semejanza con los prenombrados dependientes en la administración de la empresa, por tener patrimonio, personalidad y responsabilidades distintas a la compañía en donde formen parte, pues su colaboración económica y funcional no debe ser entendida automáticamente como subterfugio para castigarlos por las obligaciones que contraiga la sociedad anónima.

Los administradores, directores, accionistas y demás dependientes que contribuyan en la gestión y evolución de una persona jurídica, no necesariamente son identificados como los propietarios de la misma, puesto que el Código de Comercio (1955) y la práctica mercantil tiende a observar la posibilidad de que todo administrador o accionista puede ser un tercero, que pueden estar desde los cimientos de la empresa, durante el desenvolvimiento de esta, cuando la junta directiva acuerde y promueva la venta de acciones, así como también tienen la facultad de designar como administrador a cualquier persona, ajena a la empresa o no, que cumpla con los requerimientos básicos para tal función.

Sobre la base de las ideas formuladas, la Sala reluce lo preceptuado en el artículo 201 del Código de Comercio (1955), y reitera que la obligación a la que hace referencia dicho norma, se interpreta como aquella que existe frente a la empresa y no ante terceros, por causa del monto de su acción, con lo cual concluye que el único responsable de las obligaciones sociales es la sociedad anónima, y regula la legalidad del artículo 151 en consonancia con el régimen societario afirmando que:

> […] sería un error ver la responsabilidad de los socios de otra manera por cuanto cesaría de forma absoluta la concepción y el motivo por el cual fueron creadas las compañías anónimas, las cuales cuentan con personalidad jurídica propia y por tanto gozan de obligaciones y derechos.

En consecuencia, a juicio de quien decide en la presente causa laboral, para controlar la legalidad de la responsabilidad solidaria entre patronos y accionistas, estando acorde con las reglas de índole societario, deberá indicarse en el escrito principal de la demanda:

a. Las condiciones de tiempo, modo y lugar del servicio personal y directo para con los accionistas, administradores o directores;
a. Demostrar la presunta insolvencia por parte de la sociedad que pueda mermar el cobro de las acreencias de los trabajadores, todo esto a los fines de declarar procedente la posibilidad que instaura el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012).

CONCLUSIÓN.

La responsabilidad solidaria dispuesta en el artículo 151 de la L.O.T.T.T (2012) se contrapone con el régimen societario que obliga a la separación de patrimonios de los accionistas de conformidad con el Código de Comercio (1955), evidenciando el carácter proteccionista del sistema jurídico laboral que minimiza las posibilidades económicas y las facultades jurídicas de los socios titulares de acciones.

La existencia de algunos fallos que concentran su raciocinio en concordar el artículo 151 del con las reglas mercantiles de tipo societario, ofrecen una salida al problema complejo que se ocasiona con el establecimiento de la responsabilidad solidaria, que abarca a los accionistas de una empresa.

En orden a ello, se ha recabado un conjunto de requisitos de procedencia en el área judicial, que permitan, por una parte, el derecho de defensa de los accionistas o todo tercero a quienes pretenda condenarse en los mismos términos que lo fue la compañía anónima, como patrono principal, y por otro lado, el examen de dichos elementos que procuren el debido proceso de ambas partes, y el plausible cobro de conceptos laborales de los trabajadores y trabajadoras:

1. En primer término, quien solicite la ejecución de una sentencia definitivamente firme, aspirando al decreto de la solidaridad entre los socios de una sociedad anónima, deberá demandar como responsables solidarios a los accionistas y patronos, siempre y cuando del cúmulo probatorio logre desvirtuar la separación de patrimonios a través de la teoría del levantamiento corporativo, de otro modo, la única responsable de responder por los conceptos laborales será la sociedad. Por lo tanto, la solidaridad se tramitará, en todo caso, como una cuestión de fondo, para lograr la efectiva satisfacción de los conceptos laborales adeudados a los trabajadores.

2. No obstante, como punto previo a toda ejecución de una sentencia, en el caso de no prosperar el levantamiento del velo corporativo, podrá demostrarse, igualmente, otras circunstancias que involucren patrimonialmente accionistas, a saber: a) que se mencione haber prestado servicios personales y directos con el socio (administrador o director que se trate), de otro modo, la única responsable de responder por los conceptos laborales será la persona jurídica en cuestión; y b) que se evidencie y pruebe la fraudulenta insolvencia, diluyendo los activos de la empresa que vayan en detrimento a los derechos patrimoniales de todo trabajadores.

Con base a estos elementos, se proyectan mejores expectativas a todo accionista que emprenda invertir en una determinada sociedad anónima, tomando en consideración que en el área judicial están amparados por distintas excepciones que garantizan la separación de patrimonios y la distinción de personalidad jurídica, teniendo presente que la redacción del artículo 151 conlleva a un proceso cognitivo por parte de los órganos de la jurisdicción laboral, en sus distintas instancias, que corroboren la seguridad jurídica de los socios, en virtud al artículo 201, numeral 3 del Código de Comercio (1956).

BIBLIOGRAFÍA.

Garay y Garay, Juan y Miren. 2012. *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Comentado y con casos prácticos*. Ediciones Juan Garay. Caracas, Venezuela.

Muci Borjas, José Antonio. 2005. *El abuso de la forma societaria (El levantamiento del velo corporativo a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolana en materias civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal)***.** Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela. Acceso el 25 de mayo de 2019. https://muci-abraham.com/wp-content/uploads/2019/11/00-El-abuso-de-la-forma-societaria-El-levantamiento-del-velo-corporativo.pdf

Villasmil, Fernando. 2013. *Derecho del Trabajo. Análisis crítico de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. Fondo Editorial del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, Venezuela.

Zambrano, Freddy. 2007. *Glosario Mercantil***.** Editorial: Atenea. Caracas, Venezuela.

Leyes

Asamblea nacional constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. 1999. En Gaceta Oficial N° 36.860.

Congreso De La República De Venezuela. *Código Civil***.** 1982. En Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria.

Congreso De La República De Venezuela. *Código de Comercio*. 1955. En Gaceta Oficial N° 475 Extraordinaria.

Poder Ejecutivo De La República Bolivariana De Venezuela**.** 2012. *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras***,** en Gaceta N° 6.076 Extraordinaria.

Sentencias

Tribunal Supremo De Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17 de octubre de 2014. Expediente N° 14.850.

Tribunal Supremo De Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia de fecha 05 de febrero de 2016. Expediente N° 14.160.

Tribunal Supremo De Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia de fecha 30 de octubre de 2013. Expediente N° 11.1580

La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves

Rodrigo Alfredo Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-297-321

Resumen: El concepto de gobierno corporativo denota un contenido ecléctico y multidisciplinario que comprende el análisis del sistema bajo las cuales las compañías son dirigidas y controladas, y pertenece al elenco de nociones que han sido admitidas en el Derecho Societario como resultado de un proceso de adaptación y modernización a los desafíos económicos que enfrentan las compañías. El análisis de la presencia y consecuencias de tal concepto de gobierno corporativo en el Derecho Societario venezolano, considerando la antigüedad del Código de Comercio patrio, puede partir de tres aspectos fundamentales: la optimización del status jurídico del accionista; la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder; y el análisis sobre la composición interna de la Junta Directiva.

Palabras claves: Gobierno corporativo; accionista; Junta Directiva.

The notion of corporate governance applied to Venezuelan Corporate Law: key aspects.

Abstract: *The concept of corporate governance involves an eclectic and multidisciplinary content, comprising the analysis of the system by which the companies are directed and controlled, and belongs to the list of elements that have been progressively admitted in Corporate Law as a result of its adaptation and modernization process. The analysis of the existence and consequences of such concept in Venezuelan Corporate Law, considering how vintage is the national Commerce Code, may depart from three fundamental aspects: the improvement of the shareholders legal status; the legal scope of the stakeholder theory; and the analysis of the internal design of the Board of Directors.*

Keywords: *Corporate governance, shareholder, Board of Directors.*

---

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves

Rodrigo Alfredo Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-297-321

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. ***1.- Gobierno corporativo: aproximación conceptual e histórica, algunos principios. 2.- Gobierno corporativo y la optimización del status jurídico del accionista: la intervención activa del socio en la gestión societaria y el deber de lealtad de los administradores. 3.- La dimensión jurídica de la teoría del stakeholder. 3.1.- Acreedores como stakeholders y gobierno corporativo. 3.2.- Trabajadores como stakeholders y gobierno corporativo. 3.3.- Consumidores como stakeholders y gobierno corporativo. 4.- La Junta Directiva: tipos de directores, comisiones fundamentales y auditoría sobre la gestión societaria. 4.1.- Tipos de directores que integran la Junta Directiva. 4.2.- Las comisiones fundamentales: comisión de nombramientos, comisión de retribuciones, comisión de auditoría. 4.3.- La auditoría sobre la gestión societaria: más allá del comisario y del control interno.*** CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los cambios experimentados por el Derecho Societario en los últimos años han motivado la revisión exhaustiva de los sistemas, procedimientos y estándares de estabilidad, gobernabilidad, control y democracia societarias como elementos de análisis y puntos de partida para generar respuestas modernas a los diversos desafíos y riesgos económicos que atraviesan las compañías en la ejecución su objeto social[1].

El proceso de modernización y adaptación de aquella rama, basado en la revisión de aquel conjunto de realidades, se ha caracterizado por la progresiva admisión de nociones fundamentales que, íntimamente vinculadas con distintas disciplinas, reportan las ventajas necesarias para generar respuestas constructivas y necesarias ante la mutabilidad y riesgos económicos y operativos[2] a los cuales se enfrenta la sociedad mercantil.

---

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

1 Vásquez Palma, María Fernanda. 2015. "¿Hacia dónde va el Derecho Societario?: Un análisis desde el Derecho Comparado y una propuesta preliminar para el Derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho* 42, n° 1: 57-91.

2 Ustáriz González, Luis Humberto. 2003. "Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo". *Revista Universitas*, 185, n° 1: 138-177.

"Gobierno corporativo", o "*corporate governance*", lidera la lista de aquellas nociones admitidas en el Derecho Societario como resultado de un proceso histórico de modernización y adaptación, y se ha consolidado como un paradigma de actualización de importantes instituciones societarias y de creación de valor para las compañías[3].

Esencialmente, el concepto de gobierno corporativo denota un contenido ecléctico y multidisciplinario, susceptible de ser aplicado a distintas áreas que estudian, explican y regulan el quehacer cotidiano de la administración y contraloría societarias; de allí que, sin perjuicio a las distintas perspectivas que determinen la aproximación a este fenómeno, deviene de interés examinar el alcance jurídico y la aplicación de la noción de gobierno corporativo al Derecho Societario de nuestro país, considerando la antigüedad y demás particularidades de las disposiciones atinentes a la regulación de las compañías.

El presente artículo acomete destacar, específicamente y con previa aclaratoria conceptual e histórica, tres aspectos jurídicos a partir de los cuales, consideramos, puede partir la aplicación de la noción de gobierno corporativo al Derecho Societario patrio, a saber: la optimización del status jurídico del accionista; la dimensión jurídica de la teoría del "stakeholder"; y, finalmente, la Junta Directiva, estudiando los tipos de directores, las comisiones fundamentales, y la auditoría sobre la gestión societaria.

1.- Gobierno corporativo: aproximación conceptual e histórica, algunos principios.

La definición tradicional de gobierno corporativo deviene del célebre Reporte Cadbury (Cadbury Report, en inglés), emanado del Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance o Comité Cadbury, conformado en el año 1992 en Reino Unido, con el propósito de definir las prácticas de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en el mercado bursátil. En el aludido reporte, se define al gobierno corporativo como "el sistema bajo el cual las compañías son dirigidas y controladas ("*the system by which companies are directed and controlled*")"[4].

El concepto ofrecido en el Reporte Cadbury, resulta suficientemente general e ilustrativo del contenido del gobierno corporativo: primero, indica que se trata de un "sistema", pues agrupa una serie de principios, procedimientos, prácticas, organizaciones y jerarquías[5] las cuales, articuladas, se encuentran dispuestas a la administración y

---

[3] Paz-Ares, Cándido. 2004. "El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor". *Revista InDret* 182, n° 1: 2-38.

[4] The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. 1992. *The Financial Aspects of Corporate Governance*. London: Gee.

[5] Flores Konja, Julio Vicente y Rozas Flores, Alan Erro. 2008. "El gobierno corporativo: un enfoque moderno". *Revista Quipukamayoc* 15, n° 29: 7-22.

control de la forma societaria; segundo, sostiene que tal sistema se encamina a regular la "dirección" de la compañía, englobando la administración o gestión de la cotidianidad económica de la sociedad mercantil; y, finalmente, en tercer lugar, comprende también el "control" de la compañía, y, específicamente, la contraloría sobre aquella administración o gestión societarias, que excede del simple control interno.

En este sentido, y complementando la precitada definición, el G20 y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (por sus siglas, OCDE), actualizaron en el año 2016 sus "Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE", en los cuales se indica que la noción de gobierno corporativo "(…) implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su administración, sus accionistas y otros actores interesados"[6], delimitando con claridad los componentes subjetivos de la noción de gobierno corporativo actualmente consolidada.

Históricamente, el empleo del término "gobierno corporativo" con la connotación que posee en la actualidad, según Cheffins, se remonta al año 1976, en un reporte oficial de la U.S. Securities and Exchange Comission (S.E.C), y su posterior consolidación se cristalizó a partir del año 1978, cuando un reporte del Instituto Americano de Derecho promovió el estudio multidisciplinario del gobierno corporativo[7].

Ahora bien, a partir de la década de 1980 en adelante, una serie de escándalos de fraude corporativo de gran envergadura[8] y una sucesiva "crisis de confianza"[9] en el mercado de valores, motivaron la conformación de múltiples comités de trabajo que, asociados a las autoridades reguladoras de la actividad bursátil en distintos países, dedicaron su labor a la elaboración y publicación de reportes[10] con el propósito de crear códigos de buenas prácticas de gobierno corporativo, consistente en recomendaciones voluntarias destinadas a regular el gobierno corporativo de las sociedades de capital, y caracterizados por regirse bajo el principio de "cumplir o explicar" (*comply or explain*).

---

6 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y G20. 2016. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París: Éditions OCDE.

7 Cheffins, Brian R. 2012. *The History of Corporate Governance*. Cambridge: European Corporate Governance Institute.

8 A modo de ejemplo, los casos Enron, Parmalat, Worldcom, BCCI Bank, Polly Peck, entre otros. Véase Pass, Christopher. 2002. *Corporate Governance and The Role of Non-Executive Directors in Large UK Companies: An Empirical Study*. Bradford: Working Paper Series.

9 La crisis de confianza suscitada en el mercado de valores por los escándalos de fraude y conductas inapropiadas de funcionarios gerenciales es narrada por Cohen, Ding, Lesage y Stolowy. Véase Cohen, Jeffrey, Ding, Yuang, Lesage, Cédric y Stolowy, Hervé. 2010. "Corporate Fraud and Managers' Behavior: Evidence from the Press. *Journal of Business Ethics* 95, n° 1: 271-290.

10 Y, así, en distintos países del mundo se publicaron propias versiones del Reporte Cadbury: los Informes Olivencia, Aldama y Conthe en España, el Informe o Código Preda en Italia, el Informe Dey en Canadá, el Informe Peters en Holanda, los Reportes Bouton y Vienot en Francia, el Informe KontraGesetz en Alemania, y los sucesivos Reportes Hempel, Greenbury, Higgs, y el *Combined Code* de 2003, entre otros. Véase, Ustáriz, Op. Cit., 2, p. 149.

El principio de "cumplir o explicar" comporta que los códigos de buen gobierno corporativo confían a las compañías la voluntad de acogerse o no a sus recomendaciones, esto es, de regular su sistema de gobierno corporativo a través del código o regular aquel sistema bajo su propio designio (principio de autorregulación, explicado en el Informe Aldama[11]), pero, en caso de distanciarse de aquellas sugerencias, la compañía deberá explicar las razones que justifican su decisión en sus reportes anuales a la autoridad reguladora de la actividad bursátil[12].

Por otro lado, los comités de trabajo conformados para la creación de códigos de gobierno corporativo entendieron que, aunado a la existencia de un sistema de administración y control de las sociedades mercantiles, resulta ineludible imprimir valores de ética, responsabilidad y transparencia en la noción de gobierno corporativo. En palabras del conocido Informe Olivencia, "la ética es un índice de calidad", sin la cual "no puede haber valor ni valía de las entidades, ni de organizaciones, ni de instituciones públicas o privadas"[13]. Así, el rescate de la ética en gobierno corporativo, que representa una reivindicación a las raíces históricas del Derecho Mercantil mismo[14], integra junto con sus consecuencias (transparencia, responsabilidad, etc.) una parte fundamental del concepto de gobierno corporativo.

En suma, podemos advertir que por gobierno corporativo se entiende aquel sistema que, basado en la voluntariedad, autorregulación, ética, transparencia y responsabilidad, disciplina la administración y control de la sociedad mercantil, así como las relaciones existentes entre la gestión societaria, el accionariado y los grupos de interés.

Conviene destacar, además, que, desde un punto de vista histórico, y pese a que el auge del estudio sobre el concepto actual de gobierno corporativo ocurrió a partir de la década de los ochenta, consideramos que, con anterioridad a tal auge, la noción de gobierno corporativo se hallaba ya inscrita en el Derecho Societario y regulada por este.

En efecto, el concepto de gobierno corporativo se manifiesta en el Derecho Societario en el momento en el cual el legislador se preocupó por disciplinar los sistemas y estándares de gobernabilidad, estabilidad y contraloría de las compañías, y el rastreo de ese origen histórico se remonta a las manifestaciones primigenias de toda forma societa-

---

[11] Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. *Informe Aldama*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

[12] El principio "cumplir o explicar" (*comply or explain*), ha sido denominado por la doctrina de habla hispana como "principio de voluntariedad". Véase Velayos Lluis, Juan. 2006. "Los principios reguladores del gobierno corporativo en España". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 14, n° 1: 85-96.

[13] Olivencia, Manuel. 1999. *El buen gobierno de las sociedades*. Valencia: Fundación ÉTNOR.

[14] Véase, de Stefano, Lodovia. 2010. *Contrarre con l´impresa: profili soggetivi ed oggetivi*. Milano: Università degli Studi di Milano-Bicocca.

ria actualmente conocida, toda vez que, desde un inicio, se destacaba la importancia de regular las maneras bajo las cuales las compañías son dirigidas y controladas[15].

La novedad en el concepto moderno de gobierno corporativo estriba, no obstante, en dos puntos cardinales: en primer lugar, en el progreso o actualización de las bases del Derecho Societario en lo atinente a la gobernabilidad, estabilidad, control y democracia societarias como resultado de la adaptación y modernización de aquella ciencia conforme a las realidades económicas, y, en segundo lugar, en la concurrencia multidisciplinaria en los estudios sobre gobierno corporativo, esto es, el estudio del gobierno corporativo desde ciencias como la economía, la administración, entre otras, lo cual imprime un valor empírico o pragmático en el concepto, redundando en ventajas para el análisis y aplicación jurídica de la noción.

2.- Gobierno corporativo y la optimización del status jurídico del accionista: la intervención activa del socio en la gestión societaria y el deber de lealtad de los administradores.

Tulio Ascarelli considera que la posición del accionista frente a la sociedad implica un "status" o presupuesto que comprende un conjunto de derechos y obligaciones cuyo titular posee frente a la compañía por su condición de socio[16]. Broseta Pont y Martínez Sanz, siguiendo la línea de Ascarelli, afirman que, particularmente, los derechos atribuidos al accionista en su status frente a la compañía son de tipo "económico-patrimonial", "político-personal", y "otros derechos"[17].

Asimismo, Hung Vaillant identifica una serie de prerrogativas que el Código de Comercio venezolano reconoce al accionista, y, entre ellos, el derecho del socio a intervenir en la administración social, el cual comporta la posibilidad de que el accionista, ejerciendo su derecho al sufragio en las asambleas de la compañía, participe de forma inmediata en la toma de decisiones de la sociedad mercantil, votando a favor o en contra de las propuestas de la Junta Directiva[18]. Como se explicará, el derecho del socio a la intervención en la administración de la sociedad resulta un punto de partida fundamental para la aplicación de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario venezolano.

---

[15] Cheffins sostiene que la sistematización de la historia del gobierno corporativo ha resultado una tarea laboriosa y difícil, que excede de los reportes y códigos de buen gobierno corporativo y redirige a los prístinos inicios del Derecho Societario. En su introducción, observa que no existe un "tratamiento histórico y definitivo sobre gobierno corporativo y quizá nunca exista uno, dado la vastedad de la materia", apuntando que, ciertamente, "el gobierno corporativo ha estado entre nosotros desde que el uso de la forma corporativa creó la posibilidad de conflicto entre inversionistas y directores". Cheffins, Op. Cit. 7, p. 1.

[16] Ascarelli, Tulio. 1951. *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*. México D.F: Imprenta Universitaria.

[17] Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. 2017. *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I. Barcelona: Editorial Tecnos.

[18] Hung Vaillant, Francisco. 1986. *Sociedades*. Caracas: Alirio Dorantes – Editor.

Del Reporte Cadbury puede entenderse que, en efecto, el concepto de gobierno corporativo se construye sobre un principio fundamental, el cual es la separación entre la propiedad de la compañía de la administración empresarial, es decir, de la diferencia entre la persona del accionista y de la del administrador, y viceversa[19], pero entendiendo la amplia brecha que existe entre ambos en cuanto a cuál sector concentra y ejerce con mayor nivel de eficacia real el poder en la compañía.

Tal separación entre propiedad y administración, no obstante, probó resultar contraproducente: antes de 1980, Livingston registra una suerte de "pasividad" de los accionistas ante la actuación de los administradores, y, en general, al estado de sus compañías, adoptando los socios una postura de "indiferencia a todo asunto atinente a la compañía de la cual son dueños, salvo en lo que respecta a sus dividendos y al precio promedio de la acción"[20]. Aquella indiferencia, produjo en que sobre la gestión societaria recaiga un poder casi ilimitado y sin ningún contrapeso jurídico que garantizara un equilibrio debido entre ambos sectores, accionistas y directores, en la toma de decisiones.

Precisamente, la pasividad de los accionistas respecto a las compañías de su propiedad, que devino en un exceso de arbitrio para los administradores, labró el terreno para la ocurrencia de los principales casos de fraude corporativo y corrupción empresarial[21]; de ahí que, desde la década de los ochenta, con la publicación de los primeros reportes y con el auge de los inversionistas institucionales[22], la noción de gobierno corporativo representa un modelo político-societario[23] de reivindicación y optimización del status jurídico de los accionistas frente a la compañía, al cual se refiere Ascarelli.

En ese sentido, postulamos que la materialización del status jurídico optimizado del accionista por el concepto actual de gobierno corporativo se traduce en dos novedades teóricas: primero, una reafirmación del derecho del socio a la intervención activa en el quehacer decisorio de la compañía, y segundo, y correlativamente, una reconfiguración del deber de lealtad de los administradores, a la luz de ese rol activo.

---

[19] "(…) the separation of ownership from management", en palabras del Reporte Cadbury. Véase, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 35.

[20] Livingstone, Joseph. 1958. *The American Stockholder*. Philadelphia: J.B. Lippincott Company.

[21] Véase Cohen, Ding, Lesage y Stolowy, Op. Cit. 8, p. 279.

[22] Gillan, Stuart L. y Starks, Laura T. 2000. "Corporate governance proposals and shareholder activism: the role of institutional investors". *Journal of Financial Economics* 25, n° 1: 260-281.

[23] Tendencia denominada por un amplio número de autores como "shareholder activism", la cual, según Goranova y Verstegen Ryan, ha provocado "la evolución de un modelo de gobierno corporativo basado en el mercado, a un modelo político". Véase Goranova, María y Verstegen Ryan, Lori. 2013. "Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review". *Journal of Management* 40, n° 1: 1230-1268.

Ciertamente, la confirmación del derecho del accionista a un papel activo en la administración societaria, sin implicar *a fortiori* que el socio ocupe un puesto en la Junta Directiva, comprende que la administración o Junta Directiva de la sociedad mercantil someta decisiones importantes sobre el destino económico de la compañía a la asamblea de accionistas, que permita a los socios presentar a consideración del órgano deliberante sus propuestas sobre el rumbo de la compañía, y que, en definitiva, promueva la activa iniciativa asamblearia en el seno del accionariado encaminada a que el titular de la acción, en la medida de su interés, participe del día a día de la función gerencial.

Igualmente, consideramos que, producto de la reafirmación de la intervención del socio en la administración de la compañía, el deber de lealtad que debe guardar la dirección de la compañía experimenta una reconfiguración basada en las eventuales violaciones a aquel deber en las cuales puede incurrir la administración de la compañía que pretenda desconocer o conculcar la posibilidad interventora del accionista en la dirección de la sociedad mercantil[24].

En efecto, si la voluntad social originada en las asambleas de la compañía consiste en la comunidad volitiva de sus accionistas, cualquier intento de la gestión societaria destinado a prevenir o contravenir la materialización de esa voluntad de los socios de intervenir en los asuntos de la Junta Directiva por vía asamblearia, implica una ruptura al deber de lealtad que los directores deben guardar respecto a la sociedad; debe recordarse que los administradores, según el artículo 264 del Código de Comercio, son solidariamente responsables por "la ejecución de las decisiones de la asamblea"[25], y soslayar su cumplimiento comporta, entonces, que aquellos "defrauden la confianza de que son depositarios", citando a Laguado Giraldo[26].

Así, correlativamente a la reafirmación del rol activo del accionista, la noción de gobierno corporativo optimiza el status jurídico del accionista por medio de la reconfiguración del deber de lealtad que recae sobre los administradores de la sociedad, y que los obliga a someter a consideración asamblearia los principales asuntos que afecten la cotidianidad de la compañía.

---

[24] Ribas Ferrer, Vicenç. 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

[25] La afirmación tiene un sólido precedente en el Derecho Comparado; en ese sentido, España, artículo 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio de Ley de Sociedades de Capital, con su posterior modificación por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo; Ecuador, artículos 262 y 263 de la Ley de Compañías del año 1999; Perú, primer aparte del artículo 177 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; Portugal, artículo 64 del Decreto-Ley N° 262/86 de Código de Sociedades Comerciales, específicamente mencionando el deber de lealtad en el numeral "1.", literal "b)"; México, artículo 158, literal "IV." de la Ley General de Sociedades Mercantiles, entre otros.

[26] Laguado Giraldo, Darío. 2004. "La responsabilidad de los administradores". *Revista Universitas* 53, n° 108: 225-280.

En conclusión, la noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano implica, primeramente, la optimización del status jurídico del accionista frente a la compañía de cuyas acciones es titular, como modelo político-societario consistente en la reafirmación del derecho del socio a la intervención activa en la administración societaria, y en la reconfiguración del deber de lealtad de los directores de la compañía como consecuencia de aquel derecho del accionista.

3.- La dimensión jurídica de la teoría del "stakeholder".

A partir del año 1963, con un memorándum institucional del Stanford Research Institute y con una importante obra de Igor Ansoff[27], surgen los primeros vestigios de una teoría del "stakeholder", elaborada con el propósito de explicar la incidencia que determinados grupos con intereses diversos gozan sobre las decisiones de la administración societaria, aun sin ser accionistas, por la trascendencia de las contribuciones que aportan a la compañía.

La teoría del stakeholder responde a la concepción de la empresa como un elemento de la realidad económica, siguiendo a Farina, cuyo éxito depende de su interacción con otros sujetos capaces de reportar ventajas a su favor para la realización de su acometido[28]. Así, la sostenibilidad de la compañía que garantizan aquellos sujetos o grupos les atribuye una considerable influencia en la forma bajo la cual la sociedad mercantil es dirigida y controlada, como quiera que de su aporte depende la existencia misma de la sociedad mercantil, parafraseando a Freeman y Reed[29].

En este sentido, el alcance subjetivo del concepto de "stakeholder" en materia de gobierno corporativo es diverso, y el Código de Gobierno Corporativo de Japón, disciplinado en torno a aquella noción, es peculiarmente ilustrativo: los Principios Generales del código japonés reconocen la "creación de valor a mediano y largo plazo como resultado de la provisión de recursos y contribuciones hechas por un rango amplio de stakeholders", incluyendo "los empleados, clientes, socios comerciales, acreedores y comunidades locales"[30]. Adicionalmente, la noción de "responsabilidad social corporativa", derivada del concepto de sostenibilidad, justifica la amplitud subjetiva de la palabra "stakeholder", admitiendo a toda persona que maximice el valor de la empresa[31].

---

[27] Ansoff, Igor. 1965. *Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion*. New York: McGraw-Hill.

[28] Farina, Juan. 1999. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

[29] Freeman, R. Edward y Reed, David L. 1983. "Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance". *California Management Review* 25, n° 3: 88-106.

[30] The Council of Experts Concerning the Corporate Governance Code. 2015. *Japan's Corporate Governance Code*. Japanese Stock Exchange. Tokyo: Financial Services Agency

[31] Moreno Prieto, Rafael. 2014. *El gobierno corporativo en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores.

Ahora bien, la teoría del stakeholder ha sido, en parte, admitida en el Derecho Societario de algunos países en su regulación normativa del gobierno corporativo de las compañías de capital, aunque con un alcance subjetivo más limitado[32]. Algunos de los grupos considerados como "stakeholders", en realidad, ya gozaban de una importancia jurídica predeterminada en los ordenamientos societarios, y se propugna que la administración de la compañía pondere y armonice los intereses de esos grupos.

Así, a los efectos de nuestro estudio, conviene estudiar la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder, esto es, el nivel de incidencia jurídica de determinados grupos de interés sobre el gobierno corporativo, considerando tres grupos cuya relevancia jurídica preexiste a la teoría del stakeholder, y que, con su consolidación, se ha ratificado su importancia para el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: los acreedores, los trabajadores, y los consumidores.

3.1.- Acreedores como stakeholders y gobierno corporativo.

Es sabido que la confianza y credibilidad comercial de la compañía depende de la prontitud y suficiencia que esta dispense al cumplimiento de las obligaciones crediticias que contrae[33], y así lo ha entendido el Derecho Mercantil, privilegiando la seguridad de los derechos de los acreedores como un postulado consolidado[34], y que justifica los diferentes procedimientos y mecanismos concursales regulados a partir del artículo 898 del Código de Comercio venezolano. Los acreedores, entonces, son titulares de un interés jurídicamente favorecido detrás del cual subyace la viabilidad económica misma de la sociedad de capital.

Así, los acreedores como stakeholders encuentran interés en el gobierno corporativo, en cuanto el sistema bajo el cual las compañías se encuentran dirigidas y controladas, puesto que del éxito de las decisiones que disponga el manejo gerencial de la compañía depende el rendimiento y satisfacción de la prestación que la compañía le adeuda; por tal razón, la confianza del crédito y seguridad de los derechos del acreedor como principios prometen una influencia determinante de los acreedores en el gobierno corporativo.

---

[32] Es de especial interés el Código de Sociedades Comerciales portugués, anteriormente aludido. En su artículo 64, numeral "1.", literal "b)", preceptúa que el deber de lealtad de los administradores comprende la atención a largo plazo de los intereses de los socios, pero ponderando, además, los intereses de "otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad", tales como sus trabajadores, clientes y acreedores. El Código de Sociedades Comerciales de Portugal, entonces, admite tanto el concepto de sostenibilidad como la noción de stakeholder, delimitando aquel concepto subjetivamente a los trabajadores, clientes y acreedores.

[33] Pineda León, Pedro. 1960. *Principios de Derecho Mercantil*. Barcelona: Industrias Gráficas Seix Barral Hnos.

[34] Palma Rogers, Gabriel. 1935. *Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos Artuffo.

Ahora bien, aquella influencia sobre el gobierno corporativo puede hacerse efectiva por medios jurídicos principalmente en momentos de anormalidad o inestabilidad financiera que atraviese la sociedad mercantil, al decir de Mercadal Vidal, por cuanto la insolvencia de la compañía autoriza el empleo de los remedios concursales como la quiebra y el atraso, dispuestos a la masa de acreedores para la satisfacción de su crédito frente a la sociedad deudora en aquellas situaciones[35], además de que podrían aquellas situaciones de deterioro económico motivar a la Junta Directiva a suscribir con los acreedores determinados "acuerdos" para la reestructuración o refinanciación amistosa y extraconcursal de las deudas de la compañía, como los llamados "covenants"[36].

En conclusión, los acreedores son stakeholders con un interés privilegiado en el Derecho Mercantil, y concentran, en consecuencia, una importante influencia jurídica en el quehacer decisorio de la sociedad mercantil, traducida en el ejercicio de mecanismos o procedimientos concursales como la quiebra y el atraso, regulados en nuestro Código de Comercio[37], y, sobre todo, en la celebración de negocios jurídicos contractuales extraconcursales con el propósito de renovar la planificación del cumplimiento de las obligaciones contraídas.

3.2.- Trabajadores como stakeholders y gobierno corporativo.

La importancia de los trabajadores para la compañía por la magnitud de la contribución que por medio de su oficio reportan a la sociedad mercantil es indudable, y de aquella parte la inscripción de los trabajadores en los grupos que poseen una influencia ostensible sobre la forma bajo la cual las compañías son dirigidas y controladas: la dependencia de la compañía respecto al esfuerzo o contribución de sus empleados comporta que la satisfacción de los intereses de los trabajadores sea uno de los principales nortes de las Juntas Directivas o Consejos de Administración, por lo cual los trabajadores, en efecto, son stakeholders de gran importancia para el gobierno corporativo de las compañías.

---

[35] Atraso y quiebra, como procedimientos concursales, junto con algunos remedios como el derecho de retención, todos regulados en el Código de Comercio venezolano y dispuestos para situaciones de insolvencia financiera. En las normativas internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o por sus siglas en inglés, UNCITRAL), específicamente la cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia indica que el momento en el cual se configuran las obligaciones que dimanan de la posible insolvencia es la "zona gris", o "el período inmediatamente anterior la insolvencia"; en otras palabras, bastará con la sola inminencia de la insolvencia producto del severo deterioro económico de la compañía para autorizar a los acreedores a la activación de los mecanismos concursales, y, por tanto, de ejercer su influencia directa en el gobierno corporativo. Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2020. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Viena: Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

[36] Mercadal Vidal, Francisco. 2018. *Los acreedores en el gobierno corporativo*. Barcelona: Universitat Autónoma de Barcelona.

[37] A partir del artículo 898 hasta el artículo 913 del Código de Comercio venezolano, en el caso del atraso; artículo 914 hasta el artículo 1.081 *eiusdem.* Ambas instituciones, por diversas razones, se hallan en desuso a nivel práctico.

Entre nosotros, las leyes que regulan las relaciones de trabajo entre empleado y patrono disponen a favor del trabajador un importante número de mecanismos suficientes que podrían orientarse al ejercicio de un notable nivel de influencia de los trabajadores, en cuanto stakeholders, sobre el gobierno corporativo de la sociedad mercantil; en tal sentido, a la luz de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, mecanismos como los sindicatos, negociación y convención colectiva y conflictos colectivos[38] constituyen medios normativos de ejercicio de influencia directa sobre asuntos inherentes al gobierno societario, con miras a la realización de sus propósitos en cuanto grupo de interés.

3.3.- Consumidores como stakeholders y gobierno corporativo.

Los consumidores son los destinatarios finales de toda actividad económica, como bien afirma Farina[39], y, como grupo de interés o stakeholders, participan del mercado "buscando satisfacer necesidades y deseos de la manera más eficiente"[40]. Es indudable que, en un sentido puramente económico, las compañías procuran la satisfacción del consumidor como estrategia para el aumento de sus ventas y subsecuente mejoría de su posición económica y prestigio; de allí que los consumidores aseguran su influencia en la dirección de la compañía, la cual se preocupará por adoptar medidas que, eficientemente, satisfagan las "necesidades y deseos" de los consumidores, y afinen las relaciones de la sociedad mercantil con el público.

Ahora bien, jurídicamente, y pese a que toda compañía intenta mantener estrechos vínculos su clientela, las situaciones de vulnerabilidad o desequilibrios negociales del consumidor respecto a la compañía proveedora de bienes y servicios al momento de celebrar los denominados "contratos de consumo"[41], motivó a legisladores a nivel mundial a disciplinar un modelo normativo que garantice una correcta interacción jurídica entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores, basado en un régimen de protección a favor de los últimos. Venezuela, como apunta Chacón Gómez, no es extraña a tal tendencia, y en nuestro país se han promulgado distintas leyes consistentes con aquella protección[42].

Sin ánimos de examinar exhaustivamente las respuestas jurídicas al contraste entre los derechos del consumidor y la eventual superioridad económica de las compañías

---

38 Alfonzo Guzmán, Rafael. 1987. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Corporación Marca, S.A.

39 Farina, Op. Cit. 28, p. 13.

40 Valbuena Espinosa, Juan Camilo. 2016. "Los consumidores como grupo de interés". *Cultura Científica* 46, n° 14: 46-58.

41 Véase, Alterini, Atilio Aníbal. 1999. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

42 Chacón Gómez, Nayibe. 2017. "Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 9, n° 1: 143-165.

que proveen bienes y servicios, nos limitamos a observar que las dos realidades antes apuntadas determinan el nivel de la influencia jurídica que ejercen los consumidores sobre el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles: por un lado, la satisfacción del consumidor como acometido económico de la compañía, y, por el otro, el marco de protección jurídica al consumidor y usuario en Venezuela, cuyo tratamiento normativo ha comprendido distintas leyes entre nosotros, ya vigentes o derogadas, como la Ley Orgánica de Precios Justos, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, entre otras.

4.- La Junta Directiva: tipos de directores, comités fundamentales y auditoría sobre la gestión societaria.

La Junta Directiva y sus distintas denominaciones y formas han sido, naturalmente, el objeto del análisis más exhaustivo y cuidadoso de los estudios sobre gobierno corporativo. La incursión de las ciencias económicas en las fases primigenias o inaugurales de la consolidación del concepto moderno de gobierno corporativo centró el debate en la medición de la efectividad de la Junta Directiva y su impacto real sobre el desempeño financiero exitoso de la sociedad mercantil[43], orientando a otras áreas del conocimiento, incluyendo al Derecho Societario, a la búsqueda de sistemas, organizaciones y estructuras corporativas capaces de definir y materializar el norte económico de la compañía.

Las consecuencias del análisis sobre la efectividad de la Junta Directiva y su real trascendencia sobre el desempeño de la sociedad mercantil, ha motivado a los códigos de buen gobierno corporativo a regular, principalmente, tres aspectos fundamentales sobre la estructura y funcionamiento de la Junta Directiva: los tipos de directores que integran aquel órgano gerencial; los comités fundamentales; y la auditoría sobre la gestión societaria[44]. Los siguientes tres subcapítulos se dedican al desarrollo de aquellos aspectos, siguiendo la experiencia internacional e intentando demostrar la recepción y/o las consecuencias de tales aspectos de gobierno corporativo en la legislación societaria venezolana actual.

---

[43] Aparentemente, tal medición del impacto de la Junta sobre el éxito económico de la compañía no devino en resultados concluyentes, a la luz de la metodología empleada por los estudiosos de gobierno corporativo provenientes de las ciencias económicas. Nicholson y Kiel, examinando el problema desde tres teorías del gobierno corporativo sobre el nexo entre la actividad de la Junta Directiva y el desempeño de la compañía, no hallan un patrón teórico común que logre demostrar que tal nexo existe; en otras palabras, resultó imposible comprobar que las decisiones de la administración societaria influyen determinantemente en el éxito de la compañía. A los mismos resultados poco concluyentes arribaron Adams, Hermalin y Weisbach. Véase Nicholson, Gavin J. y Geoffrey C. Kiel. 2007. "Can directors impact performance? A case based test of three theories of corporate governance". *Corporate Governance: An International Review* 15, n° 4: 585-608; y Adams, Renée, Hermalin, Benjamin E., y Weisbach, Michael S. 2008. *The Role of Board of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

[44] Paz-Ares, Op. Cit. 3, p. 30.

4.1.- Tipos de directores que integran la Junta Directiva.

Tanto las leyes societarias como los distintos códigos de gobierno corporativo dispuestos, principalmente, por órganos reguladores de las bolsas o mercados de valores, y sin perjuicio a los principios de autorregulación y voluntariedad, han disciplinado distintos tipos de directores o consejeros[45], y atribuido sus funciones específicas. Aunque estas varían según las particularidades de cada ordenamiento normativo, dos clasificaciones emergen como constantes: una clasificación de acuerdo con el tipo de función que ejerce el director, y otra tipología en función del grado de vinculación del director o consejero con la compañía, sus accionistas y sus miembros de la Junta.

La primera de las clasificaciones, esta es, de acuerdo con el tipo de función que asume el consejero o director, distingue entre dos tipos de directores o consejeros: directores ejecutivos y no ejecutivos.

Los directores ejecutivos son los miembros de la Junta Directiva que reciben la delegación de la función gerencial de la compañía, comprendiendo la gestión de los asuntos diarios y la representación de la sociedad mercantil, además de la "definición los objetivos estratégicos de la compañía y la provisión del liderazgo para ejecutarlos", según el Reporte Cadbury[46]. Los directores no ejecutivos, por el contrario, resultan ajenos a la administración cotidiana y asumen distintas funciones, normalmente orientadas a la "supervisión de la función ejecutiva", a la "contribución al desarrollo de la estrategia" y a integrar los comités de la Junta Directiva, según el Reporte Higgs[47].

En este sentido, conviene destacar que Pass advierte que los directores no ejecutivos son importantes depositarios de la confianza de los inversionistas, pues, desde los mayores escándalos de fraude corporativo, cobraron una necesaria importancia por su conocimiento, "integridad y altos estándares éticos", según el Reporte Tyson[48], siendo altamente considerados por los inversionistas como una suerte de garantía o control sobre la gestión ejecutiva de la sociedad[49]; de allí que, como se estudiará con posterioridad, la amplia mayoría de los códigos de buen gobierno corporativo recomiendan que los directores no ejecutivos integren en su totalidad las comisiones fundamentales de la Junta Directiva.

---

[45] En países de habla castellana, la palabra "consejeros" se emplea para referirse a los miembros del Consejo de Administración, ya asuman o no alguna función gerencial o propiamente de asesoría.

[46] The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 35.

[47] Higgs, Derek. 2003. *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*. London: The Stationery Office, Department of Trade and Industry.

[48] Tyson Commission. 2003. *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*. London: Department of Trade and Industry.

[49] Pass, Op. Cit. 8, p. 5.

Por otro lado, la segunda de las clasificaciones antes apuntadas, esto es, aquella formulada en función de grado de vinculación del director o consejero con la sociedad, diferencia a los directores "internos" de los directores "externos" o independientes.

Los directores internos, denominados en los Estados Unidos y en el Reino Unido "inside directors" y en España como "consejeros dominicales"[50], son aquellos miembros de la Junta Directiva que guardan una relación directa con la compañía, ya como empleados, accionistas o stakeholders, de suerte que su grado de vinculación con la corporación condiciona indefectiblemente sus juicios u opiniones sobre los asuntos que circundan a la sociedad mercantil.

Los directores externos o independientes, también nombrados "outside directors" o "consejeros independientes", por el contrario, son aquellos caracterizados por su independencia de la compañía, de los accionistas, y de la gestión societaria, lo cual permite que ofrezcan una visión o juicio independiente e incondicional sobre los asuntos empresariales[51]. En efecto, el Codice di Corporate Governance de Italia indica en el aparte de "Definizioni" que se considerarán directores independientes aquellos que "no han sostenido, ni siquiera indirectamente, ni con la compañía o asociados, relaciones que condicionen su juicio independiente"[52], mientras que el Corporate Governance Kodex de Alemania dispone que este tipo de directores debe guardar suficiente independencia de "los miembros de la compañía, de los miembros de la Junta y de cualquier accionista mayoritario"[53].

La medición del grado de independencia que sostienen respecto a aquellos usualmente se realiza por medio de estándares dispuestos por la legislación societaria o por los códigos de buen gobierno corporativo, redactados en sentido negativo. Así, el artículo 529 duodecies de la Ley de Sociedades de Capital preceptúa que un consejero o director no ha de considerarse independiente si, entre otras, ha sido consejeros durante un período continuado superior a doce años; si mantiene una relación negocial significativa con la sociedad, entre otras. Algunos códigos de buen gobierno corporativo, como el UK Corporate Governance Code, opta por confiar a la sociedad mercantil la autodeterminación de sus directores independientes, esto es, que la compañía declare cuál de sus directores considera independientes en sus reportes anuales[54].

---

[50] Artículo 529 duodecies, numeral 2 de la Ley de Sociedades de Capital de España, la cual reza que se considerarán consejeros dominicales "aquellos que posean una participación accionaria igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas".

[51] Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. "The Role of Independent Non-Executive Directors in Resolving Corporate Governance Disputes: A Framework of Conciliation for Effectively Addressing Controversies Within Shareholders, Stakeholders and the Board of Directors*". Trento Student Law Review* 3, n° 1: 17-58.

[52] Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana.

[53] Regierungskommission. 2020. *Deutscher Corporate Governance Kodex*. Berlin: Deutsches Aktieninstitut e.V

[54] Financial Reporting Council. 2018. *UK Corporate Governance Code*. London: The Financial Reporting Council Limited.

Asimismo, desde el Reporte Cadbury, se la ha atribuido una especial importancia los directores independientes, en tanto se considera que su juicio autónomo, al no existir un grado de vinculación con la compañía que lo condicione, es fundamental para supervisar y garantizar la responsabilidad de los administradores[55]. Sin embargo, recientemente algunos autores han esgrimido críticas a su rol prominente, principalmente por dos razones: en primer lugar, Olcese Santoja advierte sobre la negligencia en la cual puede desembocar el hecho de que el director o consejero independiente no guarde "con la sociedad ninguna relación ni ninguna otra distinta de aquella que lo vincula como consejero"[56], mientras que Gutiérrez Urtiaga y Sáez Lacave catalogan a aquellos directores como un "dispositivo de supervisión ineficaz para las empresas con estructura de propiedad concentrada", al criticar la poca independencia práctica que guardan los consejeros independientes respecto a la sociedad mercantil[57].

Ahora bien, explicadas las clasificaciones de directores, un examen de las disposiciones normativas del Código de Comercio venezolano observaría la posibilidad para las sociedades mercantiles para, por vía estatutaria o asamblearia, designar a los distintos tipos de directores antes destacados, ya ejecutivos o no ejecutivos, e internos o independientes.

En efecto, pese a que el Código de Comercio permite la administración unipersonal, el artículo 270 preceptúa que la gestión y representación de la compañía puede delegarse a "directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones reglarán los estatutos". Existe, entonces, la posibilidad de que, por vía estatutaria, la compañía designe a distintos tipos de directores, "gerentes u otros agentes, asociados o no", siendo el alcance normativo lo suficientemente abierto, a nuestro juicio, para incluir a los tipos de directores o consejeros antes explicados. Asimismo, Goldschmidt sostiene que "la sociedad puede nombrar un gerente o director general fuera de la Junta, siempre que dicha posibilidad sea prevista por los estatutos"[58], es decir, una especie de director ejecutivo externo, lo cual no es usual en otras latitudes.

En conclusión, el Código de Comercio venezolano admite la designación de distintos tipos de directores en la Junta Directiva, ya ejecutivos o no ejecutivos, e internos o independientes, ajustándose su contenido en este aspecto a la noción moderna de

---

[55] The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 38.

[56] Olcese Santoja, Aldo. *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

[57] Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel. 2012. "El mito de los consejeros independientes". *Revista InDret* 2, n° 1: 2-44.

[58] Goldschmidt, Roberto. 1958. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano». Conferencia pronunciada en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo, 8 de septiembre.

gobierno corporativo, aun cuando su contenido es preexistente al recorrido histórico de aquel concepto.

4.2.- Las comisiones fundamentales: comisión de nombramientos, comisión de retribuciones, comisión de auditoría.

La extensa mayoría de los códigos de buen gobierno corporativo, desde el Reporte Cadbury, disponen que la existencia de tres comisiones internas de la Junta Directiva resulta perentoria: una comisión de nombramientos, una comisión de remuneraciones, y una comisión de auditoría.

La comisión de nombramientos, en primer lugar, se orienta a la deliberación y designación de los candidatos que considere adecuados a la Junta Directiva, ya ejecutivos o no ejecutivos[59]. La comisión de retribuciones, por otro lado, asume la minuciosa tarea de fijar la remuneración salarial y beneficios laborales de los directores ejecutivos[60]; y, finalmente, la comisión de auditoría como órgano de control de la información de los estados financieros, sobre la cual volveremos en el próximo subcapítulo[61].

Igualmente, conviene resaltar que existe unanimidad entre los códigos de gobierno corporativo en reconocer que todas estas comisiones deben integrarse únicamente por directores no ejecutivos, y, sobre todo, por aquellos consejeros no gerenciales que guarden un nivel suficiente de independencia respecto a la compañía, a los accionistas y demás directores[62].

Sobre este aspecto, en el Código de Comercio venezolano las disposiciones normativas parecen reconocer la suficiente libertad estatutaria para disciplinar los comités fundamentales de gobierno corporativo en el documento estatutario de algunas compañías, pues de los artículos 212, 213 y 214 de aquel instrumento normativo, los cuales regulan los requisitos mínimos del acta constitutiva y estatutaria de distintos tipos sociales, no se evidencia prohibición expresa alguna a la disciplina estructural de la Junta Directiva en función de distintos comités, por lo cual consideramos que, en efecto, la libertad estatutaria permite la creación de aquellas comisiones.

---

[59] Olcese Santoja, Op. Cit. 56, p. 47.

[60] The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 30. La retribución de los administradores generó en la doctrina española una interesante discusión a la luz del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual autoriza varios "niveles" de remuneración de los consejeros, debate que atrajo la atención del Tribunal Supremo español, terminando aquel órgano jurisdiccional por privilegiar la fijación estatutaria de la remuneración de los administradores en Sentencia STS 494/2018 de 26 de febrero.

[61] Ribeiro Troncoso, María Clara, Rawlins, Oscar, Rivero, Carlos y Miguel, Nabil. 2014. *15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución*. Lima: Superintendencia de Mercado de Valores.

[62] Véase, Recomendaciones "3.17", "4.24" y "5.32" y del UK Corporate Governance Code, del Reino Unido; Principios 19 y 21 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de España; Recomendaciones "5.3." en adelante del Corporate Governance Kodex alemán; entre otros códigos.

Ahora bien, una excepción al párrafo anterior pudiera notarse en el contenido del artículo 275, ordinal 4° del Código de Comercio, el cual preceptúa que la asamblea ordinaria "(f)ija la retribución que haya de darse a los administradores y comisarios, si no se halla establecida en los estatutos"; de allí que, a la luz de aquella disposición legal, el Código de Comercio parece relegar la retribución de los administradores, en primer término, a los estatutos sociales, y, dado el caso que nada disciplinen aquellos sobre este aspecto, recae sobre la asamblea ordinaria la definición de la remuneración a los administradores, lo cual, *prima facie*, no torna incompatible la existencia de una comisión de retribuciones, pero sí podría entenderse que reduciría su labor a ser un comité consultivo y no decisorio, es decir, circunscribir a la comisión de retribuciones a aconsejar a la Junta Directiva sobre la remuneración salarial y beneficios de los directores, y no fijarla directamente, lo cual se distancia de la línea que adoptan distintos códigos de gobierno corporativo.

En suma, la posibilidad de disciplinar comisiones de nombramientos, remuneración y auditoría se inscriben en el margen de la libertad estatutaria a la luz de los artículos 212, 213 y 214 del Código de Comercio, pero con una notable excepción al comité de retribuciones, toda vez que el artículo 275, ordinal 4° *eiusdem* parece disponer la remuneración de los administradores en la reserva estatutaria o, subsidiariamente, a la asamblearia.

4.3.- La auditoría sobre la gestión societaria: más allá del comisario y del control interno.

Antes indicamos que, en líneas generales, el gobierno corporativo se resume en la explicación de la forma bajo la cual las compañías son dirigidas y controlada. Así, y pese a que gran parte de los estudios se han concentrado en la dirección, el control sobre la gestión o administración societaria es un elemento imprescindible para el concepto moderno de gobierno corporativo, y a partir del cual se puede observar con claridad la presencia de la noción de gobierno corporativo en un Código de Comercio venezolano que, por la antigüedad de su contenido, parecería no admitir tal concepto, en un principio.

Pues bien, dado el historial de escándalos financieros y de fraude corporativo, distintos códigos de gobierno corporativo se preocuparon por extender el control sobre la administración de las compañías y revestirlo de un impacto efectivo sobre el quehacer decisorio, más allá del cumplimiento meramente formal de los deberes de contraloría que anualmente deben realizarse en el plano interno de la sociedad mercantil; de ahí que existen dos tendencias trascendentes en el tratamiento del régimen de inspección y supervisión sobre las decisiones de las Juntas Directivas: la primera de ellas es el establecimiento de una comisión de auditoría con controles contables externos e independientes, como prefiere el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas

español; y la segunda, el establecimiento de un Consejo de Vigilancia representativo de accionistas y trabajadores para fiscalizar la labor de la Junta Directiva, tendencia en la cual se inscribe el Corporate Governance Kodex de Alemania.

En primer lugar, se destaca una tendencia que se resume en un doble control sobre la administración de la sociedad, por medio de la comisión de auditoría y de una contraloría externa.

En efecto, la Recomendación 8 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de España dispone que la comisión de auditoría se encarga de "(velar) por que las cuentas anuales que le consejo de administración presente (…) se elaboren de conformidad con la normativa contable", asignándosele a este comité la supervisión de "la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva"[63].

En este sentido, y acompañando la labor de la comisión interna de auditoría, se recomienda que esta última asuma "la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo". El auditor externo debe cumplir con estándares profesionales de independencia respecto a la compañía y administradores, evitando así el ocultamiento o manipulación de la información financiera real de la compañía[64].

Ahora bien, la segunda tendencia, preferida por el Corporate Governance Kodex de Alemania y por otros países de la Europa continental, consiste en el establecimiento de un Consejo de Vigilancia como parte de un sistema gestión dual de la compañía, el cual procura una mejor distribución del poder entre los distintos sujetos que intervienen en el gobierno corporativo[65], y en el cual se hallan representados los accionistas y los trabajadores[66].

La existencia correlativa y sinérgica del Consejo de Vigilancia y la Junta Directiva se encuentra destinada no solamente a la colaboración entre ambos órganos, sino a la supervisión, inspección y fiscalización del primero respecto al último, como quiera que el Consejo de Vigilancia, se insiste, concentra la representación accionaria y de los trabajadores, mientras que la Junta Directiva únicamente se encuentra compuesta por directores ejecutivos, según Martín-Martínez[67].

---

[63] Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2020. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

[64] Comisión Nacional del Mercado de Valores, Op. Cit. 64, p. 23.

[65] Martín-Martínez, Víctor Manuel. 2015. "Tendencias actuales de gobierno corporativo: Comparativa de los consejos de administración de Alemania, EE.UU., Japón y España. *Revista Universitaria Europea* 24, n° 1: 95-124.

[66] Regierungskommission, Op. Cit. 53, p. 5.

[67] Martín-Martínez, Op. Cit. 65, p. 102.

Asimismo, para aumentar la eficacia del control del Consejo de Vigilancia sobre la Junta Directiva, la Recomendación "5.3." y "5.3.2" del Código alemán autorizan al Consejo de Vigilancia a crear comisiones, y, entre ellas, una "Comisión de Auditoría", que asume temas como "la rendición de cuentas y la gestión de riesgo, la necesaria independencia del auditor", entre otras. Así, el Consejo de Vigilancia reúne la contraloría interna y la contraloría externa de la tendencia antes explicada, pero, siendo que el Consejo de Vigilancia se encuentra integrado por representaciones de los accionistas y de los trabajadores, produce que las labores de aquella contraloría interna y externa se reporten directamente a aquellos sectores, previniendo la posibilidad de que la Junta Directiva pretenda intervenir en el trabajo de los auditores y en el resultado de su labor.

En síntesis, existen dos principales corrientes en torno al control sobre la gestión societaria: por un lado, una tendencia que se inclina al doble control, esto es, un control interno por medio de la comisión de auditoría, y un control contable externo por un auditor independiente; y por el otro, una corriente que consiste en el establecimiento de un Consejo de Vigilancia compuesto por una representación del accionariado y de los empleados, que comprende, a su vez, aquella auditoría o control interno y externo, los cuales reportarán sus resultados directamente al Consejo.

Ahora bien, en Venezuela, el Código de Comercio disciplina un control principalmente interno sobre la gestión societaria, principalmente concentrado en manos del comisario y de los accionistas.

Ciertamente, el artículo 265 del Código obliga a los administradores a rendir a los comisarios un "estado sumario de la situación activa y pasiva de la compañía" cada seis meses, y el artículo 304 *eiusdem* indica que los administradores deben presentar el balance de la compañía, que detalle el capital social existente y las entregas efectuadas y las demoras. Los comisarios, entonces, deberán elaborar un informe sobre la situación financiera y contable de la sociedad mercantil para someterlo a deliberación de los socios, sin la cual la asamblea ordinaria será nula a tenor de lo dispuesto en el primer aparte del artículo 287 del Código de Comercio. Igualmente, en teoría, la labor del comisario se extiende a la recepción de las denuncias de los accionistas a los actos de los administradores, de conformidad con el artículo 310 del Código.

Asimismo, el artículo 291 del Código de Comercio autoriza a la quinta parte del accionariado a denunciar ante los tribunales con competencia comercial las irregularidades que consideren fundadas en las que aparentemente incurran los administradores de la compañía, con miras de hacer efectivas las facultades de inspección y fiscalización de los accionistas respecto a quienes asumen el quehacer decisorio de la sociedad mercantil.

Ahora bien, la recepción de cualesquiera de las dos tendencias antes explicadas en torno al control sobre la gestión societaria prometería que la inspección, vigilancia y fiscalización de los actos de la Junta Directiva en Venezuela, ya un doble control interno y externo o un Consejo de Vigilancia paralelo, eleve los estándares de exigencia de transparencia, rendición de cuentas y gestión de riesgo en las compañías, es decir, aparejaría evolucionar del solo control interno que recae en manos de los comisarios y de los accionistas, y que en importantes casos podría no resultar suficiente para detectar, prevenir y sancionar potenciales casos de fraude corporativo, a una auditoría efectiva sobre la gestión societaria, enfocada, principalmente, a identificar o anticipar posibles comportamientos financieros indebidos de los administradores y eliminarlos antes de su ocurrencia[68].

CONCLUSIÓN.

Con arreglo a los razonamientos expuestos, y con base en los tres aspectos fundamentales estudiados, pudo observarse que, pese a que el Código de Comercio es notablemente preexistente al concepto de gobierno corporativo, existen varios puntos de partida desde los cuales aquella noción puede partir en el Derecho Societario venezolano, siendo estos la optimización del status jurídico del accionista, la teoría del stakeholder, y la Junta Directiva misma.

Posterior a la aclaratoria conceptual que se ofreció en un primer punto, se descendió al estudio de las repercusiones del concepto de gobierno corporativo sobre el estatuto legal del socio, concluyéndose que la noción de *corporate governance* reporta para el mismo una optimización o sustancial mejoría, basada en la reafirmación del derecho del accionista a una intervención activa sobre la gestión societaria, y en una reconfiguración del deber de lealtad de los administradores.

Igualmente, se analizó en el tercer punto la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder, entendiendo estos como aquellos grupos que, sin ser titulares de acciones en la compañía, gozan sobre las decisiones de la administración societaria una influencia necesaria, por la magnitud o importancia de las contribuciones que aportan a la sociedad mercantil, destacándose, así, tres grupos de interés que, a la luz de nuestro ordenamiento normativo, se encuentran provistos de suficientes procedimientos y mecanismos jurídicos parra asegurar su influencia efectiva sobre el gobierno corporativo.

Finalmente, se estudiaron tres aspectos fundamentales basados en el análisis de la efectividad real de la Junta Directiva que entraña para esta el concepto de gobierno

[68] Castagnino, Diego Thomás. 2019. "Una aproximación al concepto de *Corporate Compliance*". *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3, n°1: 97-131.

corporativo: en primer lugar, los tipos de directores que la integran, observándose una clasificación según el tipo de función que asume el director o consejero, la cual distingue entre directores ejecutivos y no ejecutivos, y otra tipología en función del grado de vinculación del director o consejero con la compañía, sus accionistas y sus miembros de la Junta, distinguiendo así entre directores internos y directores externos o independientes, observando que el Código de Comercio venezolano permite a las compañías designar libremente a los directores y sus respectivas funciones, comprendiendo las clasificaciones analizadas; en segundo lugar, se estudiaron las tres comisiones fundamentales de la Junta Directiva a la luz de la experiencia comparada: la comisión de nombramientos, retribuciones y auditoría, advirtiendo que la creación de estos comités es posible a la luz de la libertad estatutaria del Código de Comercio, con excepción a las remuneraciones; y, finalmente, se analizó la auditoría sobre la gestión societaria, las tendencias que han adoptado distintos códigos al efecto y la consecuencia que la adopción de cualquiera de las corrientes aparejaría para el Derecho Societario venezolano.

BIBLIOGRAFÍA.

Adams, Renée, Hermalin, Benjamin E., y Weisbach, Michael S. 2008. *The Role of Board of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

Alfonzo Guzmán, Rafael. 1987. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Corporación Marca, S.A.

Alterini, Atilio Aníbal. 1999. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ansoff, Igor. 1965. *Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion*. New York: McGraw-Hill.

Ascarelli, Tulio. 1951. *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*. México D.F: Imprenta Universitaria.

Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. 2017. *Manual de Derecho Mercantil*, *Volumen I*. Barcelona: Editorial Tecnos.

Castagnino, Diego Thomás. 2019. "Una aproximación al concepto de *Corporate Compliance*". *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3, n°1: 97-131.

Chacón Gómez, Nayibe. 2017. "Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 9, n° 1: 143-165.

Cheffins, Brian R. 2012. *The History of Corporate Governance*. Cambridge: European Corporate Governance Institute.

Cohen, Jeffrey, Ding, Yuang, Lesage, Cédric y Stolowy, Hervé. 2010. "Corporate Fraud and Managers' Behavior: Evidence from the Press. Journal of Business Ethics 95, n° 1: 271-290.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2020. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Viena: Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. *Informe Aldama*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2020. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

de Stefano, Lodovia. 2010. *Contrarre con l´impresa: profili soggetivi ed oggetivi*. Milano: Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Farina, Juan. 1999. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Financial Reporting Council. 2018. *UK Corporate Governance Code*. London: The Financial Reporting Council Limited.

Flores Konja, Julio Vicente y Rozas Flores, Alan Erro. 2008. "El gobierno corporativo: un enfoque moderno". *Revista Quipukamayo*c 15, n° 29: 7-22.

Freeman, R. Edward y Reed, David L. 1983. "Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance". *California Management Review* 25, n° 3: 88-106.

Gillan, Stuart L. y Starks, Laura T. 2000. "Corporate governance proposals and shareholder activism: the role of institutional investors". *Journal of Financial Economics* 25, n° 1: 260-281.

Goldschmidt, Roberto. 1958. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano». Conferencia pronunciada en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo, 8 de septiembre.

Goranova, María y Verstegen Ryan, Lori. 2013. "Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review". *Journal of Management* 40, n° 1: 1230-1268.

Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel. 2012. "El mito de los consejeros independientes". *Revista InDret* 2, n° 1: 2-44.

Higgs, Derek. 2003. *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*. London: The Stationery Office, Department of Trade and Industry.

Hung Vaillant, Francisco. 1986. *Sociedades*. Caracas: Alirio Dorantes – Editor.

Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana.

Laguado Giraldo, Darío. 2004. "La responsabilidad de los administradores". *Revista Universitas* 53, n° 108: 225-280.

Livingstone, Joseph. 1958. *The American Stockholder*. Philadelphia: J.B. Lippincott Company.

Martín-Martínez, Víctor Manuel. 2015. "Tendencias actuales de gobierno corporativo: Comparativa de los consejos de administración de Alemania, EE.UU., Japón y España. *Revista Universitaria Europea* 24, n° 1: 95-124.

Mercadal Vidal, Francisco. 2018. *Los acreedores en el gobierno corporativo*. Barcelona: Universitat Autónoma de Barcelona.

Moreno Prieto, Rafael. 2014. *El gobierno corporativo en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores.

Nicholson, Gavin J. y Geoffrey C. Kiel. 2007. "Can directors impact performance? A case based test of three theories of corporate governance". *Corporate Governance: An International Review* 15, n° 4: 585-608.

Olcese Santoja, Aldo. *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Olivencia, Manuel. 1999. El buen gobierno de las sociedades. Valencia: Fundación ÉTNOR.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y G20. 2016. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París: Éditions OCDE.

Palma Rogers, Gabriel. 1935. *Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos Artuffo.

Pass, Christopher. 2002. *Corporate Governance and The Role of Non-Executive Directors in Large UK Companies: An Empirical Study*. Bradford: Working Paper Series.

Paz-Ares, Cándido. 2004. "El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor". Revista InDret 182, n° 1: 2-38.

Pineda León, Pedro. 1960. *Principios de Derecho Mercantil.* Barcelona: Industrias Gráficas Seix Barral Hnos.

Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. "The Role of Independent Non-Executive Directors in Resolving Corporate Governance Disputes: A Framework of Conciliation for Effectively Addressing Controversies Within Shareholders, Stakeholders and the Board of Directors". *Trento Student Law Review* 3, n° 1: 17-58.

Regierungskommission. 2020. *Deutscher Corporate Governance Kodex*. Berlin: Deutsches Aktieninstitut e.V.

Ribas Ferrer, Vicenç. 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

Ribeiro Troncoso, María Clara, Rawlins, Oscar, Rivero, Carlos y Miguel, Nabil. 2014. *15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución*. Lima: Superintendencia de Mercado de Valores.

The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. 1992. *The Financial Aspects of Corporate Governance*. London: Gee.

The Council of Experts Concerning the Corporate Governance Code. 2015. *Japan's Corporate Governance Code. Japanese Stock Exchange*. Tokyo: Financial Services Agency.

Tyson Commission. 2003. *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*. London: Department of Trade and Industry.

Ustáriz González, Luis Humberto. 2003. "Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo". *Revista Universitas*, 185, n° 1: 138-177.

Valbuena Espinosa, Juan Camilo. 2016. "Los consumidores como grupo de interés". *Cultura Científica* 46, n° 14: 46-58.

Vásquez Palma, María Fernanda. 2015. "¿Hacia dónde va el Derecho Societario?: Un análisis desde el Derecho Comparado y una propuesta preliminar para el Derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho* 42, n° 1: 57-91.

Velayos Lluis, Juan. 2006. "Los principios reguladores del gobierno corporativo en España". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 14, n° 1: 85-96.

Venezuela, España y Arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español

Wilfredo José Monsalve García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-323-361

Resumen: Recientemente el foro arbitral europeo y latinoamericano ha centrado su atención en la reciente, para la fecha de realización de este artículo, sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 15 de febrero de 2021. Sobre ella se han realizado ya múltiples eventos y debates acerca de los favorables pronósticos que representa la decisión, extendiendo sus efectos inclusive más allá de Europa para permear, por su importancia, en la comunidad arbitral de América Latina. En un intento de comparar tendencias, analizaremos las nociones básicas del arbitraje, sus principios, su legislación, tratamiento venezolano y generalidades del referido fallo para, finalmente, hacer una breve referencia a la sentencia sobre avocamiento de febrero de 2020 y la estrecha relación empresario-arbitraje.

Palabras claves: Arbitraje, España, Venezuela.

Venezuela, Spain and Arbitration: a brief study on the ruling of the Spanish Constitutional Court

Abstract: *Recently, the European and Latin American arbitration forum has focused its attention on the recent decision, as of the date of this article, of the Spanish Constitutional Court dated February 15, 2021. Multiple events and debates have already been held on the favorable prognosis of the decision, extending its effects even beyond Europe to permeate, due to its importance, the Latin American arbitration community. In an attempt to compare trends, we will analyze the basic notions of arbitration, its principles, its legislation, Venezuelan treatment and generalities of the referred decision, and finally, we will make a brief reference to the February 2020 ruling on "Avocamiento" and the close business-arbitration relationship.*

Keywords: *Arbitration, Spain, Venezuela.*

---

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, Venezuela; Asistente de investigación en Badell & Grau Law Firm, Caracas, Venezuela.. wilfredomonsalveg@gmail.com

Venezuela, España y Arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español

Wilfredo José Monsalve García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-323-361

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN ***1. Reseña histórica del arbitraje venezolano 2. De la naturaleza del arbitraje 3. Arbitraje en Venezuela 4. El fallo del Tribunal Constitucional Español 4.1 Consideraciones previas 4.2 El fallo 4.3 Puntos de interés en la decisión 4.3.1 Equivalentes jurisdiccionales 4.3.2 La prohibición de judicializar el asunto 4.3.3 El orden público 4.3.4 De la importancia del fallo 5. Algunos principios subyacentes al arbitraje como institución jurídica 5.1 Autonomía de la voluntad nociones básicas e importancia 5.2 Principio de la libertad contractual 5.3 Principio de buena fe 6. Ataques al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias 6.1 La regresiva sentencia interlocutoria de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 6.2 La reciente sentencia que declara sin lugar la solicitud de avocamiento 7. Empresario y arbitraje.*** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La sentencia del 15 de febrero de 2021 emanada del Tribunal Constitucional Español ha sido motivo de debates, múltiples eventos, artículos y comentarios en razón de la importancia que reviste para el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, no solo en España, sino también en el resto del mundo.

Particularmente nos referimos a Latinoamérica, que ha reportado grandes avances en la materia en los últimos años, países como Perú, Panamá, México y Colombia, son tan solo algunos de los que han impulsado el arbitraje a través de diferentes plataformas digitales, creando así una cultura de buenas prácticas alrededor de este medio alternativo.

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, Venezuela; Asistente de investigación en Badell & Grau Law Firm, Caracas, Venezuela.. wilfredomonsalveg@gmail.com

Nos parece especialmente ilustrativa la comparación que puede hacerse entre las tendencias del foro arbitral en Europa —y demás países que están a la vanguardia— con las que imperan en Venezuela, donde también se ha producido un desarrollo progresivo en la materia.

Desarrollo que se ha promovido, no solo por la jurisprudencia que ha sido cónsona —con sus tropiezos claro está— sino también por la constitución, leyes, asociaciones y centros de arbitraje.

Además, ante un poder judicial activista y parcial, el arbitraje ha crecido exponencialmente como herramienta de solución de controversias por los indubitables beneficios que reporta a las partes, entre los que destacan certeza y celeridad.

Para este estudio, realizaremos una breve reseña histórica del tratamiento que se ha dado al arbitraje en el país, su naturaleza jurídica y veremos algunos puntos de interés del fallo del Tribunal Constitucional de España.

Posteriormente, con ocasión del fallo mencionado, recordaremos algunos de los principios más importantes que subyacen al arbitraje como institución jurídica y, de seguidas aludiremos, a título comparativo, a la solicitud de avocamiento conocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Todo el recorrido de nuestra investigación desembocará en una alusión a la indisoluble relación que une al arbitraje y, uno de los sujetos esenciales del mundo comercial, el empresario.

1. Reseña histórica del arbitraje en Venezuela

En nuestra historia constitucional, encontramos por primera vez el arbitraje en la constitución de 1830[1] en su artículo 190 que rezaba:

Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver a él, con tal que se observen las formalidades legales y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

Así quedó trazado el punto de inicio de lo que vendría después, el desarrollo legislativo de este artículo quedaría plasmado en el Código de Procedimiento Civil de 1836.[2]

---

[1] Álvaro Badell Madrid, «Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. Nº2, (2020): 28. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf

[2] Idem.

Aquel código, sancionado en fecha 19 de mayo de 1836,[3] es conocido como el código arandino pues su elaboración sería encomendada al doctor Francisco Aranda, quien asumió dicha labor de manera exclusiva.[4]

El Código de Procedimiento Judicial de aquel año, reconocía la institución arbitral al establecer en su Ley IX "de los arbitramentos":

> Artículo 1. En cualquier estado de la causa en que las partes manifiesten haberse sometido a juicio de árbitros se suspenderá el curso de aquella y se pasará en el acto a los árbitros nombrados entregándose a las mismas partes al intento.[5]

Y aunque para aquella época se establecían varias formalidades para que se instalara el tribunal arbitral válidamente, el arbitraje estaba plenamente reconocido. Incluso eran reconocidas las dos modalidades fundamentales del arbitraje, a saber, arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

En este código, no se utilizaba propiamente la expresión arbitraje de equidad, pero su presencia queda clara por lo establecido en su artículo 7, de la misma ley:

> "Cuando las partes no hayan determinado si los árbitros son de derecho o arbitradores, los mismos árbitros les exigirán, antes de decidir sobre el pleito, que expresen el carácter con que han sido nombrados."[6]

Tal determinación era fundamental pues, en los arbitrajes de derecho, los árbitros debían sujetarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico positivo vigente con relación a la sustanciación de los trámites del procedimiento, a menos que las partes los liberasen de tal obligación:

> "Artículo 3. Los árbitros de derecho deberán observar en la sustanciación los trámites establecidos en esta ley para el procedimiento, si las partes no les dispensaren de este deber; y en la sentencia deberán sujetarse a las leyes."[7]

Se podía recurrir el laudo dictado por los árbitros de derecho ante la jurisdicción ordinaria, como se entiende del siguiente artículo:

---

[3] Tomás Enrique Carrillo Batalla, ed., *Leyes y decretos de Venezuela 1830-1840*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1982), 310 y ss. https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-01-1830-1840.pdf

[4] Ángel Francisco Brice, «El código de procedimiento judicial de 1836 y su repercusión en el procedimiento vigente», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 1-2, (1936): 60 http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1936/BolACPS_1936_1_1_2_60-66.pdf

[5] Tomás Enrique Carrillo Batalla, ed., *Leyes…, 335.*

[6] *Ídem.*

[7] *Idem.*

> Artículo 4. La apelación contra la sentencia de los árbitros de derecho, en caso de dirigirse a los tribunales de justicia se llevará precisamente a la corte superior del distrito en que esté domiciliado el demandado, y deberá interponerse dentro de los cinco días de haberse hecho saber la sentencia al apelante. Los árbitros no podrán demorar los autos en su poder en este caso, y los pasarán al juez competente de primera instancia, para que dejando copia de la sentencia, los dirija dentro del término señalado en el artículo 5º de la ley única del título tercero a la corte superior.- Desde entónces la causa seguirá los trámites del juicio ordinario. [8]

En cambio, en los "arbitramentos" no procedía recurso alguno en contra del laudo, disponía el código en su artículo 6 que: "Contra la sentencia de los arbitradores no se concederá ningún recurso, y las partes no podrán reservarse la facultad de apelar a los tribunales."[9]

Sin embargo, no sería el arbitraje una institución de uso muy frecuente en aquel momento histórico.

Y es que, incluso a principios del siglo XX, salvo las controversias que pudieran derivarse en materia petrolera, no hubo mayor incidencia del arbitraje[10] en la vida comercial de la época.

En la relación poder judicial-arbitraje predominó el primero durante la parte inicial del siglo XX en los códigos de procedimiento civil de 1904, 1916 y 1986, así lo explica Badell Madrid A.:

> En estos 70 años de vigencia de dichos Códigos Procesales, fueron de evidente exclusividad y prelación del poder judicial ante la institución del arbitraje. Se regulaba el arbitramento de manera profusa en dichos textos legislativos, con algunas formalidades -hoy superadas- como por ejemplo la necesidad de que el compromiso arbitral constara en documento auténtico (502 CPC 1916) o la posibilidad de discusión —en juicio— sobre la existencia del compromiso arbitral.[11]

Durante el período democrático o, como le denominó Brewer-Carías el período de la democratización del estado y de la sociedad o del estado democrático centralizado de partidos[12] las cosas cambiaron para el arbitraje comercial.

---

8 *Idem.*

9 *Ídem.*

10 Badell Madrid, A. «Pasado…», 28.

11 Álvaro Badell Madrid, «Reacción o relación poder judicial y arbitraje», *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Nº 2, (2019): 18. http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/Alvaro-Badell.-Poder-Judicial-y-arbitraje.pdf

12 Allan Randolph Brewer-Carías, *Historia Constitucional de* Venezuela (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana – Fundación de Derecho Público), 2013, 449 y ss. Entre 1945 y 1999, cuando se observó en el país una progresiva profundización democrática que tuvo también su influencia en el arbitraje. http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf

El arbitraje se convirtió en una opción atractiva, cosa que permitió "atribuirle con mayor firmeza la legítima representación de los intereses del empresariado y la naturaleza de ser escenario natural para la participación en los asuntos públicos."[13]

Fue en el año 1998, cuando se sancionó la Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998)[14] que se positivizó, atenuando el rigor de cuerpos normativos previos, el andamiaje sobre el cual este mecanismo obtendría un desarrollo posterior.

Es a partir de la promulgación de dicha ley cuando: "Surgen los dos centros de arbitraje que actualmente funcionan en el país y comienza la etapa de promoción masiva y sostenida del arbitraje."[15]

No se trató de cualquier desarrollo, sino uno que implicó la incorporación de un mandato constitucional de promoción, que como veremos en líneas posteriores, marcó un antes y un después en la historia del arbitraje al darle una preminencia nunca antes vista en nuestros ordenamientos.

Nos referimos a la regulación de la constitución de 1999 (Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999)[16] que reconoce al arbitraje como parte integral del sistema de justicia, punto que analizaremos más detalladamente en una parte posterior de este trabajo.

Pero más allá de concebirlo como componente del sistema de justicia, establece un mandato de promoción, contenido en el artículo 258, que revisaremos más adelante con mayor detalle.

Este reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia y el mandato, también constitucional, de promoción establecieron una perspectiva distinta en la relación entre poder judicial y arbitraje.

Perspectiva que se observaría en importante jurisprudencia que sirvió para develar la nueva tendencia de no considerar al arbitraje como una institución antagónica, sino más bien, deshacer la relación repulsiva y establecer una de colaboración, Badell Madrid A. señala en esta misma línea:

---

[13] Leonardo Palacios Márquez, «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, (2020): 193-194. https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf

[14] Véase en: Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

[15] Álvaro Badell Madrid, «Reacción…», 18.

[16] Véase en: Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

> Es en esta etapa, la Sala Constitucional dicta decisiones limitando los recursos que proceden contra el laudo arbitral (caso: Van Raalte de Venezuela SC N° 1.773-30/11/2011) y se pronuncia dicha Sala por la tesis de la necesaria colaboración que debe existir entre el poder judicial y el arbitraje, como por ejemplo hizo en el caso: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas SC N° 702- 18/10/2018.[17]

De manera que, la constitución, las leyes y la jurisprudencia se habían alineado hacia un mismo norte, la estimulación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Aunque en 2020, una solicitud disonante con todo el avance que se había venido experimentando en los últimos tiempos amenazaría todo el progreso alcanzado.

Nos referimos a la solicitud de avocamiento que tuvo lugar el 10 de febrero de 2020 y que dio lugar a la sentencia de la Sala Constitucional diez días después ordenando a un centro de arbitraje la remisión del expediente de un caso.

En todo caso, la mencionada sentencia interlocutoria será analizada con mayor nivel de detalle en un punto más avanzado de este estudio.

2. De la naturaleza del arbitraje

El arbitraje es considerado, en general, un método alternativo de resolución de conflictos pero, desde el punto de vista dogmático procesal, habría que ser más detallado con su naturaleza, a tales efectos conveniente es citar a Francesco Carnelutti:

"La composición de la Litis puede obtenerse también por medios distintos del proceso civil; puesta como esté dicha composición, se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de equivalente." [18]

Esto es particularmente interesante pues, como veremos de seguidas en el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Español, uno de los asuntos discutidos es el de la equivalencia, a saber, si es realmente equivalente el arbitraje a un proceso llevado ante la jurisdicción ordinaria.

Pero, este autor va más allá de solo establecer que se trata de un equivalente, distingue los supuestos en los que las partes, por sí mismas, resuelven la controversia y aquellos supuestos en los que es resuelta por un tercero.

Nos interesa por lógicas razones, la segunda categoría, a saber:

---

[17] Álvaro Badell Madrid, «Reacción…», 18.

[18] Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil,* (Buenos Aíres: Ediciones Jurídicas Europa-América.), 1959, 108.

> "En el segundo caso la colaboración de las partes con un tercero, determina un método de trabajo que reclama el proceso, pero el defecto del tercero en la potestad judicial según el ordenamiento jurídico interno no permite que en ello se contemple proceso verdadero y propio.[19]"

Para cerrar la idea prosigue de la siguiente forma:

> … "la verdad es que aquí, por razones de conveniencia y en cuanto concurran tales requisitos que garanticen su justicia, se utiliza para la composición un órgano extraprocesal, que puede ser o un particular, desprovisto de potestad judicial (árbitro), o un juez según un ordenamiento jurídico distinto.[20]"

De manera que en estos casos, en los cuales para la resolución de la controversia entra a conocer un particular desprovisto de las facultades que les son propias a los jueces quienes están investidos de poder jurisdiccional, entra el supuesto del arbitraje.

Medio al que Carnelutti califica severamente al señalar que no se trata de un "proceso verdadero y propio" y lo enmarca en la categoría de "cuasi proceso".[21]

También da luces acerca de la naturaleza del arbitraje la exposición que hace Véscovi en su obra Teoría General del Proceso, en la que parte desde el punto de la controversia humana para establecer que hay diferentes mecanismos a través de los que puede resolverse:

Por simple lógica, es fácil llegar a la conclusión de que la forma primigenia de resolución de conflictos humanos fue el uso de la fuerza, a lo que el autor denomina autodefensa.[22]

A pesar de que la autodefensa ya no está presente en los ordenamientos jurídicos con la fuerza de otras épocas, mantiene algunas reminiscencias como la legítima defensa y la *exceptio non adimpleti contractus*.

Más allá de lo ilustrativo del párrafo anterior, lo que propiamente nos conviene analizar es la definición de lo que Véscovi denomina medios heterocompositivos. Éstos los caracteriza como aquellos que suponen la solución de un conflicto por un tercero.[23]

Dentro de estos medios de heterocomposición incluye al arbitraje, y dice en ese sentido:

---

[19] Ibíd. p. 109
[20] Ibíd. p. 109-110.
[21] Idem.
[22] Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*, (Bogotá: Editorial Temis), 1984, 4.
[23] Ibíd. p. 5

> "Primitivamente se conoció la figura del árbitro – a veces antes que la del juez –, que es un tercero que las propias partes nombran como imparcial para someterle su conflicto y con el propósito, de antemano, de aceptar su decisión."[24]

El arbitraje implica entonces, para Véscovi, la resolución del conflicto por parte de un tercero que lo resuelve por su voluntad y obedeciendo a un procedimiento predeterminado.[25] Entrando así el arbitraje en la categoría de medios de heterocomposición.

3. Arbitraje en Venezuela

El arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias ha tenido un gran desarrollo en varios países, tanto en Europa, Asia, América del norte y Suramérica, el caso venezolano, no ha sido la excepción.

Romero-Muci deja claramente definida esta idea cuando señala: "…el arbitraje desarrolló en Venezuela una comunidad de expertos que se han empeñado en modernizar la institucionalidad del arbitraje a niveles que nada tiene que envidiar al de otros países."[26]

Si bien es cierto que Venezuela requiere de innovaciones en materia arbitral que permitan que el progreso continúe para que la institución siga los pasos de la escena internacional, también es cierto que cuenta con una regulación favorable y con árbitros sumamente preparados.

Nivel de preparación que, conjugado con la gran capacidad de innovación de las cámaras de comercio y de los centros de arbitraje, han permitido el mantenimiento de un servicio de alta calidad, aún en tiempos de pandemia, interesa lo reseñado por Aarons P.:

> En algunos países únicamente se ha dado atención a los asuntos considerados urgentes, mientras que en otros se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles...[27]

---

[24] Idem.

[25] Idem.

[26] Humberto Romero-Muci, «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio (2020): 187. https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf

[27] Fred Aarons P., «La digitalización en el arbitraje y las cortes en la búsqueda de justicia en tiempos de pandemia», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. Nº3, (2020). http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_15-36.pdf

Naturalmente, en países con instituciones sólidas, separación de poderes y respeto de las relaciones jurídicas subjetivas se recurre con frecuencia al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.

En un país con una arraigada cultura de desconfianza hacia los órganos del poder público como es Venezuela el arbitraje se ha convertido en una alternativa, más que viable, idónea para la resolución de conflictos.

La desconfianza hacia la jurisdicción ordinaria por su falta de imparcialidad, activismo judicial y, en líneas gruesas, falta de predictibilidad que deja en un limbo de incertidumbre jurídica a los asuntos que conocen, impulsa a las partes, con muchas más razones, a comprometerse en árbitros.

Con relación a esos vicios de los que adolece la jurisdicción ordinaria se ha escrito mucho, sobre todo ha sido criticado duramente por constitucionalistas y administrativistas autorizados en diferentes publicaciones.

Allan Brewer-Carías en una de sus obras, tiene un punto cuyo solo título demuestra esta parcialidad del poder judicial: "La ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial por el germen constitucional de concentración del poder, en contradicción con la pentadivisión del poder público."[28]

El delicado equilibrio que deriva del principio de separación de poderes se ha desdibujado en la práctica, de manera que ya es casi un hecho notorio a apoderamiento progresivo de la rama judicial por parte del partido de turno.

Pero también es una situación que afecta al derecho privado y en general a la sociedad, incluso desde una perspectiva iusfilosófica se ha condenado la actividad judicial de los últimos años.

El profesor Francisco Delgado hizo una meticulosa y diáfana síntesis de lo que ha ocurrido en Venezuela durante los últimos 21 años, explicando que los jueces venezolanos están en una constante tensión entre la sujeción y el activismo.

Mediante una argumentación organizada y afinada apunta cuales son las evidencias que corroboran la falta de independencia de la rama judicial del poder público, por ejemplo, refiriéndose al período de tiempo comprendido entre 2005-2013:

> La Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia nunca condenó al Presidente de la República por haber violado un derecho constitucional (nunca declaro con lugar ningún amparo constitucional ejercido contra el Presidente). Ningún acto de gobierno fue anulado en ese período; la SC no declaró la inconsti-

[28] Brewer-Carías, *Historia constitucional…*, 748.

> tucionalidad de ninguno de los decretos leyes del Presidente, y tampoco dictó una sentencia que anulara, en una materia declarada estratégica, leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.[29]

Así podríamos continuar —durante muchas líneas— exponiendo hechos y actos que demuestran la situación de los jueces, declaraciones de políticos y magistrados del alto tribunal. Nos limitaremos a señalar que una gran cantidad de jueces son considerados funcionarios de libre nombramiento y remoción, agravando el asunto.

Esa concepción del juez como funcionario de libre nombramiento y remoción, es analizada por el profesor Delgado: "…imaginemos qué ocurre con aquellos jueces (la inmensa mayoría) que pueden ser destituidos sin ningún tipo de procedimiento ni motivación por carecen de estabilidad en su cargos…"[30]

Por exceder el objeto de análisis de nuestro estudio, no nos extenderemos en este punto, lo que nos interesa es que quede claro que, el arbitraje se ha vuelto una opción más atractiva ante la actual coyuntura política.

Pero, no solo es el único factor que hace al arbitraje un mecanismo ideal para la resolución de controversias, también hay elementos que influyen que no son exclusivamente nacionales sino que también están presentes en otros países. Señala Hung Vaillant:

> Resulta ya un tópico en las publicaciones jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, y aún en los medios de comunicación y en las conversaciones privadas, hacer mención a la crisis de la actividad jurisdiccional del Estado y consecuentemente a la crisis de la Justicia.[31]

Se trata de la saturación de la jurisdicción ordinaria, pero no solo de esto, es una crisis universal de la rama judicial de los estados, el retardo procesal, la ineficacia y leyes desactualizadas que no se ajustan a las nuevas exigencias de la sociedad.

El arbitraje en ese sentido, significa no tanto una salida, sino una nueva puerta que se abre con todas las comodidades propias de un proceso personalizado y efectivo. Cita Hung a Romberg, que hace una interesantísima referencia a procesalista uruguayo Eduardo Couture:

> El juicio por el cual nos regimos todavía en Hispanoamérica –ha dicho Couture– es el juicio del recelo y de la desconfianza en el juez; es el juicio de las recusa-

---

[29] Francisco Delgado, *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017) 88.

[30] Ibíd., 89.

[31] Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001) 33.

> ciones que todavía se pueden hacer hasta sin causa; de los recursos; de la queja; de los impedimento; es el juicio colmado de actos tendentes a controlar hasta el más insignificante desvío del juez de las formas impuestas por el procedimiento.[32]

La intromisión del estado venezolano en las distintas actividades ha hecho mermar la calidad de nuestras instituciones, dice Hung Vaillant "pareciera indicar que en Venezuela el Estado ha sido víctima del viejo dicho de "quien mucho abarca, poco aprieta."[33]

Ciertamente en Venezuela el arbitraje es reconocido como parte integral del sistema de justicia al establecerse en el artículo 253 constitucional:

> El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario**, los medios alternativos de justicia**, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio.[34]

Y no conforme con lo anterior, el constituyente de 1999 establece en el artículo 258 en parte *in fe*: "…la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos."

Tal es la relevancia del arbitraje en el ordenamiento venezolano que ha sido considerado por un sector de la doctrina como un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 26, que establece:

> 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.

Debemos entender a la tutela efectiva como un género que abarca dos especies diferentes: la tutela judicial efectiva y la tutela jurisdiccional, ambas reconocidas como partes integrales del sistema de justicia por disposición constitucional.[35]

También se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, que está basada en la Ley Modelo Uncitral de 1985, un referente en materia de arbitraje para los países que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas.

---

[32] Ibíd., 34

[33] Ibíd., 35

[34] Resaltado nuestro.

[35] Eugenio Hernández-Bretón, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental. Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Ed. Por Irene Varela (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005) 31-32.

En cuanto a la ejecución de laudos en países distintos a aquellos en que haya sido dictado rige, además de la ya mencionada Ley de Arbitraje Comercial, o su equivalente en el resto de estados, la Convención de Nueva York de 1958.

Es conocido que el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos (MARC) reputa notables ventajas a las partes por su enfoque personalizado, seguridad jurídica y respeto a la autonomía de la voluntad.

Incluso reputa provechos logísticos, como la reducción del tiempo de decisión por parte de los árbitros en comparación con la jurisdicción ordinaria y la disminución de costos.

El arbitraje ha dejado de ser la excepción para convertirse en la regla y más que un descongestionante de la jurisdicción ordinaria ha mutado, en razón de sus avances y progresiva promoción jurisprudencial, en un instrumento eficiente para garantizar la tutela efectiva.[36]

4. El fallo del Tribunal Constitucional Español[37]

4.1. Consideraciones previas

El fallo del 15 de febrero de 2021, que tanto auge ha supuesto en el foro arbitral internacional, es digno de analizar a título comparativo en contraste con varias de las decisiones de los tribunales nacionales.

En este sentido, sería una empresa extremadamente atrevida aseverar que se determinarán en este breve trabajo todos los puntos relevantes del fallo y una comparación magistral del mismo con respecto a la jurisprudencia nacional.

Trataremos más bien, de mencionar y desarrollar algunas de las generalidades y puntos de interés. Así como de hacer un paralelismo con una decisión nacional concreta con la finalidad de incentivar estudios más enjundiosos en el tema.

4.2. El fallo

Esta decisión del Tribunal Constitucional de España, resuelve un recurso de amparo en el que la parte recurrente argumenta que se está violando su derecho a la tutela judicial efectiva.

---

[36] Claudia Madrid Martínez, « Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº2 (2020), 20. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_18-20.pdf

[37] En el texto de la STCE, número 3956-2018, de 15 de febrero de 2021.

Concretamente, considera que la tutela judicial efectiva está siendo vulnerada en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, no incursa en irrazonabilidad ni error patente.

Es menester señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra recogido en el artículo 24.1 de la constitución española de 1978[38] (Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978) en los siguientes términos:

> "Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

La vulneración de este derecho inicia cuando el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara la nulidad de un laudo arbitral producto de un procedimiento de arbitraje societario.

Debemos decir también, que en los estatutos de la sociedad en la que se generó la controversia interna, estaba contemplada la posibilidad de acudir al arbitraje, a saber, podían ser resueltas a través de este medio alternativo:

> "…las cuestiones que pudieran suscitarse entre los accionistas y la sociedad, o entre aquellos directamente, por su condición de tales."[39]

En virtud de esa disposición estatutaria se acudió al arbitraje pues, la parte agraviada en el procedimiento de amparo, consideraba que existía un: "continuo e insoportable abuso de derecho"[40] por parte del demandado, derivado de su posición de control en la sociedad familiar.

En virtud de lo contenido en los estatutos y su procedencia conforme a derecho, las partes sometieron el conocimiento de la controversia a los árbitros, quienes favorecieron en el laudo a la parte afectada por el abuso de derecho ya descrito.

La consecuencia del laudo fue, principalmente, la orden de disolución de la sociedad en cuestión y la consiguiente liquidación y repartición de los bienes de la misma.

---

38 Véase en: Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29.313 a 29.424.

39 *Idem*, p.2

40 *Idem*.

Ante esta circunstancia, el socio afectado por la decisión del tribunal arbitral decidió impugnarlo ante el Tribunal Superior de Madrid, bajo el argumento de que el laudo vulneraba el orden público al decidir la disolución de la sociedad sin basarse en una cláusula estatutaria preestablecida.[41]

No habría revestido el caso mayor importancia si este tribunal hubiese actuado conforme a derecho y decidiendo en armonía con la jurisprudencia sostenida hasta el momento por los tribunales de más alta jerarquía, pero esto no ocurrió.

El tribunal *a quo*, tomó una decisión que se separaba del criterio que el Tribunal Constitucional había venido estableciendo, como antecedente inmediato puede considerarse el fallo de 15 de junio de 2020.[42]

El tribunal de alzada sentenció a favor de la parte impugnante, fundamentalmente, por considerar que el laudo no se encontraba suficientemente motivado, que se omitió la valoración de algunas pruebas y que no se tomaron en cuenta las resultas de procesos judiciales anteriores.

Por tales razones, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio la razón al impugnante pues, a su criterio, no podía considerarse válido el laudo arbitral por adolecer de los vicios a los que aludimos en el parágrafo anterior.[43] En consecuencia, el laudo quedó anulado.

La parte perdidosa en el proceso ante Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es la que interpone el recurso de amparo, consideró que la decisión que anulaba el laudo arbitral vulneraba, como dijimos, su derecho a la tutela judicial efectiva.

Uno de los argumentos más sólidos de la parte que interpone el recurso de amparo es establecer, a nuestro juicio de manera acertada, que el arbitraje no tiene asidero en la tutela judicial efectiva.

Cuestión, la anterior, que sigue la misma línea de las bases teóricas planteadas previamente en este trabajo, que siguiendo el interesante planteamiento de Hernández-Bretón nos hace concurrir en sus razones para adoptar el criterio de que:

> Debe considerarse la tutela efectiva como un género del que escinden dos especies claramente diferenciables, a saber: la tutela judicial efectiva y la tutela jurisdiccional.[44]

---

41 También aludió a la violación del orden público económico y la vulneración del principio de autonomía de la voluntad por considerar que el laudo extralimitaba el convenio arbitral.

42 Véase: STCE, número 3130/2017, en sala primera de 15 de junio 2020.

43 Esto a pesar de que se trataba de un arbitraje de equidad.

44 Hernández-Bretón, *Arbitraje*…, 32.

De manera que, el Tribunal Constitucional declara con lugar el recurso de amparo, principalmente porque estaban siendo aplicados cánones judiciales al laudo y, además, estaba el juez conociendo el fondo del asunto,[45] cuestión que le está vedada al órgano judicial.

Consecuencia inmediata de la decisión fueron la anulación de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el restablecimiento del derecho vulnerado por la misma.

4.3. Puntos de interés en la decisión

4.3.1. Equivalentes jurisdiccionales

En la jurisprudencia española se ha señalado de manera consistente que los órganos del poder judicial y el arbitraje son equivalentes jurisdiccionales.

Afirmación, la anterior, de la que pueden desprenderse interpretaciones diversas, pero en el fallo *in comento* se especifica, acertadamente, que son equivalentes jurisdiccionales en tanto ambos están facultados para tomar decisiones con autoridad de cosa juzgada.

Una interpretación errónea del asunto podría llevarnos a pensar que, al ser equivalentes jurisdiccionales, son absolutamente iguales tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción arbitral. Y esa fue, precisamente, la interpretación del Tribunal Superior de Madrid.

Es importante la especificación anterior dado que, en este caso, una de las partes argumentó que era válido el control ejercido por el Tribunal Superior de Madrid con respecto a una supuesta inmotivación del laudo que vulneraba el orden público.

Efectivamente, que el laudo sea contrario al orden público es una de las causales de anulación del mismo contenida en la disposición del artículo 41.1, concretamente el literal f de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje):[46]

> En el título VII: de la anulación y revisión del laudo:
>
> Artículo 41. Motivos.
>
> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

---

[45] Algo más que evidente, el juez había cuestionado la forma de evacuación de las pruebas por parte de los árbitros.

[46] Véase: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Última modificación del 6 de octubre de 2015.

> b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
>
> c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
>
> d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
>
> e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
>
> **f) Que el laudo es contrario al orden público**.[47]

En este sentido el Tribunal Constitucional es claro en señalar que si bien, tanto los laudos como las sentencias judiciales deben ser motivadas por el árbitro o juez, respectivamente, no se aplican a dichas motivaciones los mismos cánones de control bajo la excusa de equivalencia.[48]

Acá entonces, una importante conclusión:

Los órganos judiciales no pueden exigir que la motivación sea exhaustiva o conforme a su criterio particular, simplemente debe limitarse el juez a verificar en un análisis externo, de forma, la existencia de la motivación y la no irrazonabilidad de la misma.

De verificarse tal irrazonabilidad si sería procedente la causal de anulación por violación del orden público. Con respecto a la falta de motivación se discute, incluso, si en virtud de la libertad característica del arbitraje podrían las partes convenir en excluir la motivación.[49]

El espíritu del arbitraje implica que las partes sustraen la controversia del conocimiento de los jueces en virtud del principio de libertad que rige a los particulares.

En consecuencia, les está vedado a los jueces entrar a conocer del derecho material, su actividad debe limitarse exclusivamente a la constatación de errores *in procedendo* pues, de exceder ese límite, la función del árbitro pierde sentido y se desnaturaliza al arbitraje mismo.

---

[47] Resaltado nuestro.

[48] Como ya establecía Carnelutti, son equivalentes en tanto son medios o mecanismos alternativos para solucionar la controversia por lo que, toda interpretación del concepto de equivalencia que vaya más allá será, por lo menos, dudosa.

[49] Así se discutía en el Little Open de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje en el que participaron importantes referentes en materia de arbitraje en España como Javier Íscar de Hoyos, Bernardo Cremades Sanz-Pastor y Carlos de los Santos. Disponible aquí.

Actualmente se plantea el asunto de si el laudo debe ser motivado obligatoriamente o si esto es una exigencia única de las sentencias judiciales. En muchos países, mayoritariamente de *civil law* se considera que la motivación está en una relación inseparable con el órden público.

Mientras que en otros, mayormente de *common law*, no es la motivación un imperativo legal, ni siquiera en las decisiones de órganos judiciales. En el caso venezolano, un sector de la doctrina ha optado por considerar:

"…la motivación del laudo arbitral en paralelo con la exigencia de motivación de las sentencias judiciales."[50] Así lo señala Pedro Rengel, que afirma también que en nuestro país no se ha verificado un laudo inmotivado por acuerdo entre las partes.

Pero también hay quienes sostienen que es posible prescindir de la motivación del laudo incluso en los arbitrajes de derecho, no obstante, recordemos que en el caso del fallo del TCE si existía motivación, solo que el juez la consideró "insuficiente".

4.3.2. La prohibición de judicializar el asunto

El juez que conoce de un recurso que pretende la nulidad de un laudo arbitral no puede, ni de cerca, fundar su decisión en una diferencia de pareceres con respecto a la aplicación del derecho por parte del árbitro.

En este fallo, la decisión tomada por el tribunal de alzada se fundamenta, en gran medida, en la consideración del juez de que no se admitieron algunos medios de prueba y que otras no se valoraron correctamente.

Error, el anterior, que se hace patente una vez que el tribunal trata de observar el arbitraje bajo lente judicial incurriendo, nuevamente, en una falsa apreciación del verdadero significado de equivalencia jurisdiccional.

La relación entre lo judicial y lo arbitral es tema delicado y sumamente frágil, el respeto y conocimiento del derecho es la piedra angular que mantiene el equilibrio de esta endeble comunicación.

Por ello, es imprescindible el respeto de las limitaciones establecidas por la ley y su sindéresis por parte de los operadores del sistema de justicia, estamos de acuerdo con la idea de que:

---

[50] Pedro Rengel Núñez, «La motivación del laudo arbitral», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº1 (2018) http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_03.pdf El mismo autor explica los argumentos de partidarios de esta corriente, autores como Domínguez Guillen y Baumeister.

"El juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, el procedimiento arbitral no es un seudo procedimiento judicial privatizado."[51]

4.3.3. El orden público

El orden público es uno de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes, pero su simple mención en los textos legislativos lleva necesariamente a la búsqueda del establecimiento de una definición que nos permita saber exactamente en qué consiste este límite.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede generar problemas de diversa naturaleza. Es necesario entender que, por esta misma indeterminación, esta categoría a la que tanto se alude en los ordenamientos jurídicos puede convertirse en un concepto cajón de sastre.

Así fue utilizado por la parte impugnante del laudo, al ser una de las causales de anulación del mismo que éste sea contrario al orden público. No podemos aceptar jamás que la noción de orden público se convierta en un continente que admite cualquier contenido.

> … la anulación del laudo por insuficiencia de motivación se produce porque el órgano judicial ha impuesto a los laudos arbitrales el canon de control de motivación que es aplicable a las resoluciones judiciales, sosteniendo **erróneamente** que es contrario al orden público un laudo que no supere dicho canon.[52]

El orden público, como causal de anulación del laudo se encuentra regulado en el 41.f de la Ley de Arbitraje en España, pero también en nuestra legislación lo encontramos en el artículo 44.f:

> Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:
> f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al **orden público**.[53]

Se trata entonces, de un concepto peligroso, cualquier intento de definirlo es transitar caminos inciertos, de ello advierte Cremades que le considera "especialmente sensible" y explica el debate que suscitó en España:

---

[51] Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, Nº 11, (1988) 13. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10735/11224

[52] Sentencia citada *ut supra*. Resaltado nuestro.

[53] Ley de Arbitraje Comercial de 1998 en Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

> En la redacción del precepto, similar al de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, el tema fue ya objeto de un vivo debate. Se quería mantener las facultades de control judicial del laudo arbitral pero no se deseaba dejar una puerta abierta para que por la acción de nulidad se pudiera entrar en el fondo del asunto modificando discrecionalmente el juez de control lo decidido por los árbitros.[54]

Se buscaba evitar, precisamente, que el orden público se convirtiera en una categoría que permitiera que los órganos judiciales se transformaran en instancias de apelación de los laudos, de allí la fragilidad del concepto.

Por esas razones es que la doctrina española ha sido consecuente en establecer que el orden público al que se alude en el 41.f no es más que un "orden público de carácter sustancial".[55]

4.3.4. De la importancia del fallo

El referido fallo del Tribunal Constitucional Español significa un gran aporte y un referente de como el respeto al arbitraje, entendido también como derecho fundamental, fomenta de manera concomitante el respeto de principios básicos que subyacen a esta institución.

Debe quedar claro que un laudo no es una sentencia, ni está cerca de parecérsele. En arbitraje las partes someten, como decía Véscovi, el conocimiento de su controversia al arbitrio de un tercero aceptando, *ex ante*, la decisión de éste por considerarle imparcial.

Todo esto siempre tratándose de derechos disponibles, sobre los cuales las partes tienen pleno dominio y sobre los que no cabe aplicar criterios judiciales como los que recaen sobre los derechos no disponibles objeto de controversia.

Se ponen de manifiesto principios como el de autonomía de la voluntad, la libertad contractual de las partes y el derecho a la tutela efectiva en su modalidad de tutela jurisdiccional diferente de la tutela judicial garantizable a través de los órganos de justicia.

Además de los efectos relativos a principios, este tipo de fallos que elevan y fortalecen el arbitraje como fórmula alternativa de resolución de controversias son el caldo de cultivo para el desarrollo de una cultura de buenas prácticas y respeto de los derechos disponibles.

---

[54] Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*, (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Ingeniería), 2018. 60. https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf

[55] *Idem*.

De allí, precisamente, la importancia de este fallo, una decisión que la comunidad arbitral española llevaba tiempo esperando y que, viniendo de un tribunal constitucional, realza la autonomía e independencia características de este medio alternativo.

La sentencia es, por lo demás, didáctica en el sentido de que nos ilustra, con buen nivel de detalle, como debe ser la relación entre el arbitraje y la actividad judicial. "El arbitraje no es un juicio privado y los árbitros no son jueces."[56]

Ésta, lejos de ser una relación signada por el antagonismo y la obstaculización de las funciones de cada uno, debe sustentarse en la colaboración, presupuesto esencial para el buen funcionamiento del arbitraje comercial.

Araque Benzo se refiere a la finalidad del arbitraje explicando que: "La finalidad del arbitraje no es la de sustituir a la jurisdicción ordinaria, sino la de establecer los límites de los derechos controvertidos por encargo de las propias partes."[57]

5. Algunos principios subyacentes al arbitraje como institución jurídica

5.1. Autonomía de la voluntad: nociones básicas e importancia

En otras latitudes, como vimos, los tribunales fallan en pro al arbitraje porque entienden la importancia de este mecanismo, no como un simple ventilador de controversias de la jurisdicción ordinaria que hace las veces de descongestionante sino como una alternativa realmente valiosa.

Lo entienden y asumen como un medio que refleja la autonomía de la voluntad de las partes, principio que debe gozar de protección y promoción especial en razón de su innegable relevancia en un moderno estado de derecho.

Los sujetos de derecho privado se rigen por el principio de libertad, a diferencia de los sujetos de derecho público que se rigen por el principio de competencia, de este principio de libertad nace la autonomía de la voluntad.

Necesario es, pues, recordar en que consiste este esencial principio de autonomía de la voluntad, de tan marcada presencia en arbitraje cuya cardinal importancia deviene de notas fundamentales de la misma naturaleza humana, como lo es la voluntad.

---

[56] Luis Alfredo Araque Benzo, *El ABC del arbitraje comercial*, (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas), 2010, 6. https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf

[57] *Idem*.

Autonomía deriva de la unión *autos* y *nomos* lo que tiene como significado: aquel que se da a sí mismo la propia ley.[58] Nos ilustra la profesora Edilia de Freitas diciendo:

"El principio de la autonomía de la voluntad tiene como concepción o regla fundamental la libertad de los particulares de autorregularse, manejar sus intereses a su conveniencia."[59]

Es decir, que los particulares pueden regir sus propias actuaciones, conduciendo sus intereses de la manera que más les convenga o que les resulte más favorable. Suscribir un contrato, negociar las cláusulas que lo componen y comprometer en árbitros son algunas manifestaciones de este principio.

Por lo que queda claro entonces, que si no hay prohibición expresa en la ley o una norma imperativa que lo impida, los particulares pueden realizar todo aquello que no les esté vedado.

Conviene en este punto hacer una referencia el principio de plenitud hermética, concebido por algunas corrientes positivistas y desarrollado por la filosofía del derecho que establece que no existen:

"…vacíos o lagunas en un sistema jurídico, ya que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido y no hay más conducta obligatoria que aquella que está expresamente ordenada."[60]

Principio que, referido a la cuestión de los casos no previstos por el legislador, sirve también para ilustrar el sentido de los ordenamientos jurídicos modernos que, por interpretación al contrario: Suscriben la idea de que todo aquello que no está prohibido puede hacerse.

El principio jurídico de autonomía de la voluntad tiene su fundamentación en las ideas de Kant,[61]de hecho, en su filosofía da una particular relevancia a este principio que él considera inherente a la naturaleza propia del ser humano.

Hay que destacar, bajo esta misma lógica, que primero nace el principio de autonomía de la voluntad como género en las ideas kantianas y más tarde es recogido por el precepto jurídico del mismo nombre.[62]

---

[58] Edilia De Freitas, «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N. 1 (2003), 5. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_37-181.pdf

[59] Ibíd. p. 6

[60] María Luisa Tosta, «Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Nº 56, (1975), 126-128. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/56/rucv_1975_55_101-165.pdf

[61] Luis Corsi, «Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 7, (2001), 8.

[62] Idem.

La importancia de la relación autonomía de la voluntad-arbitraje es irrefutable, es, en efecto, un principio de base de la institución arbitral, de allí que pueda afirmarse, como lo hace Sanquírico Pittevil, que:

"Es en ejercicio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través de la vinculación contractual de las personas, que el arbitraje cobra vida; siendo entonces este método de resolución de controversias una manifestación voluntarista…"[63]

Y es que, el arbitraje no es más que una de las dimensiones en las que se manifiesta este principio, dice Domínguez Guillen:

"La libertad se manifiesta en el ámbito del derecho privado en múltiples circunstancias, pero básicamente se aprecia en forma clara en el ámbito de las negociaciones jurídicas que reflejan la plena autonomía del sujeto."[64]

También establece, en consonancia con nuestro criterio, Cárdenas Krenz:

"El respeto al principio de la autonomía de la voluntad es esencial, tanto para el ordenamiento jurídico, como para el desarrollo científico y el desarrollo humano, sustentado en el valor de la libertad, sin que ello signifique que sea absoluto."[65]

Claro que el principio de autonomía de la voluntad también tiene ciertas limitaciones, estas barreras son identificadas por el legislador al establecer en el artículo 6 de nuestro código civil (Gaceta Oficial Nº 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982):[66]

"No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres"

Conceptos jurídicos indeterminados como lo son el orden público y las buenas costumbres constituyen el límite a la libertad de los particulares.

Pero, hay que destacar, que a pesar de ser conceptos jurídicos indeterminados, son determinables y quienes hacen esta determinación son los jueces, por lo tanto dependerá de éstos el alcance de estas barreras, que pueden llegar a utilizarse a conveniencia cuando las instituciones son secuestradas.

---

[63] Fernando Sanquírico Pittevil, «Orden público adjetivo y arbitraje», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 3, (2019), 329. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/3/RVDM_2019_3_327-347.pdf

[64] María Candelaria Domínguez Guillen: «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 7, (2001), 189.

[65] Ronald Cárdenas Krenz. «Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: Vox Iuris*, Nº 29, (2015), 109. https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/88/78

[66] Véase: Ley de Reforma Parcial del Código Civil en Gaceta Oficial Nº 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

El principio de autonomía de la voluntad es una máxima que, en un verdadero estado de derecho debe gozar de un inigualable estándar de respeto por parte del estado y los diversos órganos que le componen.

Ello implica también el respeto hacia las instituciones en las cuales está vertida la autonomía de la voluntad como principio de base, como ocurre con el arbitraje, un medio en el que se acentúa la presencia de este principio, por lógicas razones.

5.2. Principio de la libertad contractual

Otro de los principios cardinales subyacentes a la institución del arbitraje es el principio de la libertad contractual, que es una especie que escinde del mismo principio de autonomía de la voluntad.

Fueron los juristas franceses del siglo XVII y XVIII, entre los que destacan Domat y Pothier los que influyeron directamente en la redacción del *Code* francés, insertando de esta manera el principio kantiano de autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico positivo.[67]

Como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad nuestro código civil lo recoge, aunque no expresamente, en el artículo 1.159 que establece:

"Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley."

Este principio se manifiesta en la capacidad de contratar libremente,[68] de la forma que se considere más provechosa o conveniente para las partes. Es la encarnación de la autonomía de la voluntad en una de las fuentes principales de las obligaciones, el contrato.

Tiene especial incidencia en materia arbitral, pues es la clave que da inicio al compromiso de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral y acatar la decisión de los árbitros en las controversias que puedan suscitarse con ocasión del contrato suscrito.

5.3. Principio de buena fe

Este principio, de especial connotación en materia contractual, surge en la codificación moderna como una manera de flexibilizar el rigor del contenido literal de las convenciones, Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Diez explican:

---

[67] Luis Corsi, *Contribución* al estudio…, 8.

[68] María Candelaria Domínguez Guillen, *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*, Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017, 20.

> El origen de su regulación en los códigos modernos se encuentra en la paulatina supresión de la diferencia entre contratos *stricti iuris* y *bonae fidei* en el *ius commune*, entendiéndose que todo contrato debía ejecutarse según la buena fe y no sólo atendiendo a lo literalmente estipulado.[69]

Se trata pues, de un concepto jurídico indeterminado, una noción nebulosa difícil de explicar, pero fácilmente perceptible por los sentidos, algo que pareciera ser una categoría ética más que jurídica.[70]

Pero, no debe sorprendernos esta estrecha vinculación entre buena fe, ética y derecho. En este sentido, debe recalcarse la idea de que el derecho es "una realidad íntimamente relacionada con la ética."[71]

Es por ello que, al igual que el orden público, debe ser empleada y rigurosamente aplicada en los casos concretos toda vez que, como concepto jurídico indeterminado, podría servir a múltiples finalidades, tanto beneficiosas como perjudiciales.

Dicen Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Diez: "Ante un concepto jurídico con un potencial creativo tan vasto, la primera pregunta que surge es, ¿qué se entiende por buena fe?, lo que nos conduce a un lugar común en el tratamiento de este principio: su intrínseca indefinición."[72]

Domínguez Guillen reconoce la dificultad del concepto, pero nos acerca a su compresión expresando que es "un deber de cooperación, lealtad, honestidad o transparencia que se traduce en un criterio de conducta o compromiso que pretende satisfacer legítimamente las expectativas de la otra parte contratante."[73]

Afinadamente prosigue la profesora explicando que "la buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que queda incorporada al ordenamiento jurídico desde el derecho romano constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado, de muy rica y variada transcendencia."[74]

También reconoce la dificultad en la definición del concepto el profesor Diego Castagnino al establecer:

---

[69] Cristóbal Eyzaguirre Baeza y Javier Rodríguez Diez, «Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 21, (2013): 141. https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n21/art05.pdf

[70] Juan Guillermo Durán, «Reflexiones sobre la buena fe en el derecho», *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Nº2, (1988): 58. ISSN 0120-8942.

[71] *Idem*.

[72] Cristóbal Eyzaguirre Baeza y Javier Rodríguez Diez, «Expansión…», 140.

[73] María Candelaria Domínguez Guillen, «Buena fe y relación obligatoria», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 11, (2018): 20. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-17-80.pdf

[74] *Idem*.

"Si bien es cierto que el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, constituye uno de los principios de mayor importancia en el mundo jurídico."[75]

En el arbitraje, la buena fe también halla aplicación, a saber: "Se aprecia a propósito de múltiples instituciones, tales como la posesión de buena fe, el matrimonio contraído de buena fe, el adquirente de buena fe, protección al consumidor, arbitraje, etc."[76]

Y aunque no se establezca expresamente el principio de buena fe en la Ley de Arbitraje Comercial, [77] es un estándar de conducta natural que las partes esperan una de la otra.

De allí que los centros de arbitraje incluyan en sus reglamentos normas relativas a directrices éticas de los árbitros, pues ante la falta de positivización del principio en la materia, de alguna manera se debe llenar el vacío y ofrecer garantía.

Se trata de un principio general del derecho, y por tener ese carácter, permea directamente en las instituciones, el arbitraje no escapa de ello, ya el profesor Diego Castagnino explicaba en su trabajo las funciones del principio en la materia:

> 1. Es garantía de la palabra otorgada, fundamentándose en el carácter exclusivo y excluyente del arbitraje, así como en su naturaleza convencional.
> 2. Sirve para interpretar el acuerdo arbitral, tomando en cuenta la intención común de las partes.
> 3. Modela la conducta de las partes, árbitros y centro de arbitraje, con la finalidad de que se comporten de manera normal, recta y honesta.[78]

Escovar León hace un desarrollo sumamente interesante de la buena fe en la interpretación del acuerdo arbitral, llegando a explicar en uno de sus trabajos que:

"…los operadores jurídicos deben analizar los acuerdos de arbitraje en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de "promocionar del arbitraje".[79]

---

[75] Diego Thomás Castagnino, «La buena fe en el arbitraje comercial venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 73, (2018-2019): 290. ISSN: 0255-5328.

[76] María Candelaria Domínguez Guillen, «Buena fe…», 26.

[77] Diego Thomás Castagnino, «La buena fe…», 298.

[78] *Ibíd.*, 292. Sobre este punto véase el interesante desarrollo que da el autor a las funciones del principio de buena fe referidas a su aplicación en el arbitraje.

[79] Ramón Escovar León, «Interpretación del acuerdo de arbitraje», *Revista Comité de* Arbitraje, Nº 1, (2010-2011): 9. https://cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje1.pdf

Explica que, el fundamento normativo que posibilita la aplicación de la buena fe en cuanto a la interpretación del acuerdo arbitral, se encuentra establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial Nº 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990):[80]

> Artículo 12. Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán 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**.[81]

A pesar de que se trata de un código adjetivo, esto no debe ser una limitante para la aplicación del principio de buena fe en la interpretación de los acuerdos arbitrales. De manera que:

> …basándonos en una interpretación teleológica de la norma, consideramos que la finalidad que buscó plasmar nuestro legislador se encuentra en desarrollar una regla de hermenéutica jurídica que estableciera un método para el desarrollo práctico del criterio interpretativo según la buena fe.[82]

Establecida la innegable presencia y rol del principio de buena fe en el arbitraje, podemos entonces entenderlo, más que como principio, como exigencia de los procedimientos arbitrales que debe materializarse, indudablemente, para profundizar las fortalezas del medio alternativo.

Bajo esta lógica, debemos suscribir sin reservas en esta investigación el criterio del profesor Castagnino de incluir de *lege ferenda* el establecimiento expreso del principio de buena fe en materia de arbitraje:

> …se recomienda incluir en una eventual reforma de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, la indicación expresa de que las partes, los árbitros y los centros de arbitraje deben enmarcar sus actuaciones dentro del principio de la Buena Fe, y que el acuerdo arbitral debe interpretarse sobre la base de la Buena Fe de las partes.[83]

---

80 Véase en: Gaceta Oficial Nº 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990. Reimpresión por error material.

81 Resaltado nuestro.

82 *Ibíd.*, 10.

83 Diego Thomás Castagnino, «La buena fe…», 308.

6. Ataques al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias

6.1. La regresiva sentencia interlocutoria de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En Venezuela la constitución eleva el arbitraje consagrándolo como parte integral del sistema de justicia e incluso va más allá, al establecer, como vimos, en su artículo 258 el principio pro arbitraje, un mandato constitucional de impulso de este medio alternativo de resolución de conflictos.

Las disposiciones constitucionales afectan positivamente al arbitraje por tales consideraciones, de manera que uno pensaría tras la lectura del texto fundamental que el arbitraje es promovido y respetado.

Y es que, sí apuntaba la jurisprudencia al reconocimiento del arbitraje y respeto de su autonomía e independencia características. Pero, contrariamente a lo que venía estableciéndose, tuvo lugar recientemente, al menos en el momento de elaboración de este estudio, un gran retroceso.

Nos referimos a la sentencia interlocutoria de la Sala Constitucional de 20 de febrero de 2020[84] que pretendía la remisión del expediente de una causa que cursaba por ante un tribunal arbitral.

Y no solo es el mandato de remisión lo que estableció la sentencia sino que, al mismo tiempo, suspendió el procedimiento hasta que: "…se realice un examen con el objeto de determinar una supuesta vulneración del orden público."[85]

En relación a ello se ha pronunciado la doctrina al señalar:

> La Sala Constitucional, que hasta el momento había venido avanzando– en términos generales – sobre la institución del arbitraje en el marco jurídico venezolano, incluso resolviendo algunos de los problemas más comunes en el derecho comparado, ha dado un paso en falso al iniciar el trámite de un avocamiento mediante la sentencia número 42 del 20 de febrero de 2020.[86]

Y es que, como lo analizamos en el punto relativo al fallo del Tribunal Constitucional de España, el orden público puede llegar a convertirse, si se le utiliza a con-

---

[84] SCTSJ, Exp. nº20-0106, de 20 de febrero de 2020.

[85] Idem.

[86] Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, «Arbitraje y Constitución en Venezuela», *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Volumen* I, (2020): 394. https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf

veniencia, en un concepto cajón de sastre, a saber, un continente que admite cualquier contenido.

Extracto del fallo *ut supra* identificado:

> …para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia de posibles violaciones de **orden público** constitucional acá delatados en cuanto algunos "excesos" que habrían llevado a la "desnaturalización" de la función del Tribunal arbitral…[87]

La parte que solicita el avocamiento al TSJ lo hace bajo la premisa de que se violentan gravemente principios constitucionales como el debido proceso y, además, señala el valor estratégico nacional de su actividad económica relacionada con la soberanía alimentaria:

> En sintonía con lo anteriormente expuesto, "otro de los elementos a tomar en cuenta en este caso de especial trascendencia constitucional, lo constituye la circunstancia alrededor de la **clave actividad económica** que desempeña nuestra representada en el estratégico una así llamada soberanía alimentaria.[88]

En este sentido, la única reacción posible ante tal pretensión debe ser el rechazo, pues recordemos que disponemos de un andamiaje normativo constitucional que establece el principio pro arbitraje.

En consecuencia, jamás podría avalarse, y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional Español es particularmente didáctica, que un órgano del poder judicial entre a conocer el fondo del asunto.

Mucho menos a través de la figura del avocamiento que es una facultad de las salas del Tribunal Supremo de Justicia y constituye un medio extraordinario ejercitable solo dentro de la rama judicial no extensible a procedimientos arbitrales.

Así lo contempla la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial Nº 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010)[89] en su capítulo III, artículo 108 al señalar en lo relativo al procedimiento de avocamiento: "… la Sala oficiará al tribunal de instancia…"

Queda claro que solo podrán avocarse las salas al conocimiento de causas que cursen ante tribunales de instancia pertenecientes a esa rama del poder público y no a las que cursan en tribunales arbitrales.

---

87 Resaltado nuestro

88 SCTSJ, Exp. nº20-0106, de 20 de febrero de 2020. 3. Resaltado nuestro.

89 Véase en: Gaceta Oficial Nº 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010.

El avocamiento es entonces, improcedente *ex lege*, pero además lo es por gozar la jurisdicción arbitral de un elevado estándar de independencia respecto de la jurisdicción ordinaria.

Además, es conocido en el foro, y así lo establece la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 43, que contra el laudo solo procede el recurso de nulidad que faculta al tribunal superior para la realización de un análisis externo de carácter meramente procedimental.

De manera que, y así lo reconoce la doctrina: "No existe ningún vínculo jurídico entre la figura del avocamiento y la jurisdicción arbitral."[90]

Este avocamiento fue rechazado enérgicamente por el foro arbitral venezolano:

> Las leyes de arbitraje comercial en todo el mundo autorizan la intervención del Poder Judicial solamente en casos muy puntuales. En ningún caso se autoriza la injerencia de un tribunal ordinario ni la de una sala del Tribunal Supremo de Justicia en la solución del fondo de la cuestión debatida ni a interrumpir su trámite.
>
> Esa precisamente es la característica fundamental del arbitraje, en donde las partes *ab initio*, renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.[91]

Este deseo de avocarse la sala al conocimiento de la causa no es más que la prueba, que también analizamos en el asunto de la sentencia del TCE, de que existe una tendencia que debe ser erradicada: judicializar arbitrajes.

El recurso debió ser declarado inadmisible *in limine litis* por la Sala Constitucional,[92] porque además de ser improcedente por su propia naturaleza, es conocido que la misma sala había sostenido pacíficamente una tendencia favorable al arbitraje.

Además, es importante destacar que dicha sentencia no recaía sobre un laudo propiamente, sino sobre un proyecto de laudo[93] lo que pone de manifiesto nuevamente la irrefutable improcedencia de esta solicitud regresiva, que debió ser rechazada *ab initio* por la sala.

---

[90] «Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un arbitraje comercial». *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº 3. (2020), 144-148. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_144-145.pdf

[91] Asociación Venezolana de Arbitraje. «Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre la tramitación de una solicitud de avocamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un arbitraje comercial institucional nacional». https://derysoc.com/pronunciamiento-de-la-asociacion-venezolana-de-arbitraje-sobre-la-tramitacion-de-una-solicitud-de-avocamiento-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia-en-un-arbitraje-comercial-insti/

[92] Droulers y Torrealba, *Arbitraje y Constitución*…, 396.

[93] Ibíd. 397.

6.2. La reciente sentencia que declara sin lugar la solicitud de avocamiento

Luego de la solicitud de avocamiento se verificó la entrega del expediente por parte del centro de arbitraje y procedió la sala al análisis de su contenido. Ante este despropósito jurídico se consignó un escrito de oposición al avocamiento.

Tal escrito de oposición se fundamentó en principios fundamentales del arbitraje —algunos desarrollados brevemente en puntos anteriores— entre ellos: principio de autonomía de la voluntad, *kompetenz-kompetenz*, la obligación de confidencialidad, y, a nuestro juicio, el colofón: principio de buena fe procesal.

En armonía con la jurisprudencia que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo de Justicia, la solicitud de avocamiento que significaba una gran amenaza para el arbitraje fue declarada sin lugar.

La Sala Constitucional señaló, acertadamente, que: *"No se dan los supuestos para avocar o asumir el conocimiento del avocamiento"*,[94] dejando sin efecto la medida cautelar que había decretado previamente.

Además, ordenó la sala *"el desglose e inmediata remisión del expediente"*[95] al centro de arbitraje. De esta manera, se reafirma la improcedencia del avocamiento contra un proyecto de laudo, cuestión que no tenía sentido alguno.

Todo esto fundamentado en argumentos que hemos expuesto ya en el punto inmediatamente anterior, en consonancia con los pronunciamientos de la Asociación Venezolana de Arbitraje y centros de arbitraje.

Esta sentencia, que desecha la solicitud de avocamiento de febrero de 2020 debe cerrar definitivamente la posibilidad de que una figura intrajudicial como el avocamiento proceda contra la causas de la jurisdicción arbitral.

La jurisdicción arbitral no está subordinada —como indica la sentencia *in commento*— a la jurisdicción ordinaria, la relación que entre ellas existe es de colaboración, asimismo, reconoce la sala que contra el laudo solo procede recurso de nulidad, amparo constitucional y recurso de revisión constitucional.

Incluso, en la doctrina foránea, ya son objeto de enquistadas discusiones la procedencia de amparos y recursos de revisión contra laudos arbitrales, pero ese es un tema que requiere de otro estudio que se comprometa con los argumentos de fondo de quienes sostienen tales tesis.

---

[94] SCTSJ, nº 0151, Exp. nº20-0106 de 30 de abril de 2021.
[95] *Ídem*.

7. Empresario y arbitraje

Entre empresario y arbitraje existe una indisoluble relación, el mundo de los negocios se caracteriza por tener un alto tráfico jurídico en el que inimaginables cantidades de contratos mercantiles son suscritos a cada segundo y son el motor de la actividad económica de las naciones.

El arbitraje es al empresario, lo que los cinceles al escultor, bien podría este dar forma a sus creaciones con otras herramientas o técnicas, pero ninguna dará la precisión de los acabados deseados como lo haría aquel instrumento.

Vaamonde A. lo ratifica de manera contundente al referirse al arbitraje diciendo:

> Con origen natural en el ámbito comercial, fundamentado en nuestra Constitución Nacional, en reconocimiento de los principios de la voluntad de las partes y la libertad de contratación; y, desarrollado por la Ley de Arbitraje Comercial respecto a sus características y procedimiento, el Arbitraje en Venezuela ha conseguido ganarse un lugar preferido y preferente para la resolución de controversias de manera rápida, eficaz y especializada, tanto entre pequeños y grandes empresarios, como entre abogados y profesionales de distintas especialidades.[96]

El ámbito empresarial se caracteriza por su pragmatismo y rápidas decisiones que permitan continuar de la mejor manera posible con el ejercicio de la actividad específica de la industria que se trate.

El arbitraje, como dice Cremades, es también una técnica,[97]disponible para resolver los conflictos de todo aquel que guste emplearla, pero es especialmente importante para el empresario en la disputa de naturaleza comercial.

Lo más importante para el empresario es hallar soluciones seguras, eficaces y templadas que permitan que su actividad comercial patológica sane lo más pronto posible. Para ello el arbitraje es una herramienta más que idónea, sobre todo en Venezuela.

Nos encontramos en una coyuntura política y económica que motiva ahora, más que nunca, al empresario a acudir al arbitraje. Los tribunales pueden tardar meses para resolver una cuestión previa y no están capacitados para dar soluciones adecuadas a las exigencias de la actividad comercial.

---

[96] Adriana Vaamonde, prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010), 3. https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf

[97] Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, Nº 11, 1988. 10.

En el arbitraje está presente con mucha fuerza, como vimos, el principio de autonomía de la voluntad, que permite moldear la solución de la controversia en la forma más beneficiosa y favorable para las partes.

De lo anterior se desprende también la libertad de forma que caracteriza al arbitraje, no así en la jurisdicción ordinaria en muchos casos desbordada de dilaciones indebidas, formalismos innecesarios y reposiciones inútiles, contrariamente a lo establecido en la constitución.

Así, el empresario, cuando se compromete en árbitros está consciente de que suscribe un riesgo, pero, ¿acaso no es ese el quehacer diario en los negocios?

Es por ello que, lejos de conformarse con la regulación vigente, muchas veces vetusta, prefiere hacer uso de la variedad de alternativas que ofrece la jurisdicción arbitral. Como bien dice Cremades, el arbitraje permite al empresario decidir:

> ¿Qué tipo de procedimiento arbitral quiere en caso de conflicto?, ¿Desea someter el eventual arbitraje a la fórmula artesanal de unas concretas y determinadas personas que le merecen su confianza o, por el contrario, pretende dar mayor estabilidad a la solución de los conflictos? En segundo lugar, las partes pueden establecer el lugar donde vaya a desarrollarse el procedimiento arbitral. Si así lo desean, pueden seleccionar también la lengua en la cual vaya a dilucidarse la contienda. Una cláusula muy recomendable en todo tipo de contratos comerciales internacionales es la relativa a la opción sobre la ley aplicable, con eficacia práctica a la hora de decidir el conflicto.[98]

Pero para incorporar una visión internacional del asunto el mismo autor ofrece una ilustrativa estadística que nos permitiremos citar a continuación por el soporte que da a nuestra lógica argumentativa:

> La anatomía y posteriormente la fisiología del proceso arbitral no puede olvidar su patología. Es decir, aquellos casos extraordinarios en los cuales los empresarios que aceptaron en su día someterse a arbitraje no cumplen con su compromiso. Y digo que se trata de casos excepcionales pues, gracias a Dios, las estadísticas de un conocido centro de arbitraje mundial como es el de la Cámara de Comercio Internacional, indican que sólo el 10% de las sentencias dictadas en su marco exigen de la intervención judicial para su ulterior ejecución. El 90% de las mismas son cumplidas de común acuerdo por las partes sin necesidad de intervención judicial; ello refleja algo muy importante en el mundo de los negocios como es el hecho de que los empresarios dan un alto valor a sus compromisos y, en concreto, al que supone someter sus actuales o eventuales conflictos a la solución de un tercero, cuya decisión acatan de antemano.[99]

---

[98] *Ibíd.* 11.

[99] *Ibíd*. 13.

En el ámbito comercial internacional, el respeto de los compromisos por parte del sector empresarial se deja ver, con las autorizadas cifras de la Cámara de Comercio Internacional.

Venezuela cuenta con un potencial que debe ser explotado, grandes juristas y preparados empresarios que ya están llevando sus conflictos ante las cámaras de comercio y centros de arbitraje, y que también, se ven enormemente afectados por casos como los de la solicitud de avocamiento.

CONCLUSIONES

El arbitraje se proyecta en las sociedades más avanzadas como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que refleja el alto nivel de respeto de los derechos individuales, permitiendo a los particulares comprometer en árbitros aquellas controversias que versan sobre derechos disponibles.

Como analizamos, la importancia del principio de autonomía de la voluntad es cardinal por cuanto, es en virtud de ella, que los individuos se rigen a sí mismos, se autodeterminan, siempre respetando los límites que impone la ley.

Debemos entonces, ser promotores de una cultura de respeto hacia el arbitraje como se ha venido haciendo los últimos años y rechazar categóricamente injerencias indebidas de la jurisdicción ordinaria.

El poder judicial venezolano carece de independencia, se encuentra conducido por móviles políticos, se verifica dentro de él, un constante activismo judicial y es notorio que la separación de poderes dejó de existir materialmente, confinándose a las formas establecidas por la constitución y las leyes.

Esperamos que en un momento posterior de la historia venezolana se tomen las enriquecedoras experiencias foráneas como la española para delimitar el alcance que tienen las intervenciones de los tribunales ordinarios en las causas que cursan ante los centros de arbitraje.

Lo anterior en el sentido de que se consolide jurisprudencia pro arbitraje, que permita seguir manteniendo la confianza en este mecanismo y su autonomía. Que no sea el arbitraje objeto de ataques y puestas en peligro sino de promoción y fomento por parte del estado.

Abandonar definitivamente la tendencia de analizar laudos bajo la óptica judicial, no aplicando los mismos cánones de control sino, más bien, reconocer la naturaleza distinta de los análisis que recaen sobre laudos arbitrales, diferentes, claro está, de los exámenes de sentencias judiciales.

Véase la magnitud de los importantes avances que se verifican en otras latitudes. España por ejemplo, no goza de una constitucionalización del arbitraje como la que existe en nuestro ordenamiento.

Queda claro cuando afirman investigadores españoles en revistas internacionales cosas como que: "Infelizmente, la actual Constitución española de 1978, vigente hoy día, no hace mención explícita ni implícita al arbitraje."[100]

En lugar de destruir al arbitraje, debemos apostar a su consolidación definitiva, a que cada día sea un medio más conocido por los profesionales del derecho. Tenemos las bases constitucionales y legales para hacerlo y, con certeza, llegará un momento donde serán aprovechadas al máximo.

Deben crearse y solidificarse las condiciones necesarias para que los particulares se sigan animando a comprometer en árbitros con la certeza de que no serán objeto de desmanes como los que se cometen actualmente en la jurisdicción ordinaria.

Y también con la seguridad de que ninguna sala del Tribunal Supremo de Justicia se avocará al conocimiento de sus causas porque se entiende y queda más que claro que no es una figura procedente por ninguna vía legal.

Tengamos en cuenta igualmente, que toda vez que se atente contra el arbitraje se está atentando también contra la libertad, la actividad comercial y el empresario, la relación entre ellos es innegable y lo que afecte a uno indudablemente tendrá repercusiones en el otro.

El arbitraje ha llegado para quedarse, en él está el futuro, es uno de los reductos donde todavía podemos hallar justicia, congruencia y buen derecho. Por ello, debemos defenderlo a capa y espada cada vez que se arremeta en su contra.

BIBLIOGRAFÍA

Araque Benzo, Luis Alfredo, *El ABC del arbitraje comercial*, Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010. Disponible en https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf

Aarons P., Fred, «La digitalización en el arbitraje y las cortes en la búsqueda de justicia en tiempos de pandemia», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. Nº3, Caracas, (2020): 15-36. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_15-36.pdf

[100] Elena Gutiérrez García de Cortázar, «Arbitraje y Constitución: España». *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Volumen I,* (2020), 211. https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf

Asociación Venezolana de Arbitraje, «Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre la tramitación de una solicitud de avocamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un arbitraje comercial institucional nacional». Pronunciamiento, Caracas, 29 de marzo de 2020. https://derysoc.com/pronunciamiento-de-la-asociacion-venezolana-de-arbitraje-sobre-la-tramitacion-de-una-solicitud-de-avocamiento-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia-en-un-arbitraje-comercial-insti/

Badell, Álvaro. «Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. Nº2, Caracas, (2020): 28-31. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf

Badell Madrid, Álvaro «Reacción o relación poder judicial y arbitraje», *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Nº 2, (2019): 18-19. Disponible en: http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/Alvaro-Badell.-Poder-Judicial-y-arbitraje.pdf

Brewer-Carías, Allan Randolph, *Historia Constitucional de Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana – Fundación de Derecho Público, 2013. Disponible en http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf

Brice, Ángel Francisco «El código de procedimiento judicial de 1836 y su repercusión en el procedimiento vigente», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 1-2, (1936): 60-64. Disponible en http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1936/BolACPS_1936_1_1_2_60-66.pdf

Cárdenas Krenz, Ronald. «Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: Vox Iuris*, Nº 29, (2015): 103-131. Disponible en https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/88/78

Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aíres: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

Carrillo Batalla, Tomás Enrique ed., Leyes y decretos de Venezuela 1830-1840, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1982), Disponible en https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-01-1830-1840.pdf

Castagnino, Diego Thomás. «La buena fe en el arbitraje comercial venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 73, (2018-2019): 289-312. ISSN: 0255-5328

Corsi, Luis. «Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 7, (2001): 3-48.

Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*, (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Ingeniería), 2018. Disponible en https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf

Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, Nº 11, (1988): 10-14. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10735/11224

De Freitas, Edilia. «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 1, (2003): 37-119. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_37-181.pdf

Delgado, Francisco. *Chavismo y derecho,* Caracas: Editorial Galipán, 2017.

Domínguez Guillen, María Candelaria. «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 7, (2001): 49-312.

Domínguez Guillen, María Candelaria. «Buena fe y relación obligatoria», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 11, (2018): 20. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-17-80.pdf

Domínguez Guillen, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*, Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017.

Droulers, Diana y Torrealba, José Gregorio. «Arbitraje y Constitución en Venezuela», *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen I, (2020): 374-393. Disponible en https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf

Durán, Juan Guillermo. «Reflexiones sobre la buena fe en el derecho», *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Nº2, (1988): 58-65. ISSN 0120-8942.

Escovar León, Ramón. «Interpretación del acuerdo de arbitraje», *Revista Comité de Arbitraje*, Nº 1, (2010-2011): 7-12. Disponible en https://cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje1.pdf

Eyzaguirre Baeza, Cristóbal y Rodríguez Diez, Javier. «Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 21, (2013): 137-216. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n21/art05.pdf

Gutiérrez García de Cortázar, Elena. «Arbitraje y Constitución: España». *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen I, (2020): 211-235. https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf

Hernández-Bretón, Eugenio. *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental. Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Ed. Por Irene Varela, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

Hung Vaillant, Francisco. *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001.

Madrid Martínez, Claudia. «Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº 2, (2020): 18-20. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_18-20.pdf

Palacios Márquez, Leonardo. «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2020): 191-196. Disponible en https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf

«Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un arbitraje comercial». *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº 3, (2020): 144-148. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_144-145.pdf

Rengel Núñez, Pedro, «La motivación del laudo arbitral», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº1, (2018). Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_03.pdf

Romero-Muci, Humberto. «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (2020): 185-189. Disponible en https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf

Sanquírico Pittevil, Fernando, «Orden público adjetivo y arbitraje», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 3, (2019): 327-347. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/3/RVDM_2019_3_327-347.pdf

María Luisa Tosta, «Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Nº 56, (1975): 101-165. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/56/rucv_1975_55_101-165.pdf

Vaamonde, Adriana. Prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010. Disponible en https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Bogotá: Editorial Temis, 1984.

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (06) de octubre de 2020

TEMÁTICA DE LA REVISTA

La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, invita a participar a profesionales en distintas áreas del saber dedicados al estudio y desarrollo del Derecho Mercantil y disciplinas relacionadas con las manifestaciones de la empresa.

Las convocatorias a colaborar en sus números estarán enfocadas en temas que aborden asuntos relacionados con la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil, así como otras áreas del saber jurídico que a juicio del Comité Editorial guarden estrecha relación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto.
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aún cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Comité Editorial.
- **Fuente:** Times New Roman.
- **Tamaño de la fuente:**
    - Inter títulos 14.
    - Subtítulos 13.
    - Cuerpo de texto del artículo 12.
    - Citas largas: 10.
    - Pie de página: 8.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Superior: 4 cm, inferior: 3 cm, izquierda: 3 cm, derecho: 3 cm.

- **Sangría:** En Sangría > Especial, seleccione Sangría de primera línea y luego escriba: 1 cm.
- **Espaciado:** En Espaciado, seleccione 0 como valor para Anterior y Posterior y, en Interlineado, seleccione Sencillo.
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3…). Los subtítulos, en letras cursivas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%,, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3…), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte (texto justificado) con sangría izquierda 1 cm y derecho 1 cm y con interlineado 1.0. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 8 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo Chicago "sistema de notas y bibliografía" se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Descarga el manual haciendo clic aquí).
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
- **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración: Vaya a la pestaña Archivo y haga clic en Opciones, en Avanzadas, busque tamaño y calidad de la imagen, marque la opción No comprimir las imágenes del archivo. Adicional debe enviar como archivo adjunto las imágenes utilizadas en su formato y tamaño original.
- **Saltos de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.
- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.

- **Estilo:** Importante destacar:
    - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
    - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras claves:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano
- **Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en inglés de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en inglés.

Segunda página incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (solo en castellano).
- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.

De seguida:

- **Introducción,**
- **Desarrollo del artículo,**
- **Conclusiones** y
- **Bibliografía:** listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).

  Los títulos de: sumario, Introducción, conclusión y bibliografía, debe estar en mayúsculas y negritas, tamaño de letra 12.

- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en la temática de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil de SOVEDEM, los autores afirman que:
  - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
  - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
  - El o los autores liberan expresamente a SOVEDEM, de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
  - Por el hecho de enviar su obra a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, el o los autores autorizan a SOVEDEM para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:
    - Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de SOVEDEM o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que SOVEDEM decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
    - La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a SOVEDEM, de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.

- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a SOVEDEM.
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de SOVEDEM, tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como a su Código de Ética.
- SOVEDEM, no está en obligación de publicar en su revista ningún trabajo recibido.
- SOVEDEM no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de SOVEDEM.
- **Selección previa de los artículos:** al recibir cada uno de los manuscritos el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, realizará una selección de los artículos que se ajusten a la temática y que hayan sido presentado conforme a las normas de forma, sin prejuzgar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.
- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores po-

drán saber quién es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.

- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.

SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

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

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

www.sovedem.com @sovedem @sovedem_ac