

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462
Vol. 16, Núm. 1 Enero - Junio 2022

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad Rafael Urdaneta
Maracaibo, Venezuela



Universidad Rafael Urdaneta

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta.

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Universidad Rafael Urdaneta

Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago,

Maracaibo, Venezuela. Teléf. (58) (261) - 2000887, Fax (58)(261) 2000868.

Web: <https://uru.edu>

2022© Los Autores.

De esta edición: Universidad Rafael Urdaneta, Fondo Editorial Biblioteca.

Maracaibo, Venezuela.

Diseño y maquetación: Mibsay Contreras

Revisión de traducción de abstract: Manuela Paola Rodríguez Boscán.



Web Cuestiones Jurídicas: <http://ojs.uru.edu/ojs/index.php/cj>

Web de Revista Arbitradas URU: <http://ojs.uru.edu/ojs/index.php/index>

Teléfono: (58) (261) - 2000892.

Correo Electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu



Los contenidos están bajo una licencia ***Creative Commons Atribución 4.0 Internacional***. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de ***Cuestiones Jurídicas: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta***, se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta
ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Comité Editorial

Dra. Ana Viloria
Mgs. Mariaeugenia Mas y Rubí
Mgs. José Alexy Farias

Dr. Alberto Jurado
Dr. Juan Berrios
Dr. Ronald Chacín

Dra. Innes Faría
Editora-Jefe

Esp. Hosglas Sanchez
Editora asociada

Comité de Asesores

Dra. Marisela Párraga de Esparza
Dr. Victor Hernández Mendible
Dr. Jesús María Casal
Dra. Fabiola Tavares

Mgs. Anabella del Moral
Dr. José Manuel Guanipa
Dr. Wilmer Carmona

Cuestiones Jurídicas es un instrumento de divulgación científica adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. Es una revista arbitrada con periodicidad semestral, contentiva de artículos científicos originales no publicados en el área de las ciencias jurídicas y otras disciplinas directamente relacionadas con éstas, de autoría individual o colectiva, que cumplan con las normas de publicación. Al mismo tiempo cuenta con una sección que reseña la legislación y jurisprudencia más reciente y de mayor trascendencia en el mundo jurídico, con los comentarios respectivos, provenientes de especialistas en la materia.

La correspondencia debe ser enviada a: Editora Jefe, *Cuestiones Jurídicas*.

Dirección: Universidad Rafael Urdaneta, Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago, Maracaibo, Venezuela.

Tlfnos. (58) (261) - 2000URU (878), Fax (58)(261) 2000843

Correo electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu

Cuestiones Jurídicas se encuentra indizada en el Índice y Biblioteca Electrónica de Revistas Venezolanas de Ciencia y Tecnología REVENCYT (Código RVC021), y en Latindex.

Universidad Rafael Urdaneta

Dr. Jesús Esparza Bracho, Rector
Ing. Maulio Rodríguez, Vicerrector Académico
Ing. Salvador Conde, Secretario

Econ. Alfredo León
Decano de la Facultad de Ciencias Políticas,
Administrativas y Sociales

Dra. Tania Méndez de Alemán
Directora de la Escuela de Derecho

Contenido

Doctrinas

Cuenta corriente bancaria: acto de administración o disposición de las sociedades mercantiles.

Bank current account: act of administration or disposition of the mercantile companies.

Adelso José Rincón Romero y Carol Vanessa Nava Delgado.

8

Artículos en Ciencias Jurídicas

Responsabilidad contractual producto de las cláusulas Free Alongside Ship.

Contractual liability arising from Free Alongside Ship clauses.

Alvaro Diaz y Paul Esis.

19

Digitalización de la Justicia Civil en Venezuela en Tiempos de Pandemia.

Digitization of Civil Justice in Venezuela in Pandemic Times.

Ana Valle y Marianela Lobo

27

Validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares.

Validity of future marriage clauses in family protocols.

Virginia Mottola y Ángel Niño

37

El negocio jurídico de elección de tramitación procesal.

The legal business of choosing procedural procedures.

Mariana Gissel Piña y Javier Sosa

48

Cuenta corriente bancaria: acto de administración o disposición de las sociedades mercantiles¹

Adelso José Rincón Romero²

Carol Vanessa Nava Delgado³

Resumen

La presente investigación tuvo como objeto principal, analizar qué tipo de acto (administración o disposición) representa, para las sociedades mercantiles, la movilización de las cuentas bancarias dentro de las instituciones bancarias. Se refiere a una investigación de tipo jurídico-descriptiva, cuyo diseño fue documental y la técnica de recolección de datos que se utilizó fue la observación documental, donde se logró determinar que al presentarse frente a una institución financiera la disyuntiva de qué tipo de acto representa para una sociedad mercantil la movilización de una cuenta bancaria, se debe indagar cual será el uso que tendrá la cuenta, a los efectos de determinar qué tipo de acto representa si (administración o disposición) y establecer entonces a quien le corresponde su movilización.

Palabras Clave: Cuentas bancarias, sociedades mercantiles, actos de administración de sociedades mercantiles, actos de disposición de sociedades mercantiles.

Bank current account: act of administration or disposition of the mercantile companies.

Abstract

The present investigation had as principal object, analyze what type of act (administration or disposition) represents, for the mercantile companies, the mobilization of bank accounts inside the bank institutions. Of the same way it was of type juridical - descriptive, whose design was documentary and the technique of compilation of information that was in use it was the documentary observation. Where it achieved to determine that a having appeared opposite to a financial institution the dilemma of what type of act it represents for a mercantile company the mobilization of a bank account, there must investigate which will be the use that the same one will have, to the effects of determining what type of act it represents if (administration or disposition) and establishes then who his mobilization corresponds.

Key words: Bank accounts, mercantile companies, acts of administration of mercantile companies, acts of disposition of mercantile companies.

¹Recibido: 12-01-2022

Aceptado: 17/02/2022

Este artículo es derivado del Trabajo de Ascenso, titulado: "Cuenta Corriente Bancaria: Acto de Administración o Disposición de las Sociedades Mercantiles" en la Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela.

²Abogado. Doctor en Ciencias gerenciales. Profesor de la Universidad Rafael Urdaneta y de la Universidad del Zulia. Correo electrónico: adelsorinconromero@gmail.com

³Abogada. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: carolnavade@gmail.com

Introducción

Los fenómenos asociativos se manifiestan en los más diversos órdenes de la actividad cultural, social, político, religioso, económico, entre otros. Las formas asociativas, por su parte, son escogidas conforme a la aptitud de su estructura organizativa para adaptarse a los propósitos perseguidos por los componentes del grupo. En el campo de la economía, la producción y la distribución de bienes y servicios se lleva a cabo a través de las empresas, cuyas dimensiones varían enormemente, aunque las mismas coinciden en la herramienta jurídica que utilizan en la vestidura formal que adoptan, que no es otra que la sociedad.

De esta forma, la sociedad mercantil es parte esencial de los esquemas de organización del mundo capitalista. De hecho, según el artículo 1649 del Código Civil Venezolano vigente, la sociedad “es un contrato por el cual dos o más personas convienen en contribuir cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común”; y como contrato, debe reunir los elementos esenciales previstos en el artículo 1141 del Código Civil, es decir, debe existir el consentimiento de las partes, objeto que pueda ser materia de contrato y causa lícita.

Igualmente, Barboza (1995), ubicó al contrato de sociedad en el ámbito de los contratos plurilaterales, la sociedad contiene, además como requisitos esenciales, el aporte, la realización de un fin económico en común; la división de las utilidades o los beneficios, y participación en las pérdidas. En este orden de ideas, la propia ley obliga, en diferentes ocasiones, a utilizar la forma social para el desarrollo de actividades económicas. A este respecto, Morles (1998:42) dijo que “La sociedad es igualmente una técnica eficaz para moderar el principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio; prolongar cómodamente la comunidad; o preparar una transmisión sucesoral”.

De esta manera, el mencionado autor señaló que la sociedad puede ser examinada desde tres puntos de vista diferentes: desde la perspectiva de persona jurídica; desde el ángulo de figura contractual (especialmente en su fase inicial); y en su aspecto de institución o de relación. Sin embargo, esta investigación se dirige en la figura de la persona jurídica, con respecto a la cual Broseta plantea lo siguiente: “es la persona física de naturaleza privada que en nombre propio, por sí o por medio de otros realiza para el mercado una actividad comercial industrial o de servicios, el empresario mercantil, así definido, queda sometido a un estatuto jurídico-especial, exclusivo para él, precisamente por poseer las dos circunstancias señaladas: explotar en nombre propio una actividad económica comercial, industrial o de servicios”. (Broseta,1994: 96).

De esta forma, Barboza (1995), expresó que en un contrato de sociedad mercantil se pueden apreciar tres clases de aportes: a) aportes de dinero, que equivale a la entrega en numerario que hace el socio para la integración del fondo social; b) el aporte en especie, comprendiendo la transmisión en propiedad o el uso de toda clase de inmuebles: muebles corporales, créditos, fondos de comercio, entre otros; y c) el aporte en industria, que consiste en la obligación que tiene el socio de realizar una determinada actividad personal para la sociedad, situación que solo procede en una sociedad de personas, ya que en las sociedades de capital este aporte se debe cuantificar económicamente.

En este sentido, dentro del contrato mercantil se definen las diversas funciones de los miembros de la sociedad, que los hace capaces de realizar actos jurídicos, titulares de un patrimonio responsable frente a terceros, de las consecuencias de su actividad jurídica, entre estos, destacan los actos de administración y los actos de disposición. En el acto de administración solo se transfiere la tenencia, el uso, más no el dominio o la disposición del bien.

Por otro lado, una cuenta corriente, “Corresponde a un contrato específico que es aquel en el cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, producen estos últimos mediante la utilización del título-valor denominado cheque. Es en la utilización de este típico instrumento a cargo de los bancos y el análisis de sus funciones peculiares, al permitir al cuentacorrentista mantener las ventajas del depósito custodiado por un banco, y al mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero”. (Rodríguez, 2004: 97).

Sin embargo, en la actualidad son diferentes los mecanismos que permiten la movilización de una cuenta corriente bancaria, entre estos, los medios electrónicos, como la banca electrónica y la banca en línea, situación que de alguna manera ha incidido en el desuso del cheque como título valor pese a que en nuestro ordenamiento jurídico sus disposiciones siguen incólumes. A este respecto, resulta interesante destacar el papel que juegan las cuentas corrientes bancarias como medios receptores de pago, ya que la mayoría de las personas jurídicas solo las utilizan para recibir pagos o liquidaciones de punto de venta.

En consecuencia, se puede inferir que las cuentas corrientes son herramientas de gran utilidad para las sociedades mercantiles, donde los miembros del directorio (junta directiva) pueden emplearla individual o colectivamente, según lo establezca el documento constitutivo o posteriores asambleas de dicha sociedad.

De esta manera, a lo largo de la vida comercial se han constituido vínculos entre las personas para ejecutar actos de comercio; así como, determinados sujetos de derecho se unen para realizar un fin económico común. Ahora bien, surge la necesidad de regular jurídicamente este tipo de relaciones. En el ordenamiento jurídico venezolano mercantil, se encuentran reguladas por el Código de Comercio, donde la persona natural que haga del comercio su profesión habitual, es un comerciante y de igual manera lo son las sociedades mercantiles; todo esto por medio de parámetros y formalidades establecidas.

Con la evolución de las actividades comerciales, los bancos y las cuentas bancarias han sido herramientas aprovechadas por las sociedades mercantiles para la ejecución de sus actividades.

Así, muchas veces, dependiendo la forma de ejecución (conjunta o separada) el tipo de acto del que se trate, valdría la pena preguntarse qué tipo de acto (administración o disposición) representa la movilización de una cuenta bancaria, es por ello, que se desarrolló la presente investigación a los efectos de dilucidar la problemática expresada y estudiar sus distintas perspectivas.

Así las cosas, por el hecho de que las sociedades de comercio por sí no pueden ejecutar sus actividades, en ocasiones surge una problemática, toda vez que muchas veces no se especifica claramente quienes serán los encargados de representar a la sociedad frente a la referida institución financiera, lo que ocasiona que al momento de movilizar una cuenta bancaria se presente el inconveniente de saber si el “representante” que está realizando la movilización por parte de la sociedad, está verdaderamente facultado para realizar tal operación.

Los fundamentos legales de la presente investigación se encuentran sustentados principalmente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en el artículo 308 de la carta magna, el cual expresa la protección que brinda el Estado venezolano a las distintas formas de asociación; aunque dicha protección sea mayor para las formas de asociación comunitaria, por la propia forma de Estado Venezolano y los principios fundamentales de la constitución, sin embargo, el artículo antes referido expresa que dicha tutela se extiende a todas las formas de asociación cuyo fin sea fortalecer el desarrollo económico del País, por lo cual evidentemente la misma comprende también a las sociedades mercantiles.

De igual manera los artículos 209 y 210, del código de comercio venezolano, contienen elementos de gran importancia legal para este estudio, ya que en ambos se establecen cuestiones de oportunidad (momento), en el cual los socios deben hacer entrega de sus correspondientes aportes, así como las ventajas y desventajas de entregarlos en el momento preciso.

De la misma forma, se fundamenta dentro del código de Comercio Venezolano en sus artículos 211, 212, 213 y 215, ya que estos preceptos jurídicos contienen supuestos de hecho relacionados con los aspectos de forma que se deben cumplir para la validez y eficacia del contrato de sociedad, lo que representa que de su cumplimiento dependerá la existencia o no de la sociedad como persona jurídica. De igual manera, se fundamenta en los artículos 217 y 221 del mencionado código los cuales establecen que todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto la continuación de la compañía después de expirado su término; u otras operaciones que afecten su razón social estarán sujetos al registro y publicación para que estos tengan efectos frente a terceros.

Finalmente se sustenta en el artículo 242, del Código de Comercio, el cual expresa que la compañía anónima es administrada por uno o más administradores temporales, revocables, socios o no socios, a los cuales les corresponderá la ejecución de los actos que le sean designados a través de los estatutos sociales y/o posteriores asambleas. Es por ello, que el presente estudio tuvo como finalidad: analizar qué tipo de acto -administración o disposición- representa, para las sociedades mercantiles, la movilización de cuentas bancarias dentro de las instituciones financieras.

1. Los actos de administración y disposición de las sociedades mercantiles.

Entendiéndose que la principal fuente de información de este estudio está representada en las teorías escritas sobre sociedades mercantiles y movilización de cuentas bancarias, a continuación, se exponen diferentes autores, aunado a los aportes que los mismos han realizado, al respecto de cada variable.

1.1. La sociedad como contrato.

Una sociedad es considerada como un grupo de personas organizadas y asociadas con algún propósito, señala el artículo 1649 del Código Civil que la sociedad “es un contrato por el cual dos o más personas convienen en contribuir cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común”.

Por su parte, Barboza (1998) indicó, que como contrato, debe reunir los elementos esenciales previstos en el artículo 1141 del Código Civil, es decir, debe existir el consentimiento de las partes, objeto que pueda ser materia de contrato y causa lícita, y ubicado el contrato de sociedad en el ámbito de los contratos plurilaterales, la sociedad contiene además como requisitos esenciales, el aporte, la realización de un fin económico en común; la división de las utilidades o los beneficios, y participación en las pérdidas. El aporte que representa la formación del fondo social, es un presupuesto necesario para la constitución de la sociedad. El fondo o capital social se constituye mediante los aportes de los socios. Lo cual según el mismo autor representa que no existe contrato de sociedad, si los socios no aportan, y tampoco pueden adquirir la condición de tales sin el aporte. El aporte puede consistir en bienes o servicios, susceptibles de valoración económica.

Por lo tanto, el aporte, no significa la consignación del bien o la prestación efectiva del servicio, sino simplemente la asunción por parte del socio, de la obligación de dar o de hacer; ya que desde el momento mismo en que se contrae la obligación en el respectivo documento social, la sociedad se constituye en acreedora, y en consecuencia, los bienes aportados por los socios se hacen propiedad de la compañía, salvo pacto contrario (artículo 208 Código de Comercio).

De tal manera, que se pueden apreciar tres clases de aportes según señaló Barboza (1998): aportes en dinero; aporte en especie y aporte en industria. El primero equivale a la entrega en numerario que hace el socio para la integración de fondo social. El segundo, comprende la transmisión en propiedad o el uso de toda clase de bienes: inmuebles, muebles corporales, créditos, fondos de comercio, acciones, patentes de invención, marcas, dibujos, propiedad literaria, concesiones administrativas cesibles, entre otros. Y el tercero, que no es otra cosa sino un aporte de servicios, consiste en la obligación de realizar el socio una determinada actividad personal para la sociedad, sin adquirir por tal razón la condición de trabajador.

Igualmente, en todos los casos señalados, según afirmó Barboza (1998), el socio garantiza a la compañía, no sólo la existencia de la cosa o del derecho, sino también el saneamiento legal, por lo que responderá por vicios ocultos o casos de evicción. Todo aporte debe tener un valor económico, y con base en el mismo es que se determina el monto de lo aportado por el socio. La estimación económica es el valor que tenga la cosa para el momento en que se procede a su aportación. Lo cual puede llevarse a cabo, mediante convenimientos entre los administradores o promotores de la sociedad y el socio, y en su defecto, por lo que establezcan los peritos nombrados al efecto.

En este sentido Morles (1998), afirmó que la realización de un fin económico común constituye el segundo elemento esencial del contrato de sociedad. No se concibe una sociedad mercantil si no tiene por finalidad ejercer una determinada actividad económica en común de manera colectiva, mediante la participación directa o indirecta de todos los socios para alcanzar los objetivos económicos propuestos.

Es por esta razón, que no se concibe la celebración de un contrato de sociedad para el desarrollo de una actividad cultural, política, religiosa o asistencial. La división de los beneficios y la participación en las pérdidas, se corresponde únicamente a las sociedades lucrativas, en las cuales se persigue la obtención de una ganancia que tiene que ser distribuida entre todos los socios, proporcionalmente al aporte de cada uno en el fondo social, si en el contrato no se ha determinado la parte de cada socio en los beneficios o en las pérdidas (artículo 1662 Código Civil).

De allí que es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. Por lo tanto, no son sociedades aquellos contratos en virtud de los cuales, los resultados de la actividad desarrollada se devuelven a otras personas distintas de la de los socios, o aquellos que si bien proponiéndose a la realización de un fin económico en común el resultado del mismo no se divide entre los socios.

1.2. La sociedad mercantil como sujeto de derecho.

Según señaló López (2006), en Venezuela la personalidad de las sociedades mercantiles se ha calculado sobre la de las personas físicas. La Sociedad tiene un nombre, un domicilio, una nacionalidad, una capacidad. Como todo, no debe olvidarse la diferencia fundamental que separa la personalidad de las sociedades de la de los individuos. La Sociedad no tiene alma; no conoce sentimientos afectivos, se mueve únicamente por el interés; tiene una sola finalidad, la obtención de beneficios.

En este sentido según, Barboza (1998), el contrato de sociedad una vez perfeccionado puede motivar el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, ya que se debe tener presente que la sociedad no es solamente un contrato, sino un contrato que puede producir una persona jurídica. Pero para ello, se requiere el cumplimiento del procedimiento (formalidades) que para tal fin señala la ley. Y tiene que ser así, ya que la sociedad, al mantenerse simplemente como contrato, sólo tendría efecto entre las partes contratantes.

Morles (1998) señaló que el procedimiento para que un contrato de sociedad se convierta en persona jurídica, se encuentra establecido en el Código Civil y de Comercio, en sus artículos 1.651 y 219, respectivamente los cuales, establecen: que las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo una serie de formalidades exigidas tanto por el Código de Comercio, como por el Código Civil.

En consecuencia, cuando no se cumplan, la sociedad no se tendrá por legalmente constituida y los socios fundadores, los administradores, entre otros, se responsabilizan de manera personal por sus operaciones. Y ciertamente, al responsabilizarse de manera personal y solidaria es porque todavía el legislador no le ha reconocido su personalidad jurídica.

En este sentido, tiene que quedar expresamente aclarado, que hablar de sociedad no significa expresar una persona jurídica, sino simplemente entender que se trata de un acuerdo plurilateral asociativo de base económica. Porque es fácil caer en el error de considerar la expresión sociedades como sinónimo de persona jurídica. Y esto no será nunca hasta tanto no se tengan cumplidas las bases legales que puedan permitir tal afirmación. Una vez que estas bases estén dadas sí se podría hablar de Sociedad como sinónimo de sujeto de derecho. Hasta tanto ello no ocurra tendremos la obligación de tener el cuidado de expresarnos con propiedad.

De la revisión bibliográfica de diversos autores, se encontró que la distinción entre actos de administración y actos de disposición no ha sido abordada de manera específica por la legislación venezolana. De manera que el legislador únicamente se ha limitado a hacer múltiples aplicaciones de la noción de acto de administración oponiéndola en la mayoría de los casos al acto de disposición, criterio que ha sido común en múltiples ordenamientos

jurídicos, como, por ejemplo: El Mexicano, por citar alguno, donde únicamente se ha abordado la noción de acto de administración y acto de disposición para definir la situación del incapaz o de sus representantes.

En tal sentido afirmó Bonnacase (2000), que el legislador mexicano comienza por enumerar los actos concretos que puede realizar el menor emancipado, y establece como regla general que solamente puede realizar actos de administración, es decir, aquellos relativos a los productos de los bienes, y que no comprometen el porvenir de los mismos, por lo que para evitar dificultades respecto a esta distinción el legislador mexicano hace una enumeración de actos que pueden ser ejecutados por los menores emancipados.

Los cuales podrán celebrar arrendamientos cuya duración no exceda de nueve años, recibir sus rentas, entre otros. Así, el menor emancipado no puede ejercitar una acción inmobiliaria, o recibir un capital, ni celebrar contratos de mutuo, ni enajenar, sin el cumplimiento de ciertas formalidades, ya que estos se enmarcan dentro de los actos de disposición.

1.3. Movilización de cuentas bancarias como acto de administración o disposición.

Luego de todo el análisis desarrollado y a sabiendas que la presente investigación pretende encuadrar la movilización de una cuenta bancaria dentro de un acto de administración o de disposición cuando en el acta constitutiva y/o posteriores asambleas de accionistas no se exprese a qué representante de la junta directiva le corresponde tal facultad.

Se puede aseverar, que este tipo de situaciones seguirá presentándose en la práctica, por lo cual, las instituciones bancarias deben contar con una serie de supuestos a ser aplicados cuando en el acta no se confiera expresamente la facultad de movilizar una cuenta a ningún representante de la junta directiva, o se confiera calificándolas como actos de administración o disposición sin especificar dentro a qué categoría corresponde la respectiva movilización, por tal razón, se sugieren los siguientes parámetros que pueden ser considerados por los bancos frente al supuesto supra señalado:

1.3.1- Aplicar la analogía, respecto el resto de las atribuciones conferidas por los accionistas a los representantes de la junta directiva, ya que esto permitirá determinar el nivel de confianza que tengan los primeros respecto a los segundos.

En este sentido, según Bobbio (1938), entiende que el razonamiento por analogía es “aquella operación llevada a cabo por los intérpretes del derecho, mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso y para una materia similar”. Agrega que para que los términos puedan considerarse similares es necesario que tengan una o más propiedades en común. Es uno de los métodos que permiten al juez salir del estancamiento provocado por la laguna y decir el derecho, y tiene como presupuestos tanto la imposibilidad del legislador de prever todos los casos posibles, como que ningún caso puede quedar sin solución.

Constituye un instrumento importantísimo utilizado por los juristas para la ampliación interna de un sistema legislativo. La analogía jurídica representa en realidad un doble papel en la interpretación de la ley.

A.- Como procedimiento para construir partes que falten de una norma y para ampliar el alcance de las leyes a casos no incluidos en ella (analogía legis o analogía de la ley), teniendo como base un precepto particular.

B.- Como procedimiento para explicitar toda la norma general en que debe subsumirse un determinado caso no previsto (analogía *juris* o analogía del derecho).

Se basa en una pluralidad de disposiciones particulares. Por medio de un procedimiento inductivo, desarrolla principios generales y los aplica a los casos que no caen bajo ninguna de las prescripciones legales. La analogía presupone la unidad y coherencia del orden jurídico, y la tarea de la jurisprudencia es la reconstrucción del sistema, utilizando la experiencia jurídica y la dogmática, teniendo en cuenta que ese camino puede seguirse a través de los casos similares o materias análogas. Pero también remontándose a los principios generales del derecho (analogía *iuris*). Representa de esta forma la solución al problema de las lagunas y provee a la integración del orden jurídico.

Requisitos de aplicación.-

A.- Que el caso no haya sido previsto por el legislador, en este caso, que no esté clara la redacción de las actas a quien le corresponde la facultad de movilizar la cuenta, o no se conozca con precisión a qué categoría de acto pertenece (administración ó disposición), por lo cual, haciendo una aplicación de los elementos que conforman cada tipo de acto, aportados en el objetivo primero, se puede perfectamente distinguir uno de otro.

B.- Que exista una igualdad jurídica entre el supuesto no regulado y el que está previsto; en el caso en estudio, se podrá encuadrar la movilización de la cuenta dentro de un acto de administración o disposición, comparando respecto a quien fueron atribuidos expresamente en el acta otros actos de un tipo o del otro, por ejemplo, facultades para vender, enajenar, (propias de disposición) o facultades de administración, verbigracia, celebrar contratos de arrendamiento hasta dos (02) años, ya que por más de este tiempo es un acto de disposición.

Es necesario acudir a una o más normas positivas o a uno o más principios jurídicos, cuyas consecuencias puedan alcanzar y ser aplicadas al caso no previsto por razón de semejanza o afinidad de alguno de los elementos fácticos o jurídicos que resultan participados entre la especie regulada y la no regulada.

C.- Que esa igualdad sea esencial. Es el elemento más difícil de desentrañar por parte del intérprete que deberá saber extraer las notas decisivas que permitan establecer una relación de semejanza.

La validez del procedimiento analógico depende de dos factores; se deben primero presentar en lo posible muchos casos para ampliar la base de la comparación. Luego la validez depende de la elección del punto de comparación y la determinación de las características comparadas.

1.3.2.- En caso de que los representantes de la junta directiva sean a su vez accionistas de la sociedad mercantil, evaluar la composición accionaria de la misma, a los efectos de medir los riesgos en los que puede incurrir la institución financiera respecto a la movilización indebida de la cuenta corriente referida, ya que a pesar de que una sociedad mercantil es una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, el número de acciones que un socio tenga sobre la misma, usualmente representa mayor dominio o poder sobre la sociedad de comercio.

A lo cual, según López (2006), una acción es una parte alícuota del capital social de una sociedad anónima. Representa la propiedad que una persona tiene de una parte de esa sociedad. Normalmente, salvo excepciones, las acciones son transmisibles libremente y otorgan derechos económicos y políticos a su titular (accionista). La emisión de acciones ha sido el medio más importante utilizado por las sociedades mercantiles para captar el capital requerido para el desarrollo de sus actividades. Como inversión, supone una inversión en renta variable, dado que no tiene un retorno fijo establecido por contrato, sino que depende de la buena marcha de dicha compañía.

1.3.3.- En caso de que la sociedad mercantil de que se trate, tenga otros productos financieros con la institución bancaria, por ejemplo; créditos, líneas de crédito, entre otros; analizar quien fungió como representante de la sociedad mercantil ante la institución bancaria respecto al producto de que se trate, a los efectos de verificar la concordancia o discordancia respecto al que solicita la movilización de la cuenta. Este supuesto, pudiera ser analizado como una categoría de la analogía.

1.3.4.- Solicitar la celebración de una asamblea de accionistas cumpliendo las formalidades de ley donde se confiera de manera expresa la movilización de las cuentas a uno o varios miembros de la junta directiva. (Aunque representa la solución ideal desde el punto de vista legal, no debe convertirse en la práctica), ya que puede ser un arma en contra respecto a los competidores más cercanos, toda vez que en el negocio bancario, los gerentes de las oficina de la mayoría de los bancos, hacen lo posible por captar a clientes jurídicos, ya que los mismos generalmente suelen ser atractivos para ofrecer los productos que tiene el banco; y solicitar una asamblea registrada, representa una inversión de tiempo y dinero para el cliente, lo cual puede ser aprovechado por los competidores más cercanos para captar el cliente, quienes usualmente suelen sustituir este requisito por uno que se obtenga con mayor celeridad.

En este sentido según la Ley general de sociedades mercantiles de México, (2018), establece en su artículo 178, que la Asamblea General de Accionistas, es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de la ley.

En el ordenamiento jurídico, la asamblea de accionistas legalmente constituida es el órgano deliberante de la sociedad mercantil, y el Código de Comercio Venezolano establece como obligatorio la celebración de una asamblea ordinaria y como potestativo la celebración de las extraordinarias, la designación de los representantes de la junta directiva podrá hacerse tanto en las primeras como en las segundas.

1.3.5.- En casos excepcionales, previamente autorizados por la Consultoría Jurídica de la institución financiera de que se trate, se debe solicitar una comunicación privada suscrita y firmada por todos los representantes de la junta directiva donde expresen de manera inequívoca a quien o quienes les corresponderá la movilización de la cuenta bancaria de la referida sociedad mercantil. Legalmente, el contenido de los documentos privados es válido únicamente entre las partes, pero si el Banco ejecuta una serie de acciones de verificación sobre la referida comunicación (confirmación telefónica, cotejar las firmas con las que aparecen en el sistema, entre otras), la misma, puede perfectamente suplir la asamblea de accionistas en determinadas situaciones.

1.3.6.- Solicitar un documento poder autenticado y otorgado en nombre y representación de la sociedad mercantil por todos los integrantes de la junta directiva, a favor del ciudadano o ciudadanos que pretende (n) la movilización de la cuenta, con facultades expresas para tal efecto. En este sentido, el banco debe verificar de manera exhaustiva el referido poder, ya que ocurre con frecuencia, que los representantes legales de la sociedad mercantil otorgan el poder a título personal, y no haciendo uso de las facultades que tienen conferidas por los estatutos, caso en el cual, el poder no es válido para ejecutar actos que le son propios a la sociedad mercantil, toda vez que la misma representa una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, también es importante determinar las facultades de quien otorga el poder y la vigencia de la junta directiva, ya que mal puede alguien delegar una facultad si el mandato que le confiere facultad está vencido.

En definitiva, después de todos los aspectos abordados, el primer paso que se debe ejecutar a los efectos de enmarcar la movilización de una cuenta bancaria dentro de un acto de administración o disposición es leer detalladamente las disposiciones del acta constitutiva o posteriores actas de asamblea, si en la misma se expresó tal disposición el banco podrá ejecutar la operativa sin inconveniente alguno.

Con la presente investigación se logró obtener resultado al supuesto inverso de lo antes planteado, en el sentido que, cuando no se exprese detalladamente qué tipo de acto representa la referida movilización de la cuenta, será necesaria la implementación de una serie de acciones por parte del ejecutivo bancario a los efectos de poder atender al cliente de manera positiva y evitar consecuencias legales para la institución.

En el supuesto de que aun identificando y encuadrando la movilización de la cuenta dentro de un acto de administración o disposición, las acciones se intensifican, toda vez que será necesaria la implementación intensiva de la política conozca a su cliente por parte del ejecutivo, a los efectos de encontrar respuesta al supuesto de origen y destino de los fondos de la cuenta, ya que tomando en cuenta los elementos ya referidos, sobre los actos de administración y disposición se podrá saber el tipo de patrimonio, la estabilidad o inestabilidad del mismo, las acciones para conservarlo o no, si se obtendrán o no frutos después de la ejecución de los mismos, entre otros.

En consecuencia, dicho proceso deductivo permite identificar cada uno de los elementos de la movilización de la cuenta miradas desde el punto de vista de acto jurídico y encuadrarla dentro de una de las categorías en estudio (administración o disposición), a los efectos de solventar el inconveniente que se presenta con suma frecuencia en las distintas instituciones financieras del país, y que hasta hoy día no se tenía precisada la solución en ese sentido.

En este mismo sentido, es importante señalar la relevancia de la personalidad jurídica respecto a la movilización de la cuenta bancaria, ya que si se habla de una persona jurídica titular de derechos y obligaciones, se debe estar seguro de que la referida sociedad mercantil cumplió las formalidades que expresa la ley para adquirirla, de lo contrario, el cliente del banco no sería una persona jurídica, sino una persona natural, por lo que no sería necesaria la aplicación de estos resultados, bastaría la voluntad del titular libremente manifestada y no hubiese sido necesaria la elaboración de la presente investigación.

Como último aspecto, es importante señalar, que se puede predecir que un número significativo de sociedades mercantiles seguirán constituyéndose y funcionando sin conferir expresamente en sus actas la facultad de movilizar las cuentas bancarias; por lo que los bancos del país no deben estar alejados de esta realidad. Por tal razón, fueron sugeridos determinados factores a ser aplicados por la banca frente a esta situación, ya que desde el punto de vista del negocio la banca no puede quedarse atrás tomando en cuenta que en la mayoría de los casos las sociedades mercantiles representan clientes potenciales para los bancos, y no puede sacrificarse la razón de ser de los bancos (negocios) por omisiones de este tipo, aunque tampoco es menos importante las consecuencias que puede representar para un banco la movilización indebida de una cuenta.

Conclusiones

Luego, de las consideraciones realizadas a la doctrina y normativa consultada, así como de la información aportada por entidades financieras de la localidad, se puede afirmar que las sociedades mercantiles, clientes de los bancos, pueden ejecutar en el desarrollo de su actividad comercial una serie de actos; dentro de los cuales, se destacan los actos de administración y los actos de disposición; pudiendo definirse los primeros como aquellos actos jurídicos de contenido económico cuya ejecución no comprometerá esencialmente el capital social de la referida compañía.

Es decir, el mismo permanecerá intacto o se acrecentará, y las acciones que se ejecutarán sobre el mismo, van orientadas a conservarlo, explotarlo, y emplear sus rentas; mientras que, el segundo se considera como un acto jurídico susceptible de implicar con posterioridad, directa o indirectamente la pérdida del elemento capital, pudiendo este disminuir en forma sustancial, y las acciones que se ejecutan sobre el mismo van orientadas a obtener un fin determinado sin importar la individualidad y estabilidad del patrimonio.

En tal sentido, una sociedad mercantil ejecutará un acto de administración o disposición, esto dependerá del compromiso o no del capital social de la referida sociedad mercantil; es decir, cuando se compromete se estará ejecutando un acto de disposición, mientras que, si con el referido acto jurídico lo que persigue es acrecentarlo o conservarlo se está frente a un acto de administración.

Ahora bien, es importante acotar que cuando la sociedad mercantil se va constituyendo, es decir, va naciendo como persona jurídica, se puede determinar con facilidad; si, se compromete o no el elemento capital social de la misma con la ejecución de un determinado acto, por lo que es suficiente verificar el acta constitutiva y determinar cuánto fue el capital y como fue suscrito y pagado para determinarlo.

También, es común observar en la práctica jurídica Venezolana que, el común denominador de las personas suelen indicar en el documento que contiene el contrato de sociedad un capital social por debajo del verdaderamente suscrito y pagado. Esto se debe, a que representa el pago de honorarios profesionales y derechos de registro inferiores a los que debieron pagarse, si, se indica el monto real del capital social, evidentemente generando este supuesto consecuencias a posteriori para la referida sociedad mercantil.

Asimismo, se encontró que una sociedad mercantil que exista únicamente por la manifestación de voluntad de sus miembros en asociaciones, es decir, que la misma no haya adquirido personalidad jurídica no debe acudir a una institución bancaria a formalizar la apertura y posterior movilización de una cuenta bancaria, ya que las disposiciones del contrato mientras no se cumplan las formalidades exigidas por la ley, son oponibles únicamente entre las partes, por lo cual, el banco no se debe vincular con las disposiciones del mismo.

En tal sentido, para que una institución financiera pueda tener jurídicamente segmentada dentro de su cartera de clientes a una sociedad mercantil, deben haberse cumplido previamente con todas las formalidades exigidas por el código de comercio para la aquerencia de la personalidad jurídica de la misma, entendiéndose registro y publicación, ya que de lo contrario el cliente de la entidad bancaria sería una sociedad irregular con los efectos que esto conlleva para el banco.

Es importante señalar que, desde el punto de vista del derecho, no es común observar un contrato (sociedad) asumiendo obligaciones y derechos derivados de otro contrato (cuenta corriente), se hace la observación de que no es común, por cuanto en la práctica financiera es usual percibir la titularidad de derechos y obligaciones respecto a los consorcios, derivadas estas de la apertura y posterior movilización de las cuentas corrientes bancarias, pese a que ha sido suficientemente discutido el tema de que los consorcios no tienen personalidad jurídica ni tampoco patrimonio propio, existiendo en este sentido posiciones contrapuestas.

De manera que, en caso de que en una entidad bancaria se apersonen los presuntos representantes de una sociedad mercantil pretendiendo la apertura y posterior movilización de una cuenta bancaria, cuyas facultades no se encuentren especificadas en el acta constitutiva y/o asambleas, el banco analizará la conveniencia de tener o no a la referida persona jurídica segmentada como cliente, y en caso positivo, podrá implementar una serie de parámetros para adjudicar la movilización de la cuenta a uno o varios representantes de la junta directiva según sea el caso, por ejemplo: aplicar la analogía, evaluar la composición accionaria, solicitar una asamblea de accionistas, un poder autenticado o una comunicación privada suscrita y firmada por los representantes de la junta directiva, entre otros factores que se pueden analizar.

Evidentemente, la institución financiera al momento de realizar el respectivo análisis para permitir o no la movilización de la cuenta, debe considerar una serie de parámetros que van desde el simple aspecto de conveniencia económica para la institución, hasta los riesgos que pueden ser asumidos respecto a las transacciones efectuadas por quienes dicen ser los representantes legales de la referida sociedad. Dado que, posteriormente, pueden surgir reclamaciones por parte de otros sujetos alegando la cualidad de representante y/o accionista de la referida sociedad de comercio y el banco no contará, en muchos casos, con documentación eficaz que permita demostrar la cualidad de los presuntos representantes legales.

Por otra parte, resulta importante también realizar una evaluación en relación con los parámetros que son aplicados por otras instituciones bancarias, tendientes a aclarar las dudas que se puedan presentar en cuanto a la representación legal de la compañía respecto a la movilización de la cuenta jurídica, ya que muchas veces la exigencia de toda la documentación pertinente por parte de una entidad, puede ser utilizada como técnica de captación de clientes por parte de los competidores más cercanos, en el sentido de enfocar este supuesto como una estrategia de mercado, ya que en la mayoría de los casos los clientes persiguen la facilidad y celeridad de sus operaciones, muchas veces descuidando las consecuencias que se pueden presentar posteriormente.

La movilización de una cuenta bancaria para una sociedad mercantil, podrá ser un acto de administración o de disposición, cuando los accionistas la califiquen expresamente de una u otra manera en las actas; o cuando no se exprese, encuadrando o subsumiendo el referido acto en la definición de actos de administración o de disposición respectivamente.

Cuando aun así exista, alguna duda al respecto, se debe considerar una serie de factores, por ejemplo, el origen y destino de los fondos, la finalidad que tuvo la cuenta desde el momento de su apertura, como se pagó el capital social, sí, fue a través de un depósito bancario o del balance de inventario, o de una manera mixta; evaluando el comportamiento financiero de la sociedad, analizando los ejercicios económicos aprobados o improbados a través de las asambleas. Dichos factores pueden ser analizados por el ejecutivo bancario aplicando

la política conozca a su cliente al momento de la apertura y efectuando seguimiento sobre el comportamiento del referido cliente jurídico.

Evidentemente, juega un papel importantísimo verificar el origen de los fondos que serán movilizados en la referida cuenta corriente bancaria, ya que muchas veces el capital social de las compañías de comercio se suscribe y paga a través de depósito bancario, siendo este un factor de trascendental relevancia para encuadrar la movilización de la cuenta corriente bancaria dentro de uno u otro acto, puesto que, las cantidades entregadas en depósito representan el capital social de la compañía y evidentemente cualquier movilización considerable ejecutada sobre dichos fondos pudiera comprometer el patrimonio de la referida sociedad mercantil, por lo que es indudable que bajo este supuesto estaríamos frente a un acto de disposición.

Es importante dejar de manifiesto que a pesar de lo anteriormente expresado, el contrato de cuenta corriente bancaria es autónomo respecto al contrato de depósito, en el sentido de que el primero no necesita del segundo para su existencia, sin embargo, es usual observar que la mayoría de los contratos de cuenta corriente bancaria celebrados por las distintas instituciones financieras nacen conjuntamente con el contrato de depósito.

Referencias

BARBOZA, Ely. 1995. Derecho Mercantil. Editorial Consejos de Publicaciones de la Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela.

BARBOZA, Ely. 1998. Curso De Derecho Mercantil. Tomo II. Caracas, Venezuela.

BOBBIO, Norberto. 1938. *L'analogia nella logica del diritto*. Istituto Giuridico della Reale Università, Turín, Italia.

BONNECASE, Julien. 2000. Elementos de Derecho Civil. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México.

BROSETA, Manuel. 1994. Manual de Derecho Mercantil, 10.a ed., Tecnos, Madrid.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. Código Civil. Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario. Caracas Venezuela.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1919, Última reforma 1955. Código de Comercio. Gaceta Oficial No. 475. Caracas- Venezuela.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. 1998. Curso de Derecho Mercantil. Italgráfica. Tomo II. Cuarta Edición. Caracas, Venezuela.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. 2004. Contratos Bancarios. Quinta Edición. Caracas, Venezuela.

PODER EJECUTIVO FEDERAL, Estados Unidos Mexicanos. Secretaria de Gobernación. 1934, Última reforma 2018. Ley general de sociedades mercantiles de México. Ciudad de México, Mexico.

LÓPEZ, .2006. Sociedades Mercantiles. Artículo en línea disponible en: www.gestiopolis.com/recursos2/.../socmercan.htm -

Responsabilidad contractual producto de las cláusulas *Free Alongside Ship*¹

*Alvaro Diaz*²

*Paul Esis*³

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo general determinar la responsabilidad contractual derivada de las cláusulas Free Alongside Ship. La investigación es documental y jurídica descriptiva. Como resultado se obtuvo que la cláusula Free Alongside Ship dispone una serie de responsabilidades para el comprador y el vendedor, dentro de las cuales el vendedor asume el riesgo de la mercancía hasta que la entrega en el puerto donde será transportada y el comprador asume el riesgo una vez que la carga ha sido cargada en el medio de transporte concertado. Asimismo, se concluyó que la responsabilidad por los daños sufridos durante el transporte marítimo es del porteador, exceptuando los que se produzcan con motivo del mal tiempo o situaciones inherentes a la travesía marítima.

Palabras Clave: INCOTERMS, *Free Alongside Ship*, transporte marítimo, franco al costado del buque

Contractual liability arising from Free Alongside Ship clauses

Abstract

The present research work had as a general objective to determine the contractual liability derived from the Free Alongside Ship clauses. The research is documentary and descriptive legal. As a result, it was obtained that the Free Alongside Ship clause has a series of responsibilities for the buyer and the seller, within which the seller assumes the risk of the merchandise until it is delivered to the port where it will be transported and the buyer assumes the risk once the load has been loaded in the arranged means of transport. Likewise, it was concluded that the responsibility for damages suffered during transport lies with the carrier, except for those that occur due to bad weather or situations inherent to the sea voyage.

Keyword: INCOTERMS, Free Alongside Ship, maritime transport

Introducción

La cláusula “Free Alongside Ship” o conocida en español como “franco al costado del buque” consiste en la obligación del vendedor de transportar la mercancía, vendida al comprador, hasta el muelle y cargarla al buque. Si bien hasta este punto no surge ninguna discusión doctrinaria sobre las bases de la cláusula, puede surgir

¹ Recibido: 17/01/2022 Aceptado: 17/02/2022

Artículo científico derivado del Trabajo Especial de Grado titulado “Responsabilidad contractual producto de las cláusulas Free Alongside Ship”, en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: alvaromdiaz99@gmail.com

³ Abogado. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: paulesis97@gmail.com

un problema de delimitación o atribución de la responsabilidad, bien sea a la parte vendedora o al transporte contratado por el comprador.

La utilización de los INCOTERMS (2020) se ha vuelto una forma usual de consideración contractual. Cada vez, que se establecen cláusulas en los contratos marítimos internacionales, estos siempre son utilizados. Ahora bien, estas cláusulas son muy claras en la especificación de las obligaciones para cada parte; sin embargo, hay situaciones objetivas que no son apreciadas y que deben especificarse, como el estado de la mercancía antes de que aborde el buque en el que se transportará.

Si bien el vendedor es responsable del transporte y subsecuente carga en el buque, la mercancía como referencia objetiva no recibe mayor atención, sino en su precio y entrega. No se detalla el estado físico de la misma en el momento del transporte y recibo por parte del comprador en la ubicación de destino, ya que el consumidor debe estricta e irremediamente contratar con base en la buena fe y la debida diligencia del proveedor. La situación se problematiza cuando el estado físico de la mercancía se encuentra deteriorado y debe revisarse las bases de la responsabilidad profesional de los intervinientes.

En ese sentido, si los contratantes no determinaron las obligaciones contraídas respecto del estado de la mercancía durante el transporte marítimo, la responsabilidad no puede atribuirse directamente al vendedor o proveedor, considerando que la aventura marítima siempre carga con cierto porcentaje de riesgo. De esa situación surge la importancia del problema tratado, pues todo contrato debe tener las responsabilidades subjetivas claras. En caso contrario, puede ocurrir que uno de los contratantes incurra en dolo, tal es el caso de la mercancía deteriorada, y que el contratante que actuó con, buena fe no pueda ejercer ninguna acción en su contra.

Los INCOTERMS se actualizaron para el año 2020, por lo cual la cláusula *Free Alongside Ship* fue reformada ocasionando la transfiguración de la posición subjetiva, es decir, ciertas obligaciones han cambiado de referencia imputacional de una parte a otra, pero aún conservan la razón de las misma, así como su estructura ontológica, dado que, si desaparece alguna de sus obligaciones que compone el *Free Alongside Ship* naturalmente desaparecería la cláusula misma.

Cada año que transcurre y cada reforma que se realiza a sus obligaciones, ocasiona que los INCOTERMS su cláusula *Free Alongside Ship* tome mayor relevancia entre los comerciantes y los juristas en cuanto a su estudio se trata, pues, algunos razonan su eliminación total, otros, consideran ciertas modificaciones que no vulnere pilares obligacionales con respecto a las partes dentro del negocio jurídico, y, así continuar con el dinamismo propio de comercio marítimo internacional que resulta de gran relevancia para el mantenimiento de las economías del mundo.

1. El contrato de transporte marítimo en el comercio internacional.

A los efectos de la investigación, resultó de vital importancia determinar las implicaciones del comercio internacional, dado que, en su marco se desarrollan los contratos marítimos. Para ello, es necesario tener en cuenta que el origen del Derecho marítimo se remonta a la antigüedad y, se parte de la premisa, que ningún país tiene jurisdicción sobre los mares, pues, siempre ha sido necesario que las naciones alcancen acuerdos sobre todo lo relacionado con los barcos, su tripulación y cargamentos frente a supuesta disputa que se formen.

Los primeros acuerdos, quizás, se basaban en un puñado de costumbres tradicionales que se habrían desarrollado a partir de soluciones prácticas a problemas corrientes. Muchas de estas costumbres pasaron a formar parte del Derecho romano. Tras la caída del Imperio⁴ en el año 476 D.C., el comercio marítimo se interrumpió durante unos 500 años y, después de que la actividad marítima se recuperara durante la Edad Media, comenzaron a plantearse conflictos, lo que dio lugar, a que se dictaran leyes generales en búsqueda de una solución óptima. Poco a poco, las leyes del mar se fueron recopilando, siendo las colecciones más conocidas del primer Derecho marítimo, las leyes de Olerón y el Libro negro del almirantazgo, este último consiste en una compilación inglesa

⁴Véase Historia del Derecho Marítimo, Por Francisco Ariel Encina Insfrán. https://www.agr.una.py/descargas/biblioteca_digital_gestion_riesgos/H/Historia%20del%20Derecho%20.pdf

elaborada durante los siglos XIV y XV. También, se crearon foros especiales para administrar las leyes del mar, como por ejemplo, el Tribunal Británico del Almirantazgo en 1709, que todavía pervive.

A raíz de esos sucesos, se establece al derecho marítimo como un conjunto de reglas que regulan las relaciones privadas que se suscitan relaciones en el mar. En consecuencia, se tiene que el comercio es un hecho connatural al hombre, debido a que busca satisfacer sus necesidades a través de diversas formas, considerando conductas naturales del ser humano, como lo es el intercambio de bienes y servicios. Ese acto que involucra intereses, se conoce en la actualidad como “comercio”.

En ese orden de ideas, el comercio internacional se caracteriza por ser una actividad dinámica, pero, con la globalización, el escenario mercantil alcanzó un alto grado de complejidad (Caller, 2019). Esto se debe a que la globalización como fenómeno implica la integración y búsqueda de un solo mercado mundial (Kozikowski, 2007), por tanto, el derecho debe avanzar y regular diversas situaciones jurídicas, sin caer en asuntos particulares. Aunque, es relevante reconocer que el problema muchas veces surge cuando las conductas que deben regularse son innumerables y dependen de los casos específicos, para tal situación es imperante asegurarse de no dejar vacíos que puedan derivar en grandes controversias.

Sobre ese tema, los profesionales en el derecho, deben estudiar concienzudamente los aspectos económicos y de índole comercial de gran espectro (Witker, 2011) a fin de garantizar la formación de regulaciones ventajosas en la solución de conflictos. En este particular, la necesidad versa sobre los contratos mercantiles que se suceden en el comercio internacional, cuya existencia determina la forma en la que se desarrolla el intercambio de bienes y servicios. Esto se debe a que contienen las responsabilidades y los derechos de cada contratante.

Entre los contratos que se celebran en el comercio internacional, se encuentra el contrato de transporte marítimo, centro de la presente investigación y que deriva del derecho marítimo. En la actualidad, la Ley de Comercio Marítimo define el contrato de transporte marítimo como: “todo aquél en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por agua de un puerto a otro” (Ley de Comercio Marítimo, 2006: Art. 197). Tal como se observó, en este artículo se establece que el transporte marítimo es un contrato mediante el cual una parte, denominada porteador, se obliga a transportar determinada mercancía a través del agua, desde un puerto a otro. Por otro lado, la otra parte, se obliga a pagar un precio en dinero, al cual se le conoce como “flete” en la materia.

En el contrato de transporte marítimo, el objeto es el transporte de la mercancía acordada. La doctrina ha indicado que puede transportarse todo bien susceptible de ser movilizado por agua (Morles, 2008). En ese orden de ideas, el abanico que ofrece el contrato de transporte es amplio, por lo que, los contratantes pueden aprovechar el contrato con diversos tipos de mercancías, incluso con animales vivos, obviamente atendiendo a las normas relacionas con la Fauna.

El comercio internacional es el marco dentro del que se desarrolla el contrato marítimo, siendo este último el resultado de una evolución constante y marcada del comercio desde los orígenes del hombre. El transporte marítimo, a su vez, se desempeña como una parte fundamental del comercio, debido a que es necesario para el transporte de mercancía por agua, de un Estado a otro Estado, afirmación apoyada por Morles (2008). La recurrencia de las transacciones que se realizan de un Estado a otro y las responsabilidades que del acto jurídico devienen, hicieron necesaria la creación de la cláusula *Free Alongside Ship* dentro de los INCOTERMS, debido a la necesidad de unificar las obligaciones contractuales en el comercio marítimo.

2. Responsabilidades derivadas de la cláusula *Free Alongside Ship*.

Para analizar la responsabilidad contractual, fue necesario establecer la fuente de la que surge la obligación contractual, dado que, esta puede nacer por voluntad del ser humano o por eventos ajenos a la voluntad del ser humano (Morles, 2008). Las obligaciones que nacen por la voluntad del ser humano, son aquellas que se derivan del acto jurídico, caracterizado por ser una decisión del hombre. Por otro lado, las obligaciones que nacen por voluntad ajena al ser humano, son las que se desprenden del hecho jurídico, cuyo acontecimiento no puede ser

evitado ni previsto. Un ejemplo, puede observarse cuando ocurre la muerte de una persona, dado que, es un hecho jurídico que genera como consecuencias jurídicas la apertura de la sucesión hereditaria.

Por tanto, las obligaciones que conciernen a al presente estudio, son aquellas que se derivan del acto jurídico a razón de lo antes expuesto. Sin embargo, para aclarar aún más el panorama, Boetsh define el acto jurídico como “la manifestación unilateral o bilateral de voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico que puede consistir en la adquisición, conservación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho” (Boetsh, 2009: 17). En este sentido, se infiere que para que haya acto jurídico, es imprescindible que exista la voluntad con arreglo a la Ley. Por lo tanto, el acto no acarrea un cúmulo de efectos, sino que puede tratarse de uno en específico, como la adquisición de un bien inmueble o la transferencia de un derecho de crédito.

Los contratos, por la naturaleza jurídica que tienen, deben estar reglados por la Ley. En el caso del comercio internacional, existe una serie de términos o normas que lo regulan, como lo son los *Internacional Commerce Terms*, en lo sucesivo INCOTERMS, a nivel internacional. Varela indica sobre ello que:

[...] los incoterms son los que determinan el punto exacto de la transferencia del riesgo y la responsabilidad del cuidado de la mercancía entre vendedor y comprador. A su vez, cabe resaltar que su principal finalidad parte con el objetivo de evitar en lo posible las incertidumbres derivadas de dichos términos en países diferentes. (Varela, 2014: 21)

Los INCOTERMS establecen las responsabilidades que tienen los contratantes de un pacto comercial y tiene por objeto eliminar los vacíos que puedan existir dentro de las normas para el contrato. Cuando hay empresas de distintos Estados involucradas en el contrato comercial, es probable que existan lagunas jurídicas como consecuencia de que cada Estado puede regular de forma distinta la misma situación. Con intención de evitar esas lagunas, nacen los INCOTERMS, por tanto, juegan un papel fundamental en la solución de algunas riñas que se puedan suscitar.

Dentro de los INCORTEMS, se forma la cláusula *Free Alongside Ship*, en lo sucesivo FAS, esta es usada con regularidad en la importación y exportación de mercancía a nivel internacional, cuyos términos tienen la finalidad de llenar lagunas jurídicas que puedan encontrarse en las legislaciones nacionales, dada la celebración de contratos como el de compraventa entre empresas de distintos Estados. Además, estas se añaden al documento contractual de la misma manera en la que se agregaría otra cláusula, y las partes manifiestan su voluntad de aceptarla cuando firman el contrato.

La cláusula FAS, como ya se mencionó antes, es conocida como “franco al costado del buque” y de ella nace una serie de obligaciones. Para el vendedor, las obligaciones contractuales derivadas de la cláusula FAS implican:

[...] siendo por cuenta del vendedor todos los gastos y riesgos a los que se somete la mercancía, hasta el momento en el que la sitúe al costado del buque, sobre el muelle o en barcazas en el puerto de embarque concertado [...] (Alvaranga et al, 2009: 21)

Tal como se percibió, dentro de las obligaciones del vendedor se encuentra el trámite correspondiente de los documentos y aduanas, así como los gastos que los procedimientos previos a la entrega de la mercancía generan. Sin embargo, la obligación del vendedor termina tan pronto la mercancía ha sido entregada al costado del buque. De ahí surge, el nombre de la cláusula FAS. Ahora bien, la doctrina ha especificado que dentro de las responsabilidades del comprador derivadas de la cláusula FAS se encuentran:

[...] El comprador elige el medio de transporte, siendo por su cuenta el pago del flete, asumiendo la responsabilidad de los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento de la entrega, así como los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino. (Alvarenga et al, 2009: 21)

En otras palabras, el comprador elige el medio de transporte, lo que necesariamente significa que puede decidir qué clase de buque va a transportarlo, es decir, puede elegir tanto un buque comercial, como una barcaza debido a existencia de la variedad de medios de transportes en el comercio marítimo internacional. No obstante,

debe tenerse presente que no todos cuentan con las condiciones necesarias para cargar todo tipo de mercancía, por lo que el comprador tiene que considerar aspectos como los de la navegabilidad y capacidad del medio que elija.

Es relevante resaltar que el comprador, quien, además, es el interesado en transportar el objeto de su compra, asume los riesgos que pueda sufrir la mercancía desde el momento en el que, el vendedor la deja en el puerto acordado. Por eso, la elección del medio de transporte influye significativamente la estimación de daños, dado que, los contratantes no tiene manera de calcular los daños que pueda sufrir la mercancía, por lo que, es relevante realizar una elección conforme a las descripciones regulatorias que atienden los mejores transporte marítimos.

En ese orden de ideas, se reconoce, que el comprador es responsable de pagar los gastos que ocasione el traslado de la mercancía desde el puerto de destino, hasta el lugar en el que debe entregarse. Esto es una obligación propia del contrato de compraventa, considerando que el tiene la responsabilidad de asumir costos de traslado. Por último, debe pagar el flete: está obligado a solventar los gastos que generen la manipulación y la entrega de la mercancía en el puerto de destino.

En definitiva, el INCOTERMS FAS nace como una manera de agilizar la distribución de las responsabilidades entre el comprador y el vendedor, cuando la mercancía debe transportarse de forma marítima. No obstante, la falta de apreciación de situaciones objetivas más particulares, como aquellas en las que la pérdida o daño de la mercancía no pueda atribuirse al comprador o al vendedor, ni pueda exigirse el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos al porteador, crea un vacío legal cuya existencia deja al comprador sin protección jurídica.

Otra situación que puede presentarse, es la del daño de la mercancía sufrido antes de la entrega en el puerto acordado para su traslado. En ese escenario, el comprador no tiene forma de probar que la mercancía fue dañada en ese traslado y no puede exigir ninguna indemnización, ni puede ejercer ninguna acción en contra del vendedor responsable.

3. Responsabilidad derivada del contrato de transporte marítimo.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que el contrato de transporte marítimo puede definirse como aquel mediante el cual dos sujetos se obligan en función del transporte de una carga mediante el agua. Sánchez indica que es: “aquel por el cual un sujeto (el porteador) se obliga frente a otro (el cargador) a transportar a una persona o cosa de un lugar a otro a cambio de un precio denominado flete” (Sánchez, 2010: 128).

El porteador es la persona responsable de realizar el transporte y que celebra el contrato con el cargador, mientras que el último es el sujeto que tiene intención de transportar la carga por medios marítimos, como buques o barcasas. Así lo establece la legislación nacional venezolana:

Porteador: toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre, ha celebrado un contrato de transporte de mercancías por agua, con un cargador.

Cargador: toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, ha celebrado con un porteador un contrato de transporte de mercancías por agua. Así mismo, toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, entrega efectivamente las mercancías al porteador. (Ley de Comercio Marítimo, 2006: Art. 197)

Una de las características principales del contrato de transporte marítimo, es que se trata de una *locatio operis* debido a que el porteador se compromete a realizar una obra específica, sobre la que tendrá que alcanzar un determinado resultado. De esta manera, asume una prestación de un hacer, por la cual debe llevar la carga, de un lugar a otro, y, entregarla al destinatario con las condiciones en que ésta le fue entregada, constituyéndose éste como el resultado prometido.

El porteador, al ejecutar su obligación de trasladar las mercancías, lleva consigo la promesa de alcanzar el resultado y asume el riesgo derivado del transporte por vía marítima, tanto si lo realiza directamente él, como cuando lo hace con ayuda de otros porteadores que subcontrata (Cusman-Barriga, 2016). Se puede afirmar, que el resultado de este contrato es fungible e indivisible. Dado que es ejecutado, tanto por el porteador como por

terceros subcontratados por él mismo, el resultado deviene en fungible; en cambio, la indivisibilidad del resultado se observó en la exigencia de que la mercancía llegue a su destino en las condiciones en las que se entregó al porteador.

El contrato de transporte por sí mismo, y al margen de la cláusula FAS, porta una serie de responsabilidades que determinan la efectividad de la entrega de la mercancía. Para el porteador, se encuentran la de cuidar la navegabilidad del buque en la forma estipulada en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, en lo sucesivo Reglas de la Haya, (1924), cuidar la forma de carga y la estiba de mercancía, y emitir un conocimiento del buque (Cusman-Barriga, 2016). En cuanto a la investigación, la responsabilidad en la que se hizo hincapié fue la de cuidar la navegabilidad del buque.

En cuanto a la navegabilidad, se ha establecido que la capacidad de navegabilidad no debe ser entendida como una mera condición de flotabilidad, sino que además deberá cumplir con la “capacidad de transporte” (Cusman-Barriga, 2016). En efecto, debería entenderse a la navegabilidad como la disponibilidad para realizar la expedición marítima contratada, lo cual implica que el buque esté en la capacidad de afrontar los riesgos y peligros que la nave deba afrontar en el mar, pero también conlleva necesariamente a la aptitud del buque para realizar el transporte convenido cuidando la seguridad de las mercancías.

En las Reglas de la Haya se establece que:

1. El transportador estará obligado, antes y al comienzo del viaje, a ejercer una diligencia razonable para:
 - a. Poner el buque en condiciones de navegabilidad;
 - b. Dotar de tripulación, equipar y abastecer al buque adecuadamente;
 - c. Preparar y poner en buen estado las bodegas, las cámaras frías y frigoríficas, y todos los demás lugares del buque en las que se transportan mercancías, en forma satisfactoria y segura para su recepción, transporte y conservación. (Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, 1924: Art. 3)

De la norma se desprende la obligación de navegabilidad que tiene el porteador antes de realizar el transporte. En consecuencia, carga con la responsabilidad del daño de la mercancía por causas de negligencia o impericia. Ramírez hace referencia a la obligación de navegabilidad es considerada como personal e indelegable del transportador, de modo que no podrá trasladarla o excusarse por faltas de terceros a quienes haya encargado la ejecución de este cometido (Ramírez, 2020). De esta manera, aunque el porteador acredite una diligencia razonable al momento de realizar la elección del técnico de primera línea para realizar la verificación de navegabilidad del buque o para ponerlo en tal condición, no pierde responsabilidad por los fallos o incumplimientos del tercero.

Sobre la imposibilidad de desligarse de la obligación, en las Reglas de la Haya se establece:

8. Cualquier cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que libere al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño a, o en conexión con, las mercancías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento a los deberes u obligaciones establecidos en este artículo, o que atenúen esa responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en estas reglas, será nula y sin valor e ineficaz. (Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, 1924: Art. 3)

De la nulidad resulta, que la obligación de navegabilidad del buque es natural del contrato de transporte marítimo, es decir, es parte inherente que permite el despliegue de la responsabilidad de movilizar la mercancía. Puede equipararse al transporte terrestre, en el que el transportista tiene la obligación de mantener en buen estado el medio de transporte, pues la pérdida de la carga por razones vinculadas al cuidado o estado del medio es responsabilidad del transportista.

La doctrina asegura que las carga de las mercancías bien llevadas, y, actuadas con la diligencia según las normas debe existir acciones por parte del cargador (Cusman-Barriga, 2016). Por eso, el procedimiento habitual comienza con el cargador poniéndose en contacto con el porteador o sus agentes para reservar espacio en el buque, y con anterioridad al inicio de las operaciones de embarque deberá entregar al transportista una declaración con todos los detalles de la carga, como su naturaleza, volumen, cantidad, etc.

En resumen, la cláusula FAS responsabiliza al comprador sobre los daños que pueda sufrir la mercancía desde el momento en el que el vendedor la deja en el puerto acordado, por lo que, hasta ese punto, el responsable es el comprador. Es decir, no puede exigirle ninguna acción de indemnización al vendedor. Sin embargo, el contrato de transporte marítimo lleva consigo una serie de cargas y obligaciones para el porteador, quien responde por los daños que pueda sufrir la carga durante el viaje por agua, siempre y cuando no se trate de daños por casos fortuitos o fuerza mayor, derivados, por ejemplo, de una tormenta en alta mar.

Esta situación generara la necesidad de incluir la responsabilidad dentro de la cláusula FAS de manera directa y explícita, pues la tarea de acudir a las responsabilidades del contrato marítimo puede acarrear un conflicto de intereses entre leyes de diferentes Estados, considerando que los INCOTERM son los términos internacionales que sólo regulan la relación de comercio marítimo hasta que la mercancía ha sido entregada por el vendedor en el puerto acordado.

En ese sentido, queda claro que existe una notable falta de regulación, a pesar de que los INCOTERM fueron creados para unificar soluciones a situaciones jurídicas suscitadas del comercio y el transporte internacional. Al final, la cláusula FAS resulta una cláusula insuficiente que deja al comprador en un estado de desprotección, por cuanto no resuelve un problema básico que puede surgir en muchas relaciones propiciadas por el transporte marítimo.

Conclusiones

El comercio ha evolucionado a lo largo de la historia, lo suficiente como para ameritar términos y condiciones internacionales, debido a la cantidad de transacciones y contratos que se cerraban entre empresas de distintos Estados. Dado el incremento de esa actividad, se suscitaron una serie de problemas relacionados con la falta de regulación de las legislaciones nacionales y, a su vez, el choque de las normas de los Estados entre sí. Es por ello que surgen los INCOTERMS, con la finalidad de unificar los contratos en términos claros para los sujetos.

La cláusula *Free Alongside Ship* se encuentra dentro del marco de los INCOTERMS y hace referencia a la obligación del vendedor en el contrato a entregar la mercancía en el puerto acordado para el transporte marítimo. En ese sentido, el vendedor tiene la obligación de responder por los riesgos que pueda correr la mercancía, únicamente hasta el momento en el que es entregada en el puerto.

A su vez, el comprador tiene la responsabilidad por los riesgos que pueda sufrir la mercancía desde que es cargada al transporte marítimo, hasta que la recibe en el puerto de destino. La suerte de la carga corre a su nombre, de modo que según la FAS, el vendedor no debe responder al comprador de ninguna manera, si la mercancía ha sufrido el daño durante el transporte marítimo. De esa situación nace el problema de la acción que puede tomar el comprador por la pérdida o daño de la mercancía, cuando ha sido producto de negligencia durante el traslado.

La respuesta se encuentra en las responsabilidades asumidas por el porteador en el contrato de transporte marítimo que debe celebrarse al momento de transportar la carga de un Estado a otro, mediante el agua. El porteador, quien se desempeña como la persona que celebra el contrato de transporte marítimo, tiene entre sus responsabilidades, la de entregar la carga en buen estado, exceptuando los daños producidos por los riesgos inherentes a la modalidad de transporte. Es decir que, a todo evento, es el porteador quien asume la obligación y en contra de quien el comprador puede ejecutar alguna acción.

Referencias

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2006. **Ley de Comercio Marítimo**. Publicada en Gaceta Oficial 38.351.

ALVARENGA, Kalixto. CORTEZ, Rafael. ROSALES, Jessica. 2009. Términos internacionales de comercio y su relación en los contratos de compraventa para importar o internar mercancías a el salvador que apliquen al sector ferretero del área metropolitana de san salvador. En <http://ri.ues.edu.sv/11219/> Fecha de consulta 20 de Noviembre del 2021.

BOETSCH, Christian. 2009. Teoría del acto jurídico. Universidad de Chile.

CALLER. 2019. El valor jurídico de los Incoterms en el contrato de compraventa internacional de mercancías: ley aplicable y competencia judicial internacional. Universitat de Barcelona

CONTRATOS INTERNACIONALES, 2020. Free Alongside Ship. En <https://internationalcontracts.net/contrato/incoterms-fas-es> Fecha de consulta 20 de Noviembre del 2021.

CONVENIO INTERNACIONAL DE BRUSELAS. 1924. Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque. En <file:///C:/Users/MIRIAN/Downloads/Documents/REGLASDEHAYA1924.pdf> Fecha de consulta 09 de Diciembre del 2021.

CUSMAN-BARRIGA. 2016. Lecciones de derecho civil, Tomo II. Universitat Jaume.

KOZIKOWSKI, 2007. Bienes y derechos reales. McGraw-Hill Editorial.

RAMÍREZ, ALEJANDRO. 2020. La aplicación de los Incoterms 2020 en el comercio internacional. SOVEDEM, Revista de Derecho Mercantil.

VARELA, Jesús. VICUÑA, Claudio. 2014. Influencia de los Incoterms en los contratos mercantiles de comercio marítimo internacional en Venezuela.

WITKER, Jorge. 2011. Derecho del Comercio Exterior. Universidad Nacional Autónoma de México.

Digitalización de la Justicia Civil en Venezuela en Tiempos de Pandemia¹

*Ana Valle*²

*Marianela Lobo*³

Resumen

Esta investigación tuvo como principal objetivo analizar el impacto jurídico-técnico que tuvo la pandemia por COVID-19 en el sistema de justicia en Venezuela, el cual fue parte de un proceso de digitalización y optimización a partir del año 2020 respecto a la nueva modalidad para el trámite de los procesos civiles el cual se llevaba a cabo exclusivamente de forma presencial. Como resultado se determinó que efectivamente hubo un gran cambio en la jurisdicción civil sobre la manera de iniciar un procedimiento a través de medios electrónicos y su posterior anexo al expediente físico en la sede del tribunal correspondiente cumpliendo con las medidas establecidas por el Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia. De forma que se emplearon fuentes bibliográficas y jurisprudenciales con la finalidad de explicar el fenómeno planteado a través de esta investigación jurídico-dogmática, utilizando el método hermenéutico jurídico.

Palabras Clave: Justicia, electrónicos, COVID-19

Digitization of Civil Justice in Venezuela in Pandemic Times

Abstract

The main objective of this research was to analyze the legal-technical impact that the COVID-19 pandemic had on the Venezuelan justice system, which was part of a digitalization and optimization process since 2020 about the new modality for the civil procedure which were developed exclusively in person. As a result, it was determined that there was indeed a great change in the civil jurisdiction regarding the way of initiating a procedure through electronic means and its subsequent attachment to the physical file at the corresponding courthouse, abiding by the rules established by the Executive power and the Supreme Court of Justice. bibliographic and jurisprudential sources were used in order to explain the phenomenon raised through this legal-dogmatic research, using the legal hermeneutic method.

Keywords: Justice, electronic, COVID-19

¹ Recibido: 23/09/2021

Acceptado: 14/12/2021

El presente ensayo científico es el resultado del trabajo de investigación titulado: "Digitalización de la Justicia en Venezuela en tiempos de pandemia" el cual fue realizado en la Universidad Rafael Urdaneta en Maracaibo, Venezuela.

² Abogada de la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: anavalle0810@gmail.com

³ Abogada. Magister en Ciencia Política mención Administración Pública de la Universidad del Zulia y Doctorante en el Doctorado de Ciencia Política. Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: marilobo11@yahoo.com

Introducción

La digitalización de la justicia es una necesidad latente que existe en los sistemas de administración de justicia de cada Estado, motivado por el avance tecnológico que deviene del transcurrir de los años y la optimización de los recursos en todas las áreas laborales. La simplificación de los procesos a través de medios electrónicos es una de las soluciones directas al retardo que aqueja los procedimientos judiciales a nivel global para dar respuesta inmediata a las situaciones jurídicas; es por ello que un gran número de países ha implementado estas herramientas tecnológicas, donde Venezuela se ha sumado a esta nueva modalidad virtual debido a la situación de pandemia por el COVID-19 que actualmente afecta a todo el mundo.

En tal sentido, desde el mes de marzo del 2020 el Ejecutivo Nacional instauró un sistema de cuarentena social y colectiva a través del Decreto N°4160 de fecha 13 de marzo del 2020 y que en la actualidad ha sido prorrogado por el referido poder público y ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como órgano garante de la Carta Magna, con motivo a la pandemia por la enfermedad del nuevo coronavirus COVID-19, lo que ha suscitado una paralización en el desarrollo de las actividades del sistema de administración de justicia respecto a las causas que se ventilan en los órganos jurisdiccionales para el momento de la promulgación del decreto mencionado *ut supra*.

Por su parte, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 28 de julio del 2020 emitió las Resolución N° 03-2020 en las que estableció la modalidad de “despacho virtual” en la jurisdicción civil nacional, en un plan piloto dirigido inicialmente a los estados Aragua, Nueva Esparta y Anzoátegui, habilitando un canal electrónico para cada entidad con el objeto de publicar sus actividades judiciales dejando entrever la posibilidad de iniciar y sustanciar juicios civiles de forma virtual y a distancia.

Esta implementación de nuevas tecnologías como vehículo para lograr una justicia expedita dentro del marco constitucional y legal, tiene como objeto la descongestión judicial en el transcurso de los procesos que se sustancian en los tribunales civiles. No solo supone la dotación de implementos tecnológicos y la apertura de medios virtuales para el trámite de las causas, sino que se hace sumamente necesario un cambio en la gestión de los operadores de justicia para así dar fiel cumplimiento a lo que dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y garantizar efectivamente el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva en Venezuela.

El derecho de acceso a la justicia está consagrado el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como un derecho constitucional que faculta a los interesados a acceder a los órganos de administración de justicia a través de los mecanismos jurídico-procesales eficaces y necesarios para hacer valer uno o varios derechos de los particulares, con el objeto de reestablecer una situación jurídica infringida. De manera que es una obligación del Estado garantizar el acceso a la justicia a través de los medios que considere conducentes a la realización de la justicia en un estado de Derecho puro.

Es por ello que la evolución paulatina del sistema de administración de justicia y la modernización de la función pública judicial en la introducción de medios electrónicos para sustanciar las causas en la jurisdicción civil constituye un tema de interés para el ámbito jurídico, motivo por el cual se estima conveniente el estudio a profundidad de la optimización de los procesos civiles en Venezuela a través de la nueva modalidad del despacho virtual que permite el Tribunal Supremo de Justicia en virtud de la situación grave de pandemia por COVID-19 que se desarrolla en el país.

1. El funcionamiento del sistema de administración de justicia en la jurisdicción civil venezolana antes y después de la pandemia por COVID-19.

La actividad judicial se desarrolla dentro de un proceso que representa el inicio de un acto de petición (demanda) por un sujeto interesado denominado demandante, dirigido al órgano jurisdiccional (juez) que continua con actos que se desarrollan sucesiva y progresivamente con la intervención de otro sujeto llamado (demandado), con el objetivo de obtener la solución del caso mediante la sentencia que resuelve el conflicto planteado.

De acuerdo con Goacuto, la legislación venezolana establece la obligatoriedad de realizar el procedimiento civil de manera presencial en cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso y los actos jurídicos dentro del mismo, y en físico respecto al expediente que reposa en la sede del tribunal para su trámite, donde constan todos los actos procesales que sustancian el procedimiento. (Goacuto, 2020)

Sin embargo, a raíz de la pandemia por COVID-19, el Estado a través del Poder Judicial en su máximo órgano, el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, decidió implementar una nueva modalidad para el trámite de estas causas civiles con la finalidad de garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 26⁴ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es por ello que resulta importante destacar las garantías procesales intrínsecas en el proceso civil como lo son la publicidad, la concentración y la oralidad, con la finalidad de lograr una tramitación efectiva del proceso entre las partes; quienes deberán gozar de prerrogativas como la igualdad, la contradicción y el proceso por audiencias.

Asimismo, la sustanciación del proceso civil antes de la cuarentena social y colectiva, se realizaba de manera presencial a partir de la interposición de la demanda ante la Unidad de Distribución del Circunscripción Judicial correspondiente, y los actos sucesivos que deben realizar las partes de igual forma se ejecutaban presencialmente, en virtud de una modalidad que se venía practicando desde hace décadas de acuerdo con las leyes nacionales.

La automatización del sistema de justicia en Venezuela ha sido un proceso que provoca una transformación total o medianamente parcial del proceso civil venezolano. En otros países, la tramitación de las causas en la jurisdicción civil era posible por medios electrónicos mucho antes de la pandemia por COVID-19, que a causa de las medidas de bioseguridad impuestas por los gobiernos de cada Estado se ha obligado a las personas a confinarse para evitar la propagación del virus, lo cual sí influyó en demasía la manera en la que se llevaba a cabo la actividad judicial en Venezuela.

La correcta aplicación de las garantías procesales se consuma cuando se garantiza primeramente el debido proceso contemplado *grosso modo* en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, Duque expresa que “el Despacho Virtual en la jurisdicción civil, aunque se refiera a algunos aspectos procesales, no constituye un proceso virtual y solo es parcialmente un expediente electrónico judicial” (Duque, 2020a: 3), sino que se trata de precisamente un plan piloto de una nueva realidad virtual procesal.

Por tal motivo, Lorca opina que:

A propósito de las mortales consecuencias de la COVID-19, desea introducirnos de modo expeditivo en una nueva realidad virtual del proceso en la medida en que a través de esa realidad virtual se aspira a la celebración de juicios y audiencias no en modo de presencia real pero sí en modo de presencia virtual de quienes son los llamados a ser los actores principales tanto del juicio como de una o varias audiencias. (Lorca, 2020: 3).

En ese sentido, el Decreto 4160 mediante el cual se decreta el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional desde el 13 de marzo del 2020 paralizó completamente las actividades administrativas, judiciales y empresariales en todo el país en base al derecho a la salud, fundamental y subsidiario del derecho a la vida de los ciudadanos consagrados en la Carta Magna. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia se encargó de subsanar esta situación para garantizar el derecho de acceso a la justicia como derecho humano y fundamental debidamente reconocido por el máximo texto constitucional.

De lo anterior se desprende lo expuesto en la Sentencia 0144 de fecha 22 de septiembre del 2020 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde dicha Sala resuelve de forma diligente seis (6) solicitudes de amparo constitucional por la amenaza de desalojo de un inmueble destinado a una vivienda; las cuales fueron interpuestas por vía electrónica, obteniendo respuesta por parte de la Sala en un lapso no mayor de quince (15) días.

⁴ 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. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 26)

De manera que el sistema de administración de justicia actual procura cumplir con la garantía del acceso a la justicia conforme al uso de las tecnologías de la información y comunicación con la finalidad de brindar una mejor respuesta a las solicitudes que se realicen en el ámbito judicial para resolver las controversias suscitadas entre las partes, en un tiempo que se estime considerable sin dilaciones indebidas.

Asimismo, la Resolución 04-2020 de fecha 5 de octubre del 2020 dictada por la Sala de Casación Civil establece los parámetros generales a seguir en las semanas de flexibilización decretadas por el Ejecutivo Nacional para el desarrollo de las actividades en la Sala de Casación Civil, considerándose días hábiles de lunes a viernes en un horario comprendido desde las 8:00 A.M. hasta las 12:30 P.M, obligando a atender todos los nuevos asuntos y en curso que se tramiten ante dicha sala de manera presencial cumpliendo con todas las medidas de bioseguridad exigidas por el gobierno nacional por motivos de salud pública en virtud de la pandemia.

Por tanto, el funcionamiento del sistema de administración de justicia en la jurisdicción civil venezolana antes de la pandemia por COVID-19 era exclusivamente presencial, sin la posibilidad de realizar actos procesales vía informática. Actualmente, la realidad socio-jurídica es totalmente distinta ya que las medidas implementadas por el Ejecutivo Nacional, aprobadas por la Organización Mundial de la Salud tienen la premisa de mantener aislada a la población a los fines de evitar el riesgo de contagio y que no se provoque un incremento en los casos positivos de coronavirus.

Es decir, que la creación y habilitación del canal electrónico para la interposición de las demandas y otros recursos procesales, así como el resto de los actos jurídicos procesales establecidos por el Poder Judicial que podrán ser enviados mediante correo electrónico en el horario previamente establecido, está motivado con base a la garantía del derecho de acceso a la justicia como uno de los derechos interdependientes que se derivan del principio constitucional del debido proceso. Y posterior a su trámite vía electrónica, podrá ser posible la formalización e inserción de los escritos de manera presencial, de forma que hoy por hoy existe una mixtura entre la modalidad presencial y modalidad virtual en la jurisdicción civil para el inicio y sustanciación de los procesos civiles en Venezuela.

2. Los medios electrónicos utilizados como herramientas que auxilian el trámite de los procesos civiles en la actualidad.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)⁵ son la columna vertebral de la nueva modalidad implementada para los juicios civiles *on line* en el sistema de justicia en Venezuela, lo que supone una transformación casi total para las actividades que se desarrollan en la administración de justicia, la cual se ha realizado de forma sucesiva y que comenzó con la digitalización de las sentencias publicadas en el portal del Tribunal Supremo de Justicia, así como también se incluyó entre los requisitos de forma para la interposición de la demanda que da inicio de un proceso civil, el anexo (potestativo del demandante, sin carácter obligatorio) del correo electrónico de las partes en la demanda a los fines de realizar la citación, notificación y emplazamiento de las partes vía electrónica.

En ese sentido, Criado definen las tecnologías de la información y comunicación como “un conjunto de herramientas e infraestructuras utilizadas para recoger, almacenar, tratar, difundir y transmitir la información” (Criado *et al.*, 2002: 8); mientras que García opina que “la informática es un instrumento al servicio del derecho y debe contribuir a acelerar y hacer más eficientes las labores tradicionales del jurista” (García, 2016a: 167). En las sedes de los órganos jurisdiccionales se genera información de interés público en grandes cantidades, donde las tecnologías de información y comunicación (TIC) obtienen un papel protagónico en virtud de la optimización de procesos que caracteriza el nuevo milenio.

De acuerdo con Casallas, las TIC permiten tanto el proceso de gestión como de difusión de esa información que se genera día tras día en las bases de datos de los tribunales, donde señala lo siguiente:

La gestión mediante el uso de bases de datos por ejemplo de autos y sentencias, que presta gran utilidad a los usuarios jurídicos, el procesamiento de las bases de datos permite lograr

⁵ En lo sucesivo, TIC, de acuerdo con Fundéu RAE en <https://www.fundeu.es/recomendacion/las-tic-mejor-que-las-tics-o-las-tics/> [consultado el 9 de julio del 2021].

búsquedas efectivas, vínculos con la legislación y la doctrina. Su difusión mediante el uso de la red, para por ejemplo, realizar programas de capacitación, la propaganda de foros a su interior o de la implementación de una Política Judicial, como puede ser la conciliación. De igual forma, la Rama genera información procesal, en donde los usuarios pueden conocer en cualquier momento el estado de sus litigios judiciales. (Casallas, 2010: 47).

Por otra parte, Londoño afirma que las herramientas tecnológicas pueden servir como instrumentos de apoyo en diversos procedimientos y actuaciones; o también sea el caso que se implementen como herramientas de administración en todo el proceso judicial ya que su principal labor es la de sistematizar soluciones en línea, transformando la concepción tradicional de proceso. (Londoño, 2010)

Cabe destacar que otro de los usos más frecuentes es el intercambio de información vía telemática entre los operadores de justicia, es decir, de un órgano judicial a otro a través de medios tecnológicos con la finalidad de agilizar la gestión eficiente de los procedimientos civiles, por lo que la justicia electrónica sugiere una modernización en el trámite de los procesos judiciales en aras de brindar un mayor acceso efectivo a la justicia como derecho fundamental, lo cual resulta un elemento sumamente esencial que caracteriza las atribuciones del Poder Judicial como entidad pública encargada de la administración de la justicia en el Estado.

Del mismo modo, Casallas explica que actualmente la *e-justicia* tiene su mayor incidencia en cuanto al tratamiento de la información en el sistema judicial, verbigracia, las notificaciones de los actos procesales, hasta el pronunciamiento de la sentencia; de manera que el simple hecho de digitalizar esa cantidad masiva de información, evidencia una de las áreas más frecuentes de intervención de la justicia electrónica, siendo una de las que más impacto logra a corto plazo en virtud de la evolución paulatina en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. (Casallas, 2010)

Es por ello que Ríos afirma que las nuevas tecnologías de la información y comunicación deben considerarse como herramientas de mejoramiento en la calidad de la información producida en una audiencia y para facilitar el fallo del caso (Ríos, 2018). A su vez, Cerrillo asume que “la e-justicia supone el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos” (Cerrillo, 2007: párr. 6).

Con base a lo anterior, es claro que la inserción de medios tecnológicos para el trámite del proceso civil en Venezuela supone un impacto tanto jurídico como técnico en virtud de las situaciones derivadas de este nuevo método de impartir justicia. En principio se refiere a un impacto jurídico por cuanto es importante regular exhaustivamente lo que ahora se conoce como “justicia virtual”, el cual es un hito en la línea histórico-judicial venezolana para iniciar y atender los procedimientos en curso en la jurisdicción civil, es decir que esta situación ha de ser abordada no solo vía jurisprudencial sino también vía legislativa con el objeto de esclarecer y establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar de manera cierta y precisa para iniciar un proceso civil en Venezuela.

Al respecto, el uso de medios electrónicos constituye una herramienta que consolida la seguridad jurídica de los ciudadanos a la hora de impartir justicia por parte del órgano jurisdiccional, de manera que García señala que “los Procedimientos Electrónicos Judiciales son la forma más moderna, económica y expedita para acceder a la administración de justicia, no obstante lo compleja que es hoy para algunos; es el medio que en un futuro facilitará todas las tareas judiciales” (García, 2012b: 118).

De igual forma, se considera que la digitalización de la justicia sobrevenida a partir del año 2020 trae como consecuencia un impacto técnico respecto a la optimización de los recursos utilizados para impartir justicia como obligación del Estado, ya que la simple habilitación del despacho virtual conlleva a una serie de pasos para lograr acceder al órgano jurisdiccional principalmente por la vía electrónica, donde se deben cumplir ciertos parámetros y horarios que han sido pautados por el Tribunal Supremo de Justicia a través de las resoluciones judiciales previamente citadas.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia a través de la Resolución 03-2020 de fecha 28 de julio de 2020, dictó el plan piloto de la jurisdicción civil en los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta sobre el Despacho Virtual para el trámite y sustanciación de los procedimientos establecidos en el Código de

Procedimiento Civil (1981) a través del sistema digital auxiliado con la inteligencia artificial. Asimismo, establece la forma en la cual se iniciarán causas nuevas:

CUARTO: Causas Nuevas. El accionante, dentro del horario establecido, procederá a **enviar vía correo electrónico la solicitud o demanda junto con los instrumentos** (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor de Municipio ordinario y ejecutor de medidas; de Primera Instancia, según corresponda. La pretensión deberá contener, además de lo establecido por la legislación vigente y como presupuesto procesal, la **indicación de dos (02) números telefónicos del demandante y su apoderado (al menos uno (1) con la red social WhatsApp u otro que indique el demandante)**, dirección de correo electrónico, así como números telefónicos, correo electrónico de la parte accionada, a los fines del llamamiento de ley. (Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, 2020: párr. 14)

Es decir, que el proceso civil venezolano antes de la pandemia por COVID-19 era un proceso presencial desde su inicio hasta su finalización, donde la interposición de la demanda debía realizarse directamente ante la Unidad Receptora de Documentos (en lo sucesivo, URD) encargada de su distribución al tribunal civil que corresponda en virtud de la cuantía y la competencia basado en los hechos controvertidos y el objeto de la demanda en sí misma. Mientras que durante la pandemia, se creó una nueva modalidad virtual y a distancia que permite a la parte demandante introducir el escrito libelar de la demanda vía correo electrónico, donde la URD tendrá a su cargo la distribución por correo electrónico al tribunal respectivo, asentar el acta de distribución en el Libro Digital creado con ese fin y le corresponderá al tribunal sustanciador la recepción de la nueva causa y la notificación donde se exprese el día y la hora fijadas para la consignación de la demanda en la sede del tribunal cumpliendo con todas las medidas de seguridad.

Según ASLEG Abogados, una vez consignados los documentos por parte del demandante y realizado el cotejo de los que constan en el Libro Digital para su inserción en el expediente físico, el juzgado procederá a la admisión de la demanda mediante auto dentro de los tres (3) días de despacho siguientes. Luego, se harán las gestiones pertinentes a la citación del demandado la cual se hará de forma personal de acuerdo a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (1987), y serán remitidos a su correo electrónico el cual debe estar descrito en la demanda; la boleta de citación, el escrito libelar de la demanda y el auto de admisión. (ASLEG Abogados, 2020)

Por lo tanto, es necesaria la regulación completa de la informática vinculada a lo que es el funcionamiento de la rama judicial, en concordancia con el artículo 257⁶ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia como derecho constitucional y derecho humano simultáneamente, de manera que la omisión de formalidades no esenciales no pueden ser motivo para sacrificar la justicia; y donde la creación de una estructura operativa dirigida a la oferta electrónica de la administración de justicia en cuanto a los procesos civiles y demás procesos suscitados en la República sea sumamente didáctica y permita el acceso a todos los ciudadanos de esta nueva modalidad.

3. El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia: argumento constitucional para el desarrollo del despacho virtual en la jurisdicción civil venezolana.

El derecho de acceso a la jurisdicción, también conocido como el derecho a la tutela judicial efectiva es una prerrogativa procesal contemplada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también reconocido como un derecho humano a nivel internacional. Se considera como pilar fundamental de un Estado de Derecho y orientador del sistema de justicia. Sobre eso, Rivera define este derecho:

La tutela judicial efectiva no solo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta de igual forma la obligación que tiene la Administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad

⁶El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art 257)

prevista en el artículo 21 de la CRBV y a decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa. (Rivera, 2002 citado en Perozo y Montaner, 2007: párr. 16).

Para Martín, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una estructura ontológica compleja, ya que acoge un catálogo de derechos como el derecho de acceso a la justicia que tienen las personas para hacer valer sus intereses ante los órganos de administración de justicia como pilar fundamental de lo dispuesto por el texto constitucional en Venezuela, así como en el resto de los pactos y tratados internacionales que reconocen el acceso a la justicia como derecho humano propio de un estado de Derecho. (Martín, 2008)

En ese sentido, se evidencia que pretende garantizar un mecanismo eficaz que permita a los particulares reestablecer una situación jurídica vulnerada y está integrado por el derecho de acceso; el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.

Además, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 10 de mayo del 2001 determinó lo siguiente respecto a la tutela judicial efectiva:

Comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2001: en sentencia núm. 708).

Es decir, que se trata de una garantía constitucional procesal que debe estar presente desde el momento en que se accede al órgano jurisdiccional hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto, es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, inmediatamente se protegen cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que orientan el proceso.

Sobre ello, Acuña sostiene:

El derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 26, que no se agota, como normalmente se ha difundido, en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta; el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; derecho a asistencia jurídica en todo estado y grado del proceso; derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión; oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables. (Acuña, 2013: 8).

Se considera sinónimo de garantía jurisdiccional que concatenado con el debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), tienen el objeto de amparar y proveer de seguridad jurídica a la ciudadanía para que accedan a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y resolver sus controversias y situaciones jurídicas. Sin embargo, el sistema de justicia venezolano tiene una cantidad de obstáculos que impiden, de una manera u otra, la realización efectiva de la justicia gracias a factores externos, ya sea por la falta de personal en los juzgados, retardo procesal injustificado, días de no despacho, fallas de electricidad, la deficiencia en el servicio de internet y señales de telecomunicación.

Por otro lado, Acuña también describe el derecho al acceso a la justicia como consecuencia de la tutela judicial efectiva:

La tutela judicial efectiva se refiere al conjunto integrado de todos los derechos y garantías constitucionales procesales que comprende el derecho que tienen los ciudadanos a acceder

a los órganos jurisdiccionales; a obtener una sentencia fundada y razonable, que no sea errada, el derecho a recurrir de la decisión de sentencia y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia. (Acuña, 2013: 6).

Un aspecto importante de este derecho constitucional e internacionalmente reconocido es la imposibilidad de ser sometido a condiciones que lo engloba, ya que atentaría contra la esencia de su ejercicio y desnaturalizaría el fin de lo que pretende prevenir y proteger, que es precisamente el acceso a la jurisdicción, a ser oído, a presentar medios de prueba que soporten los hechos controvertidos y finalmente a obtener una sentencia razonable en un lapso de tiempo que favorezca a ambas partes.

Al respecto, Álvarez y Sánchez puntualizan que:

Se hace referencia a un proceso judicial y a un proceso administrativo donde se respete el debido proceso, el cual tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley y por ende debe garantizar los límites al poder jurisdiccional del Estado para que no se convierta en una forma de atropellar a los ciudadanos y ciudadanas. Sobre estas bases nace el principio de la legalidad procesal que conlleva a una Tutela Judicial Efectiva a través de un verdadero y eficaz contradictorio donde se brinde a la persona la oportunidad de ejercer plenamente su defensa y se garantice la correcta aplicación de las leyes a cada caso en concreto. (Álvarez y Sánchez, 2013: 261).

En conjunto, se entiende que la jurisdicción es una función fundamental que ejerce el Estado, por lo que es sumamente importante que los operadores de justicia y el máximo órgano del Poder Judicial sean los responsables de responder por el cumplimiento y protección del derecho al acceso a la justicia consecuente del debido proceso como macro garantía procesal, sin dilaciones y retardos innecesarios que obstruyan la solución de los conflictos e intereses de los particulares. Son las circunstancias de tiempo, modo, lugar que actúan como factores intrínsecos en la estructura procedimental para la fijación y resolución de las controversias judiciales en la jurisdicción civil en Venezuela.

Conclusiones

Los resultados obtenidos en esta investigación suponen un avance en el estudio de un nuevo fenómeno informático desarrollado en la jurisdicción civil venezolana, dado que se concluyó que el juez al ser el director del proceso y tiene entre sus atribuciones velar por la realización de la justicia a través de los principios de la tutela judicial efectiva, el control del retardo procesal y la economía procesal, actualmente tiene a su disposición las tecnologías de la comunicación y la información para dar respuesta de manera efectiva a las nuevas causas que se inicien bajo la modalidad virtual en los tribunales civiles de la República Bolivariana de Venezuela.

Es por ello que el Poder Judicial a través de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia instauró un nuevo modo para tramitar los procedimientos en la jurisdicción civil venezolana por medio de un sistema digital y con el auxilio de las tecnologías de información y comunicación, habilitando canales electrónicos que permitan el goce y disfrute del derecho de acceso a la justicia como expresión del debido proceso y la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocidos.

Está claro que el desarrollo de la actividad judicial mediante esta nueva modalidad de despacho virtual comenzó en algunos estados de Venezuela por mandato jurisprudencial, pero que debido a la práctica jurídica logró instaurarse en el resto del país con el único objetivo de atender y dar respuesta a la mayor cantidad de solicitudes ante el órgano jurisdiccional civil durante la situación sobrevenida de pandemia por COVID-19 que exige el confinamiento y distanciamiento social de forma excluyente.

Es importante distinguir entre el funcionamiento de la jurisdicción civil antes de la pandemia, la cual era totalmente presencial con ciertas excepciones que se justificaban en requisitos de forma sin inmiscuirse en la estructura procedimental del momento. El inicio de nuevas causas, la sustanciación y terminación del proceso debían realizarse en la sede del tribunal respectivo, anexando en físico todos los actos, medios probatorios y demás escritos que sean requeridos y que concatenados al cómputo de los lapsos procesales formaban el procedimiento

en sí mismo. Mientras que luego del Decreto del Estado de Alarma emitido en el año 2020, las tramitaciones de los procesos civiles en su totalidad se han venido sustanciando por vía electrónica con base a los parámetros que estableció el Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo tanto, en la actualidad se alternan ambas modalidades tanto virtual como presencial para lograr garantizar el derecho de acceso a la justicia protegido por la legislación nacional e internacional, cumpliendo las disposiciones legales referentes a los procesos civiles conforme al Código de Procedimiento Civil (1990), respetando su estructura primigenia así como los principios que lo rigen, pero con una nueva realidad informática que actúa como un valor agregado, no sólo en virtud de la situación de pandemia que aqueja a la ciudadanía, sino por el proceso evolutivo procesal por el cual atraviesa el sistema de justicia venezolano a partir de la jurisdicción civil y que se pretende se acojan el resto de los juzgados que conocen del resto de competencias a nivel nacional.

Referencias

ACUÑA, Yuheisy. 2013. "Tutela Judicial Efectiva y Debido Proceso en Venezuela". En **Universidad Católica Andrés Bello**. En <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS7666.pdf> [Consultado el 4 de marzo del 2021].

ÁLVAREZ, Carmen y SÁNCHEZ, Roslyn. 2013. *La tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico venezolano*. **Anuario**. En <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc36/art09.pdf> [Consultado el 23 de Mayo del 2021].

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 Extraordinario del 20 de diciembre de 1999. Caracas. Venezuela.

ASLEG Abogados. 2020. **Despacho Virtual en la Jurisdicción Civil**. En <https://www.aslegabogados.com/despacho-virtual-jurisdiccion-civil/> [Consultado el 11 de Junio del 2021].

CASALLAS, Leonardo. 2010. *Justicia Electrónica*. En **Revista Digital de Derecho Administrativo**. Número 4. Colombia. P. 43-56.

CERRILLO, Agustín. 2007. *E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI*. **Revista de Internet, Derecho y Política**. En <http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/cerrillo1.pdf> [Consultado el 14 de marzo del 2021].

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1990. **Código de Procedimiento Civil**. Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela No. 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

CRIADO, Ignacio, ARAUJO, María y SALVADOR, Miguel. 2002. *La necesidad de teorías sobre gobierno electrónico. Una propuesta integradora*. **XVI Concurso de Ensayos y Monografías del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública**. En [https://www.urbe.edu/info-consultas/web-profesor/12697883/articulos/Comercio%20Electronico/la-necesidad-de-teoria\(s\)sobre-gobierno-electronico-una-propuesta-integradora.pdf](https://www.urbe.edu/info-consultas/web-profesor/12697883/articulos/Comercio%20Electronico/la-necesidad-de-teoria(s)sobre-gobierno-electronico-una-propuesta-integradora.pdf) [Consultado el 5 marzo del 2021].

DUQUE, Román. 2020. **Despacho Virtual Judicial Civil en Venezuela**. En <https://bloqueconstitucional.com/despacho-virtual-judicial-civil-en-venezuela/> [Consultado el 1 de septiembre de 2020].

GARCÍA, Myrna. 2016a. **Justicia electrónica: En busca de la Interoperabilidad**. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4065/11.pdf> [Consultado el 20 de marzo del 2021].

GARCÍA, Nayeli. 2012b. **Juicio en Línea**. En <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2012/NayeliGarcia.pdf> [consultado el 12 de octubre de 2020]

GOACUTO, Lorisel. 2020. **Justicia Civil Virtual en Venezuela**. En <https://loriselgoacuto.wordpress.com/2020/09/09/justicia-civil-virtual-en-venezuela/> [Consultado el 24 de febrero del 2021].

LONDOÑO, Néstor. 2010. *El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea*. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana**. En <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151416945005.pdf> [Consultado el 18 de febrero del 2021].

LORCA, Antonio. 2020. *COVID-19 y realidad virtual del proceso*. **Revista Internacional de Derecho**. En http://repositorio.uwiener.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/123456789/4737/2020_REV-INT-DER_VOL1-1_ART%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 18 de junio del 2021].

MARTÍN, Miguel Ángel. 2008. **La fase previa en el proceso civil venezolano** (Trabajo Postgrado). En <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7488.pdf> [Consultado el 15 de febrero del 2021].

PEROZO, Javier y MONTANER, Jessica. 2007. *Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. **Revista Frónesis**. En http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682007000300004 [Consultado el 8 de febrero del 2021].

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2020. **Decreto N° 4.160**. Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.519 Extraordinario del 13 de marzo del 2020.

RÍOS, Alma. 2018. *La justicia electrónica en México: visión comparada con América Latina*. **Perfiles de las Ciencias Sociales**. En <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2491/1/171-1722-A.pdf> [Consultado el 10 de marzo del 2021].

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sala Constitucional. Sentencia del 10 de mayo del 2001. **Numero 708**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sala de Casación Civil. Resolución del 29 de julio de 2020. **Número 03-2020**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sala de Constitucional. Sentencia del 27 de agosto de 2020. **Numero 0144**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sala de Casación Civil. Resolución del 05 de octubre de 2020. **Número 04-2020**

Validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares¹

*Virginia Mottola*²

*Ángel Niño*³

Resumen

El presente proyecto de investigación tuvo como objeto general analizar la validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares. Para sustentar el mismo, se emplearon los estudios doctrinarios de Tagiuri y Davis (1982), Valmaña (2013), Gandolfo (2013), Gaitan y Castro (2005), entre otros; sustentada de la misma forma por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el Código Civil (1982) y el Decreto Real 171/2007. La investigación, fue sociojurídica, y de tipo descriptiva se empleó como técnica la encuesta y la observación directa de los cuerpos normativos. Se concluyó como relevante la validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares para la protección jurídica de las empresas familiares como instrumento fundamental de la economía nacional.

Palabras clave: Capitulaciones matrimoniales, protocolo familiar, empresas familiares

Validity of future marriage clauses in family protocols

Abstract

The present research project aims to analyze the validity of the clauses on future nuptials in the family protocols. To support it, the doctrinal studies of Tagiuri and David (1982), Valmana (2013), Gandolfo (2013), Gaitan y Castro (2005), among others, were used; supported in the same way by the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999), the Civil Code (1982) and Royal Decree 171/2007. Ultimately, the research was of an applied type, with a socio-legal scope, descriptive field layout and was carried for three (3) months documented in a schedule. It concluded the relevance of the validity of the clauses on future nuptials in the family protocols as a legal protection for the family businesses as an instrument for the national economy.

Key words: Marriage agreements, family protocol, family businesses

Introducción

La Familia es un grupo natural con pautas de interacción en el tiempo, tiende a la conservación y a la evolución; es considerada el núcleo celular de la sociedad. Está concebida como una institución existente a lo largo de la historia; ha compartido siempre las mismas funciones, entre ellas, la crianza de los hijos, la supervivencia y la común unión de los miembros de esta: no es una entidad estática, está en un cambio continuo a la par del contexto social (Minuchin y Fishman, 1985).

¹Recibido: 04/10/2021 Aceptado: 14/12/2021

El presente ensayo científico es el resultado del Trabajo Especial de Grado titulado: Validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares. el cual fue realizado en la Universidad Rafael Urdaneta en Maracaibo, Venezuela.

² Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: virmotto@gmail.com

³ Abogado. Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: angelnino.uru@gmail.com

La familia parte del matrimonio, entendido como la unión legal de dos personas, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida (De Pina Vara, 2006); es por ello, la derivación de diversos regímenes a partir de la unión, como el patrimonial, el cual se conforma por los bienes comunes a ambos contrayentes; este se rige por un conjunto de normas denominadas “Régimen Patrimonial Matrimonial” mediante el cual los futuros consortes tendrán la facultad de determinar su régimen patrimonial para lo cual se implementan las capitulaciones matrimoniales, entendiendo estas como pactos o convenios perfeccionados por los futuros contrayentes con el objeto de determinar el régimen económico patrimonial.

Por otro lado, la empresa familiar es una organización donde la política y dirección están sujetas a la influencia de uno o más núcleos familiares; esta influencia es ejercida a través de la propiedad y en ocasiones a través de la participación de la familia en gestión. (Davis y Tagiuri, 1982). En relación a lo anteriormente planteado, las empresas de este tipo se rigen por el Protocolo Familiar, este es un documento contractual potestativo cuyo objetivo es regular el buen gobierno de la empresa familiar. Dicho documento contiene reglas preventivas a los potenciales conflictos resultantes de la interacción empresa-familia en orden al buen funcionamiento de la empresa familiar. (Fernández del Pozo, 2008).

A nivel Latinoamericano, en un mismo orden de ideas, existe un gran número de grupos empresariales familiares, dentro de los cuales destacan Falabella (Chile), Grupo Carso (México), Tenaris (Argentina), Grupo Aval (Colombia), Pronaca (Ecuador). Ahora bien, en Venezuela, la empresa familiar es un motor importante de la economía, generadora de riqueza y responsable del desarrollo y producción de importantes rubros del país; dichas empresas están regidas por una serie de principios consagrados en el Código de Comercio (1955), los cuales apoyan su desarrollo y alcance consolidar una verdadera eficacia; estos son, el principio de la preservación de la propiedad en manos de la familia empresaria, otro de ellos es el principio del mantenimiento de la dirección de la empresa en manos de miembros de la familia empresaria y por último el principio de la no competencia con la empresa familiar.

Este artículo científico traerá a colación la identificación de inseguridades jurídicas respecto de la regulación de los protocolos familiares y cada una de las disposiciones emanadas por este contrato, resaltando así, la firma de capitulaciones matrimoniales al momento de contraer nupcias. Asimismo, se presenta los resultados obtenidos a través de la encuesta para cual se elaboró un cuestionario en ambiente virtual y constituido por 6 preguntas abiertas dirigido especialmente a 20 empresas que reunían los criterios siguientes: Ser una entidad activa, constituir el carácter familiar y estar ubicadas en Venezuela⁴.

1. Generalidades de la Empresa Familiar.

La empresa familiar es una figura conformada por la fusión de dos conceptos siendo estos la empresa y la familia. La familia, en primer lugar, se conceptualiza como el lugar primordial donde se tramitan los riesgos sociales de los miembros conformantes (Carbonell *et al.*, 2012). Ahora bien, otra posición distinta es la adoptada por De Pina Vara (2005) cuando establece que la familia es considerada un conjunto de personas dentro de las cuales existe una relación de parentesco de consanguinidad por más lejano que fuere. De la misma forma, Gustavikno (1987) plantea a la familia como una de las instituciones humanas más antiguas y, a su vez, se constituye como elemento clave para el desarrollo y funcionamiento de la sociedad. Dicho esto, es de vital importancia resaltar la función primordial del Estado Venezolano de garantizar la protección a la familia, derecho consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) específicamente en su artículo 75 donde se establece:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia (...) (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: artículo 75)

⁴Para ver lista de empresas a la cual se aplicaron la entrevista véase el Trabajo Especial de Grado, titulado: Validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en los protocolos familiares.

Ciertamente, la familia es una de las figuras más relevantes en cuanto al crecimiento, centralización y permanencia de la Sociedad debido a que como mencione anteriormente no es de carácter estacionario, al contrario, conlleva en sí una modalidad cambiante en pro al desarrollo de la misma. Es por esto, que el Estado Venezolano debe garantizar su protección en aras de contribuir con el aumento de posibilidades de mantener una sociedad productiva que nos beneficie a todos. El artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace énfasis en una serie de características que deben contener las relaciones familiares para que sean más efectivas a la hora de llevar a cabo sus distintas funciones. Ahora bien, dichas características son de suma importancia para la empresa familiar, ya que si bien es cierto, cuando la directiva de una empresa está conformada por miembros familiares se deben tener en cuenta diversos aspectos para así poder llegar a perdurar en el tiempo y tener un funcionamiento fructífero.

También, es importante destacar que para una toma de decisiones efectivas por parte de las empresas familiares debe haber solidaridad, empatía, respeto, templanza, prudencia, entre otras virtudes, siendo la base fundamental para el entendimiento mutuo entre los miembros que conforman la empresa familiar, pues, no solo se trata de tener conocimientos técnicos y especializados en dicha área, se necesita una estructura que pueda englobar tanto la calidad humana como el lado profesional de las personas. Es así como se complementará, entonces el buen funcionamiento de una empresa familiar, con la fusión de estos dos puntos que son sumamente relevantes para poder obtener a lo largo del tiempo un desarrollo íntegro de la misma.

En este sentido, la Familia no solo está entrelazada por lazos consanguíneos o amistosos, aunado a ello, estas se asocian para crear diversas organizaciones. Si bien es cierto, una de las estimaciones más reales en la actualidad, arroja un porcentaje del 65 y 80% de las empresas alrededor del mundo son propiedades familiares o en su defecto están dirigidas por las mismas (Gersick *et al.*, 1997). Ahora bien, dentro en Venezuela se estima un 92% de las empresas son familiares, en países como Estados Unidos de igual forma, el 96% de las empresas son familiares, en España se estima el 71% y en Italia a su vez un 99%, también en Colombia se oscila entre un 70/75% entre pequeñas, medianas y grandes empresas familiares (Gaitan y Catro, 2005).

En un segundo plano, la empresa es definida como una organización social dentro de la cual una persona o un grupo de personas, desarrollan ciertas actividades encaminadas a la explotación de un negocio con la finalidad de producir o distribuir bienes y servicios enmarcados a una realidad social determinada (Chiavenato, 1993); otras definiciones engloban a la empresa como todo sistema u entidad, la cual ejerce actividades económicas, independientemente de su estructura jurídica. Así mismo, Rodríguez (1999) estipula a las empresas como el principal factor dinámico de la economía de una nación donde al mismo tiempo constituyen así un medio de distribución productor de un impacto directamente en la vida privada de sus habitantes.

Por otro lado, Andrade (1996) define a la empresa como una entidad constituida por un capital social; cuenta con el trabajo de su promotor y también este puede contratar a una serie de trabajadores que desarrollan actividades complementarias ya sean industriales mercantiles o la prestación de bienes y servicios como producto de su propósito lucrativo.

La fusión de estos dos conceptos se da la denominación de “empresa familiar”. Para autores como Gallo y Sveen (1991) es una empresa en la cual los miembros de la familia tienen la mayor capital de la empresa y a su vez tienen el control total, algunos formando parte de la dirección de la misma y al mismo tiempo participando en la toma de decisiones importantes. También, la empresa familiar es concebida como la propiedad perteneciente a un grupo de individuos que están unidos por lazos familiares, donde algunos de los miembros de la familia forman parte de su gobierno y dirección con la finalidad de implementar sus principios con la intención de ser transmitida a generaciones futuras. Por otro lado, Neubauer y Lank (1999) consideran a la empresa familiar como una empresa donde independientemente de su figura, es decir, sea unipersonal o sociedad mercantil de cualquier tipo, el control de los votos dentro de la misma estarán sujetas a una familia determinada.

De igual forma, es de suma relevancia mencionar las características más comunes de las empresas familiares: dirigidas por sus dueños, también, suelen generarse una serie de interferencias de índole familiar respecto a la toma de decisiones, siendo este último aspecto una gran desventaja dentro de las mismas para garantizar de forma

eficaz una gestión comercial y financiera. En el mismo orden de ideas, cabe destacar que un factor clave para el desempeño de estas organizaciones son los valores familiares que a su vez se implementan en las mismas, de modo que así puedan lograr una ventaja corporativa con la finalidad de que esta perdure a lo largo del tiempo. Enfatizando los siguientes: la responsabilidad, la credibilidad, el respeto, la justicia o la equidad y por último pero no menos importante, el trabajo duro (Garza *et al.*, 2011).

Así mismo, otros autores como Chrisman *et al.*, (2005) consideran que la empresa familiar debe estar conformada por tres elementos vitales para su formación, siendo estos: 1) la Propiedad, 2) la Empresa y 3) la Familia, conocido como el modelo de los tres círculos. Este modelo surge en el año 1982 propuesto por Tagiuri y Davis, básicamente, se caracteriza por explicar la forma en la cual se sobreponen estos tres pilares conformantes a la empresa familiar, así como también, el espacio correspondiente a cada uno de los individuos involucrados en los siete subconjuntos constituidos en las áreas de sus interacciones y los conflictos producidos para dichas empresas. (Tagiuri y Davis, 1982).



Fuente: Tagiuri y Davis (1982).

Figura 2. Modelo de los tres círculos

Figura 1. Modelo de los tres círculos

Fuente: Tagiuri y Davis (1982)

Ahora bien, los subgrupos referidos en el presente gráfico se desarrollan de la siguiente forma: con respecto al área uno (1) le concierne a cualquier miembro de la familia, independientemente de no ser propietario ni desarrollar alguna actividad dentro de la empresa, puede influir de forma directa en las decisiones futuras de la empresa. Por otro lado, el área dos (2), les corresponde entonces a los individuos propietarios, pero no miembros de la familia ni trabajadores dentro de la empresa. El área tres (3) la conforman aquellos individuos trabajadores de la empresa y a su vez disfrutan de un beneficio económico sin ser propietarios o formar parte de la familia.

Así mismo, el área cuatro (4) les incumbe a los miembros de la familia propietarios no trabajadores de la empresa, a distinción del área cinco (5) correspondiente a los propietarios trabajadores en la empresa, pero no integrantes de la familia. En el mismo orden de ideas, el área seis (6) la integran los miembros de la familia no propietarios, pero de igual forma trabajadores de la empresa y, por último, el área siete (7) estará integrada por los individuos, quienes además de ser propietarios, pertenecen a la familia y a su vez trabajan dentro de la empresa.

Además, una de las ventajas más resaltantes de este modelo es su simplicidad al momento de interpretaciones y a su vez tiene una extraordinaria aplicación práctica. Si cada individuo se ubica en el modelo y comprende su papel dentro del mismo, esto ayudará a entender lo vital del desempeño su rol correctamente, pues, no es menos cierto, los surgimientos de los problemas dentro de las empresas familiares son generados por las confusiones originadas entre la Propiedad, la familia y la empresa en sí.

Si bien es cierto, el 100% de las empresas encuestadas son empresas familiares de gran ímpetu ubicadas en el territorio venezolano, no cuentan con un protocolo familiar o algún tipo de régimen legal que salvaguarde el patrimonio de la familia en caso de contraer nupcias en cualquiera de sus generaciones, por lo que nos encontramos con una gran cantidad de vacíos e inseguridades jurídicas al momento de proteger ese tipo de empresas y de lograr su perduración a largo plazo.

2. Protocolo Familiar.

El Real Decreto 171/2007 define al protocolo familiar como aquel conjunto de pactos consentido por los socios entre sí o por terceros con quienes se tienen vínculos familiares alterantes de una sociedad no cotizada, en la cual tengan un interés particular en orden a adquirir un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular así, las relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa, las cuales puedan afectar a dicha entidad. Ahora bien, de igual forma, se puede hacer referencia al Protocolo familiar como un documento de estructura y lenguaje jurídico cuya expectativa de efectividad está puesta en su juridicidad (Cortes Generales del Reino de España, 2007).

Por otro lado, de acuerdo con Barbeito *et al.*, (2008), es una declaración de intenciones decidida por todos los miembros de una familia, la cual tiene como finalidad sustentar la empresa familiar, es decir, defender y aumentar el patrimonio familiar y eludiendo así la dispersión del capital, también, evitar la intromisión forzosa de la familia en la gestión, reduciendo entonces el acceso de los familiares a la empresa, así como también, su presencia dentro del Consejo de Administración y por último ayudar a superar las crisis estructurales que se presentan típicamente en las empresas familiares.

Se señala entonces, tanto la familia como la empresa están debidamente amparadas por la legislación, sin embargo, como se ha notado, al unir estos dos conceptos surgen una serie de lagunas y necesidades; por ende, es necesario develar el por qué es necesario la elaboración de un protocolo familiar en este tipo de entidades como lo son las empresas familiares. Debido a ello, la mayoría de los autores decide denominarlo como un acuerdo macro, para alcanzar su máxima efectividad. Por ende, la Naturaleza jurídica del Protocolo familiar es uno de los puntos más debatidos entre los diferentes autores, siendo la cantidad de pactos conformantes del protocolo familiar el núcleo de tal discusión, debido a la contención de cláusulas con efectos y naturalezas distintas: por una parte unas agrupan aspectos éticos y morales y a su vez, otras conllevan verdaderas consecuencias jurídicas. Es allí entonces donde se deriva uno de los problemas más resaltantes de estos documentos, siendo evidentemente el de la exigibilidad de cada una de las cláusulas conformantes. Por otro lado, el Real Decreto 171/2007 arroja un dato de suma importancia para identificar la naturaleza del protocolo familiar y es, precisamente el “carácter estrictamente voluntario” de estos documentos.

En este orden de ideas y atendiendo a las definiciones anteriormente desarrolladas con referencia a los protocolos familiares, se considera como un contrato, contemplado en el Artículo 1133 en nuestro Código Civil (1982) Venezolano como “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.”; esto hace referencia a su elaboración, puesto no es obligatorio pero en caso de acuerdos entre los miembros de la, entonces, sí es de obligatorio cumplimiento.

Además, la elaboración de un protocolo familiar es de gran beneficio, pues, apoya a la organización en los asuntos internos de las empresas familiares, siendo su único fin, poder lograr el fructífero desarrollo de las mismas dentro del mercado, y así pues, su continuidad a lo largo del tiempo. Por ello, se establecen dentro de este, los derechos como las responsabilidades de los integrantes de la familia y a su vez se crean expectativas para la familia, las cuales sustentan la continuidad de la empresa a lo largo del tiempo. (McClain 2006).

Atendiendo lo anteriormente establecido debemos concretar que la elaboración de un protocolo familiar debería ser vital para las empresas familiares, pudiendo este solventar, proteger y aclarar muchas de las dudas o disyuntivas que presentan este tipo de empresas comúnmente, y por lo que, en consecuencia, en muchos casos, es sinónimo de caos y ruptura para las mismas.

Ahora bien, de acuerdo a la encuesta realizada solo el 40% de las empresas están bajo un régimen de protocolo familiar, el otro 60% no cuentan con un régimen de este tipo, por lo que entendemos que menos de la mitad de las empresas encuestadas se encuentran en muchos planos de riesgo por no tener un protocolo familiar que las respalde de manera efectiva en todas sus áreas. Otra interrogante realizada a las empresas familiares estuvo relacionada con el instrumento jurídico bajo el cual se regula su empresa y el manejo de las relaciones dentro de los miembros de la misma, y evidentemente la mayoría de las empresas no cuentan con un respaldo jurídico, utilizan meramente acuerdos de palabra o políticas privadas que solo establecen ellos, es por ello que jurídicamente, no están protegidas al 100% dentro de lo que comprende nuestra legislación.

Debido a esto, es importante destacar que el 75% de las empresas familiares encuestadas no contaban con cláusulas relacionadas con el tema de las futuras nupcias, mientras que el otro 25% si contaban con dichas cláusulas. Por lo que, podemos establecer que más de la mitad de las empresas familiares encuestadas, aunque contarán con un protocolo familiar no contaban con cláusulas relacionadas a las futuras nupcias, es aquí donde podemos aclarar un poco el motivo de esta problemática. Es de suma importancia dar a conocer este tipo de detalles que, aunque parezcan menores, a largo plazo pueden ser problemas realmente caóticos para la empresa familiar en sí, ya que si no se establecen cláusulas referidas a las futuras nupcias y a la forma obligatoria de capitulaciones matrimoniales, cualquier tipo de separación por parte de alguna pareja de los miembros de la familia podría acarrear el desequilibrio del patrimonio familiar, o en su defecto, la ruptura del mismo, poniendo en un plano de desventaja a todos los miembros que conformen dicha empresa.

2.1. Finalidad del Protocolo Familiar.

Formalizar la idea de un protocolo familiar proporciona varias ventajas sustanciales en cuanto a la tranquilidad y a la confianza dentro de la empresa familiar, puesto regula el proceder en caso de situaciones donde surjan diversidad de opiniones sobre situaciones puntuales o conflictos profesionales de gestión, de igual forma, otra función muy importante, es el soporte brindado hacia el crecimiento de los integrantes de la familia y la gestión de expectativas. Esto hace referencia en primer lugar, al desarrollo profesional de los miembros y en segundo lugar, a las expectativas empresariales sobre sus miembros respecto de la continuidad del negocio y a su vez el grado de compromiso de los mismos. (Camizon Sornoza y Ríos Navarro, 2016)

De igual forma, luego de adentrarse en la realización del protocolo familiar, comienza otra etapa denominada como “Proceso de Planificación Paralela”. El proceso de planificación paralela es de vital importancia, pues, dentro del mismo surgen beneficios realmente efectivos para la realización de un protocolo familiar, puesto fusiona las necesidades tanto de la empresa como los de la familia para garantizar un trabajo en pro de ellos, en vez de actuar cada una en contra de los intereses y objetivos de la otra.

En este sentido, la meta principal del proceso de planificación paralela, deriva en tanto los planes empresariales como los familiares para respaldarse mutuamente respecto a sus necesidades y objetivos. Ahora bien, la forma más idónea para llevarlo a cabo es tomando en cuenta todas y cada una de las expectativas empresariales dentro del marco de las expectativas de la familia y la empresa, por lo cual, la meta final de este proceso es entonces, apoyar el incremento de estrategias, las cuales crean valor económico a largo plazo para aquellos interesados (Randel *et al.*, 2010). Por otro lado, Goma Lanzón (2008) adopta con respecto a la finalidad, conseguir la sucesión en la propiedad de la empresa se haga con los menores costes emocionales, económicos y fiscales.

2.2. Contenido y Estructura del Protocolo Familiar.

Respecto a este punto, Martínez (2007) afirma la dificultad existente al momento de establecer una estructura formal con relación al protocolo familiar, puesto, como se ha mencionado anteriormente, este es un contrato único desarrollado conforme a las necesidades y requerimientos de cada familia, cuyo contenido del protocolo estará dominado por las leyes del país donde se encuentre la empresa y a su vez por las costumbres familiares. De igual forma, se han publicado tanto por parte de la doctrina como por los organismos públicos, modelos orientativos para poder elaborar el protocolo de una forma viable (Pérez Jiménez, 2008).

Tomando en cuenta uno de los modelos orientativos, una parte de la doctrina considera, con respecto a la organización del protocolo familiar, esta debe ejecutarse de la siguiente manera: en primer lugar se debe emplear un apartado introductorio, el cual se conoce como el “preámbulo”, allí deberá estar debidamente señalada la historia de la familia y al mismo tiempo, se deberán plasmar las razones por las cuales decidieron crear el protocolo familiar, una vez establecido esto; deberán resaltar las metas a alcanzar con la decisión de realizar este documento (Roca, 2005).

Corona establece al preámbulo como el espacio idóneo para asentar las normas adecuadas a presentar dentro del Protocolo y a su vez estas normas se relacionan con los planos presentes a la hora de elaboración del documento, siendo estos, el plano objetivo y el subjetivo (Corona, 2005). En el primero se tomarán aspectos como: las relaciones intrafamiliares, la actitud y motivación de los familiares frente a la sociedad y por último pero no menos importante, los objetivos a alcanzar con la elaboración del protocolo. Por otra parte, en el plano subjetivo debe señalarse la tradición de la familia, la voluntad de los miembros de la familia para trabajar en conjunto, así como también los objetivos y planteamientos de forma individual.

Posteriormente debe precisarse el ámbito de aplicación, estos pueden ser: ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y temporal. Al hacer referencia al primero, dentro de este se debe delimitar la sociedad en la cual se van a aplicar los efectos dicho protocolo, entendiendo, por una parte, cuya finalidad de los protocolos es regular de forma universal la relación entre la familia y la empresa y, por otra parte, solo buscan regular una situación en específico, por ejemplo, las Capitulaciones matrimoniales, en este caso.

Ahora bien, respecto al segundo, siendo el ámbito subjetivo, la participación durante el proceso por parte de los individuos integrantes de la empresa. Por último, el ámbito temporal donde se debe asentar, efectivamente, el tiempo de duración del contrato, comúnmente es de carácter ilimitado.

En este orden de ideas, siguiendo a Valmaña (2013), luego debe formalizarse un apartado con relación al gobierno de la empresa, donde se tratarán puntos como la creación y regulación de los órganos propios de la empresa como la Asamblea Familiar. Ahora bien, la autonomía de la voluntad de los firmantes del protocolo estará sujeta a doble medida, sin embargo, con respecto a los órganos propios de la empresa, estos gozaran de libertad absoluta, es decir, podrán estructurarse y organizarse como ellos lo consideren oportuno, puesto no están apegados a ninguna ley que los regule, a diferencia de los órganos societarios, los cuales no podrán regirse por disposiciones contrarias a las de la legislación vigente.

Posteriormente a ello, se debe elaborar un apartado referente al régimen del trabajo de la empresa, donde deberán estar incluidos los procedimientos a seguir en caso de adquisición de un puesto de trabajo dentro de la empresa familiar (criterios de acceso); dichos procedimientos se realizarán como si se tratara de cualquier otro profesional, el cual aspire al cargo dentro de la empresa, y en caso de determinar la capacidad del familiar para cumplir con las expectativas del cargo, se procederá el otorgamiento (Lansberg, 1983)

Por otro lado, Fernández (2008) señala otro de los posibles apartados a incluir dentro del protocolo familiar, es el de la propiedad de la empresa; dentro de este se regulará todo lo concerniente a la propiedad de la empresa, con el objetivo de permanencia dentro de las manos de la familia. Por último, pero no menos importante, se encuentran las cláusulas de orden, donde se pueden incluir cláusulas penales debido a algún incumplimiento dentro del protocolo, las previsiones de actualización y revisión, el alcance de su publicidad registral, el mecanismo para la resolución de conflictos y las reglas para su interpretación. En conclusión, este es uno de los modelos orientativos adoptados por la doctrina.

2.3. Clasificación del Protocolo Familiar.

Sobre este punto, Gortazar (2004) señala la existencia de tres tipos de protocolos familiares; en primer lugar, hace referencia al pacto entre caballeros, el cual contiene tanto principios como valores, obligatorios sólo a quienes los que se suscriben, desde un punto de vista familiar, social y moral y por su misma naturaleza no tienen ningún tipo de influencia legal.

Por otro lado, otra clasificación es la del Protocolo Contractual; se trata de un documento, público o privado, donde se consagran una serie de deberes y derechos de carácter imperativo para las partes, puesto quedan vinculados jurídicamente, estableciéndose en su caso las garantías o sanciones convenientes si hay algún tipo de incumplimiento; estos derechos y obligaciones derivan de la elaboración de este documento, únicamente le repercute a las partes involucradas, por lo cual, no se ejerce ningún tipo de acción ante terceros. (Masri, 2004). Al mismo tiempo, Fernández (2009) menciona otra clasificación siendo esta el protocolo institucional, básicamente, ejerce fuerza obligatoria antes las partes firmantes, también es oponible ante terceros, pudiendo inscribirse en un Registro Público.

Pocos protocolos entran dentro de una clasificación, debido a la contención de una mezcla, la cual generalmente se divide en apartados referentes al ámbito familiar, donde se encuentran preestablecidos los principios morales, y por otro lado, se suscitan apartados donde establecen el cumplimiento de los derechos y obligaciones puntualizados en el documento y de no hacerlo, de igual forma estarán asentadas las sanciones. Así como también se puede consagrar la oponibilidad ante terceros del pacto.

2.4. Instrumentos Jurídicos de Desarrollo del Protocolo Familiar.

Para el desarrollo eficaz del Protocolo familiar, es de vital importancia incluir otros documentos para así transmitir en cada área lo aspirado, como lo son las capitulaciones matrimoniales, el testamento y los estatutos sociales; estos tres instrumentos van a generar compromiso dentro del protocolo familiar en los ámbitos sucesorales, matrimoniales y estatutarios, siendo estas las áreas trastocadas por dicho contrato, para ser más específicos.

2.4.1. Capitulaciones Matrimoniales.

Para Nieves Lemus (1996) el régimen económico matrimonial es un reglamento pactado por los cónyuges, ya sea antes o después del matrimonio, en relación a todos y cada uno de los bienes aportados, o aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio, así como las donaciones y concesiones realizadas a favor de uno al otro cónyuge al momento de ser disuelto su vínculo por divorcio o nulidad. De la misma forma, las capitulaciones matrimoniales son concebidas como un acuerdo consentido por los cónyuges en donde estos pactan ante un notario, las estipulaciones que estos quieren hacer valer con relación al Régimen económico de su matrimonio. (Bañegil *et al.*, 2012).

En relación a las Capitulaciones matrimoniales autores como Sánchez *et al.*, (2005) consideran que en primer lugar, se debe seleccionar el régimen económico por el cual se regirá el matrimonio, modificar el establecido en su día o en su defecto sustituirlo por otro diferente, entendiéndose como más favorable al Régimen de la separación de bienes. De esta forma, en caso de extinción del matrimonio, no se deberá realizar la partición de un patrimonio común y a su vez la empresa permanecerá dentro de la línea de sangre (González, 2010). Por otro lado, se debe resaltar si el matrimonio está regido por la comunidad de gananciales, para en caso de liquidación de la sociedad conyugal, se haga con bienes determinados (por ejemplo, las acciones de la empresa) a uno de los cónyuges con exclusión del otro. Por último, Incluir pactos contenedores de extensión sucesoria, los cuales consisten en mejorar a algunos herederos respecto de otros.

Al mismo tiempo Bañegil *et al.*, (2012), establece una serie de ventajas fundamentales de las capitulaciones matrimoniales. Primeramente, establece que las mismas adoptan las prevenciones necesarias para la continuidad de la empresa dentro del ámbito familiar y a su vez permite el manejo de la situación patrimonial de la familia en caso del surgimiento de algún conflicto matrimonial. También, cooperan a solventar problemas económicos derivados de la disolución matrimonial y a su vez, evitan la determinación mediante ley del régimen económico del matrimonio.

Respecto a este punto, el 75% de las empresas familiares encuestadas tienen conocimiento acerca del significado de las capitulaciones matrimoniales mas no de cómo funciona su implementación y porque sería un punto a favor para su empresa, es por ello que la mayoría de ellas solo utilizan acuerdos bajo palabra o políticas privadas entre los miembros que conforman la empresa, mas no tienen un régimen legal perfectamente estructurado para poder proteger su patrimonio familiar. Por otro lado, el 25% de las empresas encuestadas, no tienen idea de

que son las capitulaciones matrimoniales, siendo este resultado realmente engorroso, ya que, si bien es cierto, cada una de las empresas que están conformadas por familias deberían tener conocimiento de estas herramientas jurídicas que podrían contribuir a la perduración de la misma a largo plazo.

Conclusiones

La presente investigación permitió concluir los siguientes puntos, la Empresa Familiar, es el vehículo económico que impulsa la economía tanto a nivel mundial como a nivel nacional, es por ello que se torna necesario la implementación de medidas dentro de la legislación venezolana ordinaria para regulación de esta figura tan relevante, esto en aras de salvaguardar la empresa familiar en relación a las futuras nupcias bajo un instrumento legal que reafirme su efectividad cada vez más. Se realizó una encuesta con 6 preguntas puntuales a 20 empresas familiares ubicadas dentro del territorio venezolano. Las respuestas brindadas por estas empresas, confirman cada vez más la falta de información y organización dentro de las empresas familiares en Venezuela, por su parte, concluimos que el 100% de las empresas encuestadas son netamente familiares.

Ahora bien, el Protocolo familiar es un contrato cuya finalidad es regular las relaciones dentro de las empresas familiares y así, poder llegar a tener una organización de gestión efectiva y óptima para que dicha empresa pueda perdurar a lo largo de sus generaciones, dentro de la encuesta se reflejó que el 60% de las empresas familiares encuestadas no cuentan con un régimen legal de este tipo, mientras que el otro 40% si están reguladas bajo un protocolo familiar. Debido a esto, podemos notar que más de la mitad de las empresas familiares a las cuales se les realizó la encuesta no cuentan con un protocolo familiar, en consecuencia, se regulan por otros instrumentos legales, o acuerdos de palabra que a lo largo del tiempo no prestan la seguridad jurídica necesaria para que perduren tanto las relaciones entre los miembros de la empresa como la organización y gestión óptima que esta requiere.

En este orden debemos puntualizar que como todo contrato, dentro del protocolo familiar existen una serie de cláusulas donde se destaca la protección en diversas áreas, entre ellas, las capitulaciones matrimoniales. En relación a las futuras nupcias el 75% de las empresas familiares encuestadas no cuentan cláusulas de este tipo, mientras que el otro 25% si poseen, concluyendo así en que más de la mitad de las mismas no tienen ningún tipo de respaldo jurídico respecto de este tema.

Es necesario la implementación de protocolos familiares donde se expresen los distintos mecanismos de protección hacia la empresa familiar y así tomen en cuenta la validez de las cláusulas sobre futuras nupcias en estos contratos; para el mejor funcionamiento de la empresa y para garantizar su estabilidad en el tiempo, y prioritariamente, la protección del patrimonio familiar ante cualquier situación de divorcio por parte de alguno de los miembros de la familia.

Referencias

ANDRADE, S. 1996. *DICCIONARIO DE FINANZAS ECONOMIA Y CONTABILIDAD* (1a. ed.). Editorial McGraw-Hill

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta oficial No. 36860. Reimpresión en marzo de 2000.

BAÑEGIL, T. M.; BARROSO, A.; HERNANDEZ, R.; BARRIUSO, C.; DEL MORAL, A.; SANGUINO, R.; TATO, J. L. y GRACIA, F. J. 2012. *La Gestión de las Empresas Familiares. El caso de Extremadura*. Fundación Caja de Extremadura. España.

BARBEITO, S., CRESPO, D., MARTÍNEZ, M. Y GUILLÉN, E. 2008. "Estudio sobre el desarrollo de protocolos familiares en Galicia", *Estudios de Economía Aplicada*, 26 (2), 1-22.

CAMISÓN, Zornoza; RÍOS, Navarro. 2016. "El protocolo familiar: Metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación". Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia

CARBONELL, J; CARBONELL, M y GÓNZALEZ MARTIN, N. 2012. Las Familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho. Universidad Autónoma del Estado de México, Instituto de investigaciones jurídicas. Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 205. Coordinadora México. Editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos.

CHIAVENATO, I. 1993. "Administración de Recursos Humanos". Editorial McGraw-Hill

CHUA, J. H., CHRISMAN, J. J. y SHARMA, P. 2005. Trends and directions in the development of a strategic management theory of the family firm. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 29, 555 -575.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1955. Código de Comercio. Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. Código Civil. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

CORONA, J. F. 2007. "Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar", en Amat, J. M., y Corona, J. F., (coord.) El protocolo familiar. La experiencia de una década, Ediciones Deusto, Barcelona, 191-193.

CORONA, José. 2005. "Manual de la Empresa Familiar". Ediciones Deusto, Barcelona.

DAVIS, J; TAGIURI, R. 1982. Bivalent attributes of the family firm. Working Paper, Harvard Business School, Cambridge, Massachusetts. Consultado el 25 de octubre de 2020: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1111/j.1741-6248.1996.00199.x>

DE PINA VARA, Rafael. 2006. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. Madrid, España.

ESPAÑA, REAL DECRETO 171/2007. 2007. Boletín Oficial del Estado 65.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. 2008. El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral. Editorial Aranzadi. Madrid, España.

FERNÁNDEZ, Ana Suyapa. 2009. "La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral." Madrid.

FERNÁNDEZ, Pozo. 2008. "El protocolo familiar". Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

GAITÁN, A y CASTRO, J. 2005. Sociedades de familia en Colombia. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.

GALLO, M. A. y SVEEN, J. 1991. Internationalizing the family business: Facilitating and restraining factors. *Family Business Review*, 4(2), 181-190.

GANDOLFO, Victoria. 2013. LA IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO EN LA EMPRESA FAMILIAR. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/40259/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 20 de julio de 2021)

GARZA, I; MEDINA, J; CHEÍN, N; JIMENES, K; AYUP, J; DIAZ. 2011. Los valores familiares y la empresa familiar en el nordeste de México. *Cuadernos de Administración*, 24(42), 315-333.

GERSICK, K., DAVIS, J., McCOLLON, M. y LANSBERG, I. 1997. Generation to generation: Life cycles of the family business. Boston, MA: Harvard Business School Press

GOMÁ, Lanzón. 2008. "El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión." Madrid.

GONZÁLEZ, Ricardo. 2010, "La continuidad de la empresa familiar". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 401-410.

GORTÁZAR, Carlos. 2004. “Derecho y empresa familiar el protocolo y sus instrumentos de desarrollo”. (Ponencia a Les XII jornades de Dret Catalá a Tossa, Tossa de Mar, 23-24 de septiembre de 2004).

GUSTAVIKNO, E. 1987. Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia. Tomo I. Segunda Edición. Argentina.

LANSBERG, I. 1983. “Managing Human in Family Firms: The problem of institutional overlap”. Editorial Organizational Dynamics.

LEMUS DE RODRÍGUEZ, Nieves. 1996. “Régimen Legal de los Bienes Matrimoniales en Venezuela”. En Revista Notarial, 1996 – 2. Nº 72. Córdoba, España

MARTÍNEZ, Juan. 2007. “Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia” Editorial Deusto, Barcelona

MASRI, Victoria. 2004. “El protocolo familiar, en Favier Dubois, La empresa familiar” Editorial Ad Hoc.

MCCLAIN. 2006. “Family Constitutions and the (New) Constitution of the Family”. Fordham Law Review, vol. 75, Issue 2, Article. 19

MINUCHIN, S. FISHMAN, H. 1985. Técnicas de Terapia familiar. Editorial Paidós, 1º edición castellana, Barcelona.

NEUBAUER, F y LANK, A.G. 1999. La empresa familiar: cómo dirigirla para que perdure. Madrid: Ediciones Deusto.

PÉREZ JIMÉNEZ, M.T. 2008. “El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresa”. En Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias provinciales y otros Tribunales, 2008, vol. V, 1ra edición, T. XIII, Arazandi, Navarra. Páginas 211 – 227

RANDEL, S; CARLOCK, J. y WARD, L. 2010. “La excelencia de la empresa familiar. El proceso de planificación para la empresa y la familia”, Deusto, Barcelona, pp. 57- 79.

ROCA JUNYET, M. 2005. “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario” en Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J.M. (coord.) El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 23-61.

RODRÍGUEZ, Aparicio; TORRES Agustin. 1999. La Empresa Familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios, en Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. España.

SÁNCHEZ-CRESPO, Casanova. 2005. “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en AAVV., La empresa familiar: manual para empresarios. Editorial Deusto, Barcelona.

VALMAÑA, Antonio. 2013. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROTOCOLO FAMILIAR. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado el 19 de julio de 2021)

El negocio jurídico de elección de tramitación procesal.¹

*Mariana Gissell Peña Piña*²

*Javier Sosa Pacheco*³

Resumen

El presente artículo de investigación tuvo por objeto determinar el negocio jurídico de elección de tramitación procesal, al cual hace mención el Código de Procedimiento Civil Venezolano, se utilizó como autor principal a Francesco Carnelutti, obteniendo como resultado que es un instrumento de regulación entre los particulares creando un mecanismo potestativo para ceñirse al procedimiento oral. Esta investigación fue de tipo documental; y el método empleado fue analítico y de síntesis, en conclusión en Venezuela este instrumento posee una potestad especial otorgada por Ley que permite a los sujetos procesales la elección del procedimiento para tramitar sus eventuales pretensiones, es bilateral, está sometido a formalidades obligatorias para tener validez y surtir efectos, su objeto es el acuerdo para la tutela de intereses comunes, y en principio no es oneroso rasgo principal para diferenciarlo del contrato u otras convenciones.

Palabras clave: Negocio jurídico, carácter procesal, autonomía de la voluntad.

The legal business of choosing procedural procedures.

Abstract

The purpose of this research article was to determine the legal business of choice of procedural procedure, to which the current Venezuelan Code of Civil Procedure (1990) mentions, Carnelutti (1959) was used as the main author, obtaining as a result that it is a regulatory instrument between individuals creating a voluntary mechanism to stick to the oral procedure. This investigation was documentary type; and the method used was analytical and synthetic, in conclusion in Venezuela this instrument has a special power granted by law that allows procedural subjects to choose the procedure to process their eventual claims, is bilateral, is subject to mandatory formalities to be valid and to take effect, its object is the agreement for the protection of common interests, and in principle it is not an onerous main feature to differentiate it from the contract or other conventions.

Key words: Legal business, procedural nature, autonomy of will.

¹Admitido: 16-01-2021

Acceptado: 14-09-2021

Este artículo científico es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: "El negocio de elección de tramitación procesal en Venezuela" presentado en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

²Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: mgissell@hotmail.com

³Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela. Universidad del Zulia; Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: jj_sosa3@hotmail.com

Introducción

Con el transcurso del tiempo, se ha evidenciado en la práctica del derecho venezolano los negocios jurídicos como modo de regulación a los intereses de los particulares. El negocio jurídico, al igual que otras instituciones del derecho, ha evolucionado con el objetivo de cubrir las carencias del derecho procesal y por esto en el año 1990, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil en lo sucesivo CPC, se incluyó en su artículo 859 ordinal 4° un instrumento útil para facilitar las negociaciones entre las partes permitiendo la elección de la tramitación del procedimiento a través de la vía que las partes consideren idónea y pertinente.

Este código previó la posibilidad de ceñirse al procedimiento oral a través de un negocio jurídico de carácter procesal, el cual existía en otras legislaciones tales como la francesa, alemana e italiana, pero nunca había sido introducido en la legislación venezolana como un instrumento útil para acudir a juicio oral. De esta forma se faculta a los interesados en este instrumento a elegir entre el procedimiento ordinario o el procedimiento oral.

Este artículo tiene como fin esclarecer la correcta interpretación al artículo 859, numeral 4° del CPC (1990). Se busca determinar que el legislador se refirió a un negocio jurídico procesal y no a un contrato o acuerdo, abarcando tanto la ambigüedad jurídica del artículo mencionado como algunos aspectos fundamentales acerca del tema que fueron olvidados por el legislador: los elementos de validez, las formalidades y los efectos que este ocasiona. Esta investigación es importante desde el punto de vista jurídico porque ofrece una solución a un problema de interpretación vigente y significativa en la comunidad jurídica.

1. Negocio jurídico.

Fue fundamental para la regulación de intereses, porque han creado y regulado relaciones jurídicas desde tiempos remotos, adaptando sus caracteres a las necesidades de la sociedad, convirtiéndose en instrumentos jurídicos indispensables para la obtención de determinados efectos. De este tipo surge el negocio jurídico de elección de tramitación procesal, el cual tiene fines específicos en el derecho adjetivo. En este punto se tomaron en consideración las definiciones aportadas por Carnelutti y Messineo; coincidiendo con el criterio de ambos autores, siendo sus aportes base fundamental.

En tal sentido Carnelutti realizó un aporte donde indica la siguiente definición sobre el negocio jurídico:

Es un instrumento práctico, ofrecido por el ordenamiento jurídico, mediante el cual el sujeto provee dentro de los límites de lo lícito a generar efectos que se refieren de sus intereses o excepcionalmente, que se refieren también a los otros sujetos. (Carnelutti, 1959: 339)

De la definición anterior se extrae que es un instrumento práctico, por cuanto sus fines se materializan una vez que se aplica su contenido. Su existencia depende de la realización o no de formas básicas sin necesidad de formalismos no esenciales. Genera efectos jurídicos sobre los intereses tutelados producto de las obligaciones contraídas, referidos principalmente solo a ellos, pero excepcionalmente puede involucrar a los que con posterioridad se encuentren interesados, es decir, terceros intervinientes en la relación jurídica procesal.

La definición aportada por Messineo sobre los negocios jurídicos en el ámbito del derecho civil y comercial es la siguiente:

Hay que advertir que el negocio, a diferencia de los que se llaman institutos jurídicos, no es una figura jurídica concreta; negocio jurídico es un paradigma lógico, excotigado por la doctrina, para comodidad sistemática (o aun didáctica), al objeto de coordinar, en torno a elementos constantes que figuran en el esquema del negocio y que son comunes a muchos institutos jurídicos concretos, o algunos dogmas jurídicos. (Messineo, 1979:334).

El negocio jurídico no es una figura concreta porque atiende a distintas fenomenologías jurídicas de acuerdo al tipo de intereses que pretenda regular. Es un paradigma, con esto Messineo se refiere a que es un modelo donde se pueden sustituir su contenido, regulando otras situaciones, pero cumplirá la misma función de controlar escenarios de derecho, es por ello que establece que es excotigado, pues permite la actividad didáctica, existiendo la

posibilidad de crear nuevos negocios jurídicos siguiendo los elementos que configuran su esquema, compartiendo similitud con otros institutos jurídicos concretos o incluso dogmas jurídicos.

Este tema fue discutido por autores como: Melich-Orsini, quien coincide con el criterio anterior, estableció que el negocio jurídico es un paradigma general y abstracto utilizado para actuar en diversos contenidos, y a través de la abstracción desarrollar reglas generales, subjetivas y objetivas para cada uno (Melich-Orsini, 1997). En este mismo orden, Róquez y Domínguez concuerdan que, el negocio jurídico es un modo de regulación manifestada a través de la declaración de voluntad, donde las partes se proponen a obtener un fin digno de especial tutela, vinculando intereses comunes para la obtención de determinados efectos (Róquez, 2015) (Domínguez, 2015).

Se establece que el negocio jurídico es un instrumento práctico dirigido a la obtención de efectos establecidos en la Ley, no una figura estática, pues su estructura muta de acuerdo a la evolución de las relaciones y obligaciones jurídicas contraídas por dos o más sujetos, configurándose a través de la manifestación de la voluntad de las partes. Necesariamente, debe cumplir con los elementos y formalismos que el ordenamiento jurídico le impone para su constitución y validez jurídica, de lo contrario no surtiría ningún efecto por estar viciado, en el derecho moderno existen diversos tipos que varían según la función económico social.

1.1 Negocio jurídico de carácter procesal.

Es precisamente el tema central de la investigación, dado que considerar el negocio jurídico con un carácter procesal es una premisa originalmente desarrollada por los pandectistas alemanes en el siglo XX, pues tenían la necesidad de justificar y conceptualizar los actos jurídicamente relevantes; fenómeno que, fue profundamente estudiado por los franceses bajo la denominación “acto jurídico”. Desde estas perspectivas evolucionaria, los aportes realizados de Huerta Valdez y Gonzales en el año 2015, se ajustan perfectamente a las ópticas manifestadas, porque establecen que este tipo de negocios es un acto jurídico procesal, capaz de regular relaciones jurídicas y derivar efectos, producto de las manifestaciones de voluntades o por disposición expresa de Ley. Sus criterios son acertados pues, observamos que en la actualidad el negocio jurídico constituye un vínculo real, de una relación que se ha establecido y que origina efecto jurídico, pues procede de los sujetos que intervienen y que son regulados por las distintas normas.

Por eso se hace necesario ahondar en los dos últimos autores, pues, Huerta Valdez, indica que, el negocio jurídico de elección de tramitación procesal se debe considerar de la siguiente forma:

En primer término e inicialmente, debe decirse que es un acto jurídico procesal de parte, humano, voluntario y lícito, directamente enderezado a crear modificar o extinguir relaciones procesales. Debe señalarse que se trata de un acto jurídico bilateral (aunque puede llegar a ser plurilateral) porque involucra necesariamente un acuerdo de voluntades sobre el litigio o sobre el proceso. (Huerta Valdez, 2015:1).

Se percibió, que este autor, hace una principal acotación sobre lo que es un acto jurídico procesal, significando que su validez es dentro del proceso y proviene de la voluntad de los sujetos procesales, esto es la posibilidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; además, señala que es bilateral, porque no hay posibilidad que se presente en un escenario unilateral, dado que, implica necesariamente un acuerdo de voluntades sobre el proceso siendo indispensables dos o más sujetos para su realización, es por esto, que puede ser considerado también plurilateral.

Por su parte, Gonzales realiza su aporte sobre el negocio jurídico procesal de la siguiente manera: “Acto en virtud del cual un sujeto de derecho regula sus propios intereses en las relaciones con otros, con sujeción a las normas que el ordenamiento jurídico positivo dispone para determinar sus efectos típicos”. (Gonzales, 2015: 6). De este autor se infiere que, cuando él se refiere a este como un acto, es porque es necesariamente creador o aplicador de una norma jurídica, estos permiten a los sujetos, la virtud de regular sus propios intereses en relación con los otros. Además, le agrega la sujeción a las normas que dispone el ordenamiento jurídico, esto significa, que si no se acata tal sujeción, el acto no se podría materializar en el mundo jurídico y, por lo tanto, no surtiría

los efectos disponibles a su tipo, el sentido de esto, es limitar la libertad de los sujetos por razones de seguridad jurídica, y a su vez, cumplir con el principio de legalidad.

Entonces, definitivamente, el negocio jurídico procesal es específicamente un acto jurídico que permite la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, fue positivado primigeniamente por la legislación alemana, la cual le proporcionó su nombre actual, tomando en consideración concepciones francesas e italiana (Roque, 2008) anteriores al mismo. Necesariamente, debe ser lícito, voluntario y bilateral, porque necesita un acuerdo de voluntades. Posee una particular potestad conferida por Ley, exigible una vez cumplidas cada una de las formalidades necesarias para la producción de sus efectos jurídicos, es decir, la elección del procedimiento que los sujetos procesales consideren pertinente.

1.2 Elementos del negocio jurídico procesal.

Son el conjunto de factores que integran un todo y permiten su efectividad en la esfera jurídica, sin su estructura no tendría razón de ser, careciendo de utilidad. Cada uno es necesario para su creación por disposición legal, estos elementos son comunes a todo negocio jurídico, pero contienen matices propios a cada uno dependiendo el fin que deban cumplir. Para este punto fue necesario recurrir a los estudios realizados por Carnelutti y Messineo quienes desarrollan cada elemento haciendo las siguientes acotaciones:

•Sujeto del negocio: Es el sujeto del interés a cuya tutela se refiere el negocio, tiende a la tutela jurídica, no hay negocio sobre cuyo fondo no pueda ser observado el conflicto. Por consiguiente, si el primer elemento del negocio es necesariamente el sujeto, el sujeto de la acción en vez de la parte interesado, ya sea la persona física o jurídica a quien pertenece el interés que se trata de tutelar. Ello no excluye que para el cumplimiento del negocio en el proceso voluntario opere a veces la participación de otros interesados y, por lo tanto, estos puedan figurar en el proceso, sin embargo, esto no significa que haya que confundir la “litis” ni el negocio con el proceso, es decir el contenido con el continente. (Carnelutti, 1959).

Para Carnelutti el sujeto hace referencia al interés del negocio, esto es, la tutela de intereses de los intervinientes, denomina como primer elemento al sujeto porque sin ellos no existen intereses que tutelar ni fondo sobre que resolver. Es importante señalar que los llama sujeto de la acción en vez de parte, pues, en este tipo de negocios no se trata de partes, sino, de sujetos procesales por ser quienes integran la relación jurídico procesal; se extrae que pueden ser tanto personas naturales como jurídicas porque ante la Ley ambas son personas. Al mencionar la participación de otros interesados es evidente que los integra al proceso voluntario, pero, no porque sean sujetos del negocio primitivamente sino por la presencia de eventuales intereses.

El elemento fundamental del negocio es la declaración de voluntad, lo que presupone, desde luego, que exista una voluntad como sustrato de la declaración, teniendo esta declaración valor instrumental respecto de la voluntad. Sirve para hacer cognoscible, frente a los otros que el sujeto tiene determinada voluntad expresada por él, una voluntad concreta. Se debe distinguir la declaración de la manifestación de voluntad, la primera consiste en palabras pronunciadas o escritas, y la segunda se expresa con medios diversos a las palabras (comportamiento). Siendo un elemento constitutivo del negocio. (Messineo, 1954)

Por su parte, Messineo presenta su enfoque desde otro punto de vista, que es la declaración de voluntad como elemento fundamental y constitutivo, atribuyéndole valor instrumental. Reconoce a los sujetos, como los únicos que pueden realizar tales declaraciones y determinarlas bajo su expresión, lo que significa consentimiento. Se extrae que el valor instrumental, lo cual, sirve para hacer cognoscible frente a terceros la voluntad, porque pueden convertirse en sujetos de la relación procesal. El autor distingue la declaración de voluntad, la cual necesariamente debe ser exteriorizada por un medio, sea en palabras pronunciadas o escritas, de la manifestación de voluntad que configura necesariamente un comportamiento.

•Objeto del negocio: Desde un punto de vista general, el objeto del negocio es, por tanto, todo ente que pueda ser objeto de relación jurídica, mientras que desde un punto de vista directo, el objeto es una cosa, es una conducta humana. Genéricamente, el objeto directo del acto jurídico consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. (Carnelutti, 1959)

Al plantearlo como un ente, el autor permite que pueda ser objeto del negocio las cosas reales o imaginarias, no siendo estas últimas admitidas en ningún negocio de la legislación venezolana, sin embargo, Carnelutti aclara que debe ser posible en relaciones jurídicas, despejando las imaginarias, también a las conductas humanas porque se persigue la creación, modificación o transmisión de derechos y obligaciones, según el autor se conoce como efecto directo por ser su objeto principal las relaciones jurídicas concretas y no las cosas materiales.

•Causa del negocio: Finalmente, el elemento causal del negocio, es el interés o grupo de intereses, lo que debe realizarse, se trata de tutelar: el interés en orden al goce. (Carnelutti, 1959)

De este aporte destaca, la causa como elemento final, aun así es indispensable en razón a la tutela de intereses, el autor lo llama interés o grupo de intereses dependiendo de la perspectiva. No es que pueda ser unilateral o plurilateral el negocio, sino en razón de un interés individual o un interés global, abarcando a todos los sujetos procesales intervinientes. Estos intereses determinan la actuación que debe realizarse en orden al goce, es decir, los efectos deseados por el negocio, satisfaciendo los intereses del principal que es la tutela misma.

Todo negocio cumple una función económica y social, característica que el ordenamiento considera relevante para sus fines, el ordenamiento le reconoce autonomía. Su función es proporcionarle al negocio un instrumento para la modificación de una situación jurídica, en dicha función reside la causa objetiva del negocio, es indispensable para determinar el tipo de negocio frente a los otros tipos. La causa del negocio, en efecto es, obtener su finalidad, el sujeto en tanto emplea el negocio, se compromete a obtener un efecto determinado (que valga para satisfacer una necesidad e intereses) por cuanto la causa es un elemento teleológico y el negocio es un medio con relación al fin. Es, por tanto, equivocada la opinión que niega la existencia de un elemento autónomo denominado “causa”. (Messineo, 1954).

Messineo entrega relevancia a la causa, por considerar que produce la modificación de una situación jurídica, a esto llama causa objetiva, también denomina así a la obtención de una finalidad, quiere significar que con este instrumento se producen efectos que satisfacen intereses. Le atribuye factor teleológico, porque permite que se origine el negocio, y es el medio para lograr el fin, considera que todo negocio cumple con una función económica social y al interesarle esto a la colectividad, se le reconoce valor jurídico, ocasionando así que existan diversos tipos, puesto que la causa marca el origen y determina su función y efectos.

En concordancia con los criterios anteriormente analizados, estos elementos funcionan como elementos de validez y, por tanto, son constitutivos, si fuesen interpretados en sentido negativo, el negocio carecería de existencia y sentido lógico, siendo imposible su existencia jurídica. Cada uno de estos, debe ser ejecutado conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico para obtener la plenitud de sus efectos. Son la estructura básica y fundamental. Se resumen en: Los sujetos que lo integran, quienes ostentan la protección sobre sus intereses, deben tener la capacidad jurídica necesaria exigida por Ley. El objeto está referido propiamente a la dirección de los intereses, es decir, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Por último, el elemento autónomo, la causa, a la cual se le reconoce relevancia jurídica, determina cada tipo de negocio, y, logra su fin con efectos que regulan intereses.

1.3 Fundamento de por qué es un negocio jurídico procesal y no un contrato o convenio.

Las convenciones, los negocios y los contratos forman las primeras instituciones jurídicas creadas por el hombre para proteger y regular sus intereses patrimoniales, familiares y sociales, con el sustento necesario para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Sin embargo, cada instrumento persigue fines distintos y se diferencian terminológicamente, en razón de esto los contratos son convenciones selladas por la autonomía de la voluntad, con la intención de generar obligaciones y beneficios patrimoniales. Al ser un tipo de convención, comparten semejanzas, el negocio jurídico procesal es un instrumento abstracto que contiene una potestad única que permite la elección de tramitación del procedimiento. Para este punto fue necesario analizar los estudios realizados por: Capitan y Colin y, Carnelutti.

Capitan y Colin, indica sobre los contratos lo siguiente: “El contrato o convención es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos” (Capitan y Colin, 1955: 596). De este aserto, se evidencia que el término contrato y convención son sinónimos, donde dos o más sujetos de derecho expresan su voluntad con el objetivo de producir efectos jurídicos. Es una definición en sentido estricto, donde evidentemente un contrato no necesita mayor solemnidad para su creación. En principio, solo necesita el querer interno, esto es, la exteriorización a través de la manifestación de dos o más voluntades con el objetivo de producir efectos jurídicos.

A su vez, se aclara lo siguiente con respecto a la distinción entre los contratos y las convenciones jurídicas:

Parece distinguir al contrato de la convención, hacer de ésta el género y de aquel la especie. En efecto, se reserva algunas veces el nombre de contrato para las convenciones que tienen por objeto originar o transmitir un derecho, derecho de crédito o derecho real. La especie de convención, que tiene por objeto formar alguna obligación es la que se llama contrato. Las convenciones que no constituyan contratos serán, pues, los acuerdos de voluntades destinados a modificar o extinguir derechos, como la novación o el pago. Esta distinción entre los contratos y las convenciones sólo tiene un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a unos que a otros (Capitan y Colin., 1955: 596)

El autor utiliza el género para referirse a la convención por su carácter general, pues, solo basta el consenso de dos o más voluntades y denomina al contrato especie porque se estima como categoría teniendo en cuenta determinadas cualidades, condiciones o criterios de clasificación, estableciendo que solo existe un interés terminológico, pero rige una clara distinción, las convenciones relativas a derechos reales (contenido patrimonial) se han denominado (contratos); porque, su destino va dirigido a originar o transmitir derechos de crédito, en cambio, aquellas cuyo fin se encamina a crear, modificar o extinguir derechos sin carácter patrimonial se le llamará convención, esta distinción se creó para fines didácticos.

Siguiendo las mismas ideas de Capitan y Colin, este realizó un aporte importante en cuanto a esta distinción, marcando las convenciones como el origen de todo contrato donde los sujetos regulan sus intereses y generan vínculos. El origen de los contratos fue marcado por contenido patrimonial cuyo elemento predominante se mantiene hasta nuestros días, por lo tanto, el contenido pecuniario es el símbolo característico del mismo. “El contrato domina como dueño en el derecho patrimonial. Se puede decir que forma su trama, pues la inmensa mayoría de las regulaciones pecuniarias que nacen entre los individuos tienen su origen en las convenciones”. (Capitan y Colin, 1955: 597)

El rasgo característico de la convención es un acuerdo de voluntades, el cual opera libremente, pero, existe un equilibrio dado por el legislador al momento de hacer las prohibiciones a esta libertad, por el contrario, es rasgo característico del contrato, el derecho patrimonial (Capitan y Colin, 1955). De la idea se extrae que, las convenciones están marcadas por el acuerdo de voluntades, cuya característica principal es la libertad permitiendo a las partes fijar abiertamente sus límites, esta libertad no es absoluta, puesto que, tiene restricciones para mantener el equilibrio y el bienestar social, el legislador se encarga de positivizar en distintos cuerpos normativos tales limitaciones y en algunos casos otorga potestades.

Oertmann planteó con gran simplicidad el rasgo característico del negocio jurídico procesal de la siguiente forma:

El rasgo característico del negocio jurídico procesal es la potestad que le es conferida, lo que constituye un poder o una facultad, los sujetos que decidan someterse a este determinarán la conducta uno respecto del otro a través de un acuerdo principal, que es obligarse inicialmente en la elección conjunta del procedimiento. Estos negocios versan sobre derechos subjetivos e intereses y no principalmente en contenidos patrimoniales, siendo esto otro rasgo característico y propio de los negocios jurídicos procesales. En los negocio jurídico, la declaración de la partes es indispensable para crear los efectos procesales a que la declaración de la voluntad tiende, persiguiendo la actuación de un solo y mismo fin, el negocio jurídico que tiende a conseguirlo será un acto complejo, no un contrato. (Oertmann, 1927: 86)

Para Oertmann, es característica indispensable la potestad. Significa que es fundador de un poder para los sujetos que decidan someter su conducta mediante un acuerdo que debemos tomar como la conformidad de ambos en obligarse a la elección del procedimiento. Aunado a ello, estos negocios versan sobre intereses y derechos subjetivos entendidos como la facultad atribuida a un sujeto frente a otro, imponiendo una prestación normativa correlativa. Otro elemento característico, es que no versan en contenido patrimonial, notando la intención de diferenciarlo de los contratos, el negocio capaz de crear efectos procesales donde existe un único fin perseguido por los sujetos procesales, debe ser denominado acto complejo por la universalidad procesal que lo hace único, los contratos no ostentan tal cualidad.

Además, el negocio jurídico procesal en principio no tiene ningún interés patrimonial, en caso que se susciten eventuales conflictos se puede hacer valer lo contenido en el negocio, independientemente si posee o no carácter patrimonial su finalidad es obligarse inicialmente en la elección conjunta del procedimiento, además los contratos o si lo llamamos de forma genérica convenciones, solo se pueden hacer exigibles conforme al procedimiento que el legislador les haya conferido en las leyes adjetivas.

En resumidas cuentas, el negocio jurídico procesal tiene una potestad especial que es precisamente la elección del procedimiento que las partes consideren propicio, siempre y cuando no sea contrario a derecho, las buenas costumbres o a las formas procesales preexistentes. Criterio que es compatible con la opinión de Carnelutti quien plantea lo siguiente: “Que un acto imperativo constituya un ejercicio de una potestad o bien de un derecho subjetivo se llama providencia o negocio jurídico” (Carnelutti, 1959: 432)

Al respecto de la potestad especial que la Ley le otorga a este tipo de instrumentos Carnelutti establece lo siguiente: “Los caracteres del negocio procesal consisten, pues, en que el acto constituya ejercicio de un poder y, por tanto que su finalidad práctica consiste en determinar mediante sus efectos jurídicos, la conducta ajena” (Carnelutti, 1959:86)

Carnelutti afirma que el acto, o sea el negocio jurídico procesal, constituye el ejercicio de un poder el cual ocasiona que los sujetos determinen su conducta para la obtención de efectos jurídicos, esto es característico en este tipo, la facultad otorgada tiene finalidad practica que es el acuerdo de voluntades que crea obligaciones en la conducta ajena, refiriéndose con esto a la conducta del otro sujeto que integran la relación jurídica, uno respecto del otro es responsable.

De forma definitiva, se indica que en la práctica jurídica el contrato y convenio suelen utilizarse como sinónimos, pero, no son lo mismo, aunque ambos necesiten la manifestación de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos, la convención es el género y el contrato la especie, las convenciones dirigidas a reglar, modificar o extinguir relaciones jurídicas son consideradas solo eso, y, cuando contiene un derecho real o implica contenido patrimonial se considerara contrato. También, rige en ellos la autonomía de la voluntad de las partes con restricciones previamente establecidas. Por ejemplo, el negocio jurídico procesal no versa sobre intereses económicos, por lo tanto, no puede considerarse contrato, sino una convención que origina un acto jurídico con potestad otorgada por Ley, para la elección de la vía procesal que las partes deseen.

2. Formalidades del negocio jurídico de carácter procesal.

Todo negocio o acto jurídico atiende a requerimientos esenciales, estos surgen con el objetivo de dotar al instrumento de seguridad jurídica, protegiendo a los sujetos intervinientes y a terceros legitimados, es tarea del derecho crear las solemnidades necesarias para proteger el orden jurídico interno. Fue necesario analizar los estudios de Carnelutti (1951) y Francesco Messineo (1979) para determinar las exigencias que se deben seguir en este tipo de negocios para tener plena validez jurídica. Estos autores califican tales formalismos de la siguiente manera:

1. Libertad de la voluntad de las partes: Tal manifestación de voluntad debe ser totalmente consentida, la voluntad es el querer interno, que manifestado bajo el consentimiento, produce efectos de derecho. Es importante indicar, que será nulo el consentimiento manifestado bajo circunstancias de error, violencia o dolo. Tal manifestación de voluntad se debe expresar a través de la escritura para materializarse en el mundo del derecho. A su vez, este es

un requisito *ad solemnitatem*, es decir, se refiere a aquellas formalidades que constituyen requisitos de existencia o validez, y, ante cuya omisión el acto es nulo, inexistente o no produce efecto jurídico alguno. (Carnelutti, 1951).

Tal como lo establece Carnelutti, es esencial la libertad de la voluntad de las partes, la cual se manifiesta con la voluntad de los sujetos al hacer una declaración totalmente libre, es decir, consentida para producir efectos de derecho, con esta afirmación el autor se refiere que, de no ser así el consentimiento estará viciado esto es, adulterado, falseado y tergiversado, por circunstancias como error, violencia o dolo. Manifestación que debe materializarse obligatoriamente a través de la escritura, pues, es un requisito *ad solemnitatem*, esto es, una formalidad impuesta por Ley, para la validez del acto, una vez, verificada, existe y tiene validez, e inmediatamente crea obligaciones recíprocas debido a sus efectos jurídicos.

2. Es un negocio de carácter privado: Esto se evidencia en razón de su naturaleza, y, con base en los fines perseguidos por los sujetos intervinientes. Sin embargo, es admisible que se realice a través de documento público y es lo más idóneo para tener la suficiente veracidad y seguridad jurídica, por cuanto, su registro le permite obtener el carácter *erga omnes*, es decir, oponible frente a terceros (Carnelutti, 1951).

Del autor, también se desprenden, que es un documento de carácter privado por naturaleza, dado que en los mismos, los sujetos están autorizados por sí mismos para pactar libremente su contenido; además, por los fines perseguidos, que no son otros que los propios, no incluyendo intereses sociales sino individuales. Sin embargo, esto no impide que se realice a través de documento público, tal como lo aclara Carnelutti; pues la diferencia radica en que necesariamente implica la intervención de un funcionario público, y, es, por eso que se denomina público, a su vez, este tipo de escritura brinda veracidad y seguridad jurídica debido a su carácter *erga omnes*, es decir, valor probatorio oponible frente a terceros.

3. Las partes determinan al inicio el curso que debe seguir el juez en el procedimiento: Eso, es producto de lo expresado y acordado por las partes en el contenido del mismo, en el cual los sujetos de la acción tienen la carga de demostrar y alegar ante el juez, cuando deseen hacer exigible la pretensión contentiva en el negocio jurídico procesal. Tal negocio, está revestido de libertad de las formas procesales, pero, en sentido estricto siempre respetando el orden público procesal, las buenas costumbres y las disposiciones legales. (Carnelutti, 1951).

En este sentido, las partes a las que se refiere Carnelutti, es en sentido procesal, pues determinan el inicio del curso que debe seguir el juez en el procedimiento, es decir, si van a seguir el curso de un procedimiento oral u ordinario, producto de lo acordado en el negocio de elección de tramitación procesal, pues, contiene la declaración de voluntades. En el proceso, los sujetos tienen la carga de demostrar y, alegar ante el juez lo que consta en el instrumento revestido de libertad de las formas procesales, no en un contexto absoluto, sino estricto, obligándolos a ceñirse al orden público procesal, el cual no acepta modificaciones convenientes a las partes, sometida a las buenas costumbres y disposiciones legales, obedeciendo únicamente a la legalidad.

4. El sujeto de la acción debe acompañar el instrumento al momento de la introducción de la demanda: Esto es así, puesto que, es precisamente ese documento el que determina el rumbo del proceso; la otra parte tiene derecho de atacar tal documento a través de los mecanismos contemplados en nuestra legislación, claro está, dependiendo de la calificación del documento, si es público o privado. (Carnelutti, 1951)

En este punto, Carnelutti hace referencia, al negocio que cumplió con todos los extremos de Ley, y, por tanto, es válido y, surte efectos, pues indica que el sujeto de la acción debe acompañar el instrumento al momento de la introducción de la demanda, cumpliendo con la práctica procesal tipificada en las leyes adjetivas, es decir, la obligación de acompañar junto con el libelo de la demanda todos los documentos indispensables de los que se desee valer la parte en el proceso, aunado a esto el autor establece que es el negocio jurídico procesal determina el rumbo del proceso, porque es su esencia y efecto determinado por las partes procesales.

5. Forma del negocio: Es el medio, o modo, de la declaración expresa de voluntad, de manera que sin una forma, la declaración de voluntad no podría emitirse. El derecho principalmente, admite dos especies de formas: la verbal (incluye signos y señas), y la escrita. La declaración se confía a un documento escrito, y, no se puede cambiar por la libertad de las formas los sujetos no puede prescindir, porque, la Ley lo impone, subordinado al

efecto de la validez, sin esto, carecería de valor probatorio, validez y contenido. La escritura, es una formalidad *ad substantiam* y *ad probationem*, lo cual, adquiere el carácter de carga, dado que, es impuesta con el propósito de llamar la atención de los declarantes acerca del acto que están realizando para garantizar la seriedad del mismo (Messineo, 1847).

Messineo, se refiere como forma, al medio o modo de exteriorizar la declaración de voluntad y, expresa, que es a través de esta que se materializa, sin esta no podría emitirse, porque, es el único medio para hacerla cognoscible. El derecho dispone dos formas de acuerdo al autor, existe la forma verbal u oral, la cual, se extiende a la expresión con signos o señas para quienes solo lo pueden significar a través de este medio y, la forma escrita, donde la declaración se confía en un documento escrito. En Venezuela es obligatorio que el negocio se verifique de forma escrita, no es posible una manifestación verbal u oral, contradiciendo en este sentido sutilmente a los doctrinarios, pues, sin el debido soporte escrito, en ningún caso es posible la suposición de la voluntad de ninguna de las partes.

Para este caso, de los negocios jurídicos, es un documento dispositivo o constitutivo, aquel que contiene declaraciones de voluntad, y, es esencial, para su existencia. En cuanto, se concreta la forma constitutiva que es la declaración de voluntad, tiene valor probatorio contenido en él, salvo impugnación por falsedad. Su función es accesorio a la declaración de voluntad y sigue su suerte jurídica (Messineo, 1847).

De acuerdo con las palabras de Messineo, es un documento dispositivo, porque sin este el acto jurídico que se hace constar no puede nacer, pues, creando el contenido del mismo, la Ley le otorga el requisito de indispensables para validar el acto, con la cualidad de surgir o adquirir un derecho, dado que es contentiva de las declaraciones de voluntades que lo concretan. Todo documento constitutivo, reviste un valor probatorio, es decir, apreciación fehaciente de lo que reposa en él, salvo impugnación donde se refuta y discute a través pruebas. Se trata como accesorio, porque depende de la declaración de voluntad principal, siguiendo la suerte jurídica que en efecto es variable.

Adicionalmente el autor, defiende el empleo de la escritura en este tipo de negocios, siendo esencial porque sus efectos son declarativos y se convierte en un elemento de validez, obra a manera de soporte otorgándole a los sujetos intervinientes certeza jurídica. Sin embargo, la escritura no representa un impedimento contra acciones que contradigan la existencia o veracidad de contenidos reflejados por su empleo; la escritura, es susceptible de tachaduras las cuales tienen la función de rectificar el contenido de la misma.

6. Publicidad: Esto es para el caso preciso que se trate de un negocio jurídico contentivo es un documento público, que por regla general se traducen a la inscripción del mismo en un registro público de modo que todas las personas tengan acceso al conocimiento de su contenido y efectos; a su vez, es una solemnidad *ad probationem*. (Carnelutti, 1951)

Tal como lo establece el autor, la publicidad, es solo para los casos donde las partes hayan optado por documento público, la Ley impone a las partes la carga de realizar su inscripción en un registro público donde reposara un soporte, los interesados tendrán acceso al contenido del negocio y representa una solemnidad *ad probationem*, en este sentido, Carnelutti enfatiza el valor probatorio que ostenta el documento público, dado que, los documentos privados no cuentan con la publicidad como formalismo, porque su esencia y conocimiento es privado y reservado a los intervinientes, aunque, no significa que carezca de valor, pero, si de publicidad.

Ahora bien, el criterio que realiza Messineo sobre la publicidad de los negocios jurídicos expresa lo siguiente:

La publicidad de los negocios y de los actos consiste, y también ella, es esto: que, con los otros requisitos propios de cada uno, debe concurrir el hecho de hacer posible frente a los terceros conocer, si tienen interés en ello, el contenido de los negocios o actos, y, por consiguiente, del derecho subjetivo que deriva; y por tanto, la publicidad no consiste en declaraciones de voluntad. (Messineo, 1955: 393)

En este orden de ideas, el autor, deja entre ver que la publicidad de los negocios y de los actos obedece al enfoque general; pues indica que la publicidad en sí misma no bastan con los requisitos propios que le son exigibles, dado que, debe hacer posible frente a terceros su conocimiento, si tienen interés, se refiere a un interés legítimo, es decir, conforme a derecho, derivando un derecho subjetivo, esto es, la facultad para hacerlo exigible.

Claro esta, Messineo indica que no está referida a las declaraciones de voluntades, sino al conocimiento general sobre la materialización eficaz del acto, porque son dos figuras distintas (Messineo, 1979). Significa que, la publicidad se concreta con un acto de certeza, realizada por un funcionario público con competencia, lo cual produce efectos declarativos y constitutivos, para evitar que queden ocultos, siendo más efectivo el grado de seguridad. Todos los negocios solemnes están sometidos a la publicidad por cuanto es un requisito de validez es obligatorio.

Carnelutti y Messineo, están refieren que fueron son las formalidades las que permiten tener eficacia jurídica, las cuales se verifican en sentido estricto. La primera de estas es la voluntad, cuya manifestación debe estar depurada de todo vicio del consentimiento, debe constar por escrito a discreción de las partes su carácter, público o privado, si, es público debe cumplir con la publicidad por ser un acto de certeza y conocimiento ante terceros. Se observa, que la escritura como formalidad es imprescindible, su valor y finalidad es constitutiva y probatoria, por cuanto, contiene las declaraciones de voluntad que lo originan (Messineo, 1955). Este negocio permite la libertad de las formas procesales en sentido estricto, porque en Venezuela no se admite de forma absoluta, cuando las partes hayan convenido en la elección del procedimiento y se ha iniciado su curso se habrán producidos sus efectos.

3. Potestad del negocio jurídico procesal.

El derecho, al ser la ciencia encargada del orden social creando normas jurídicas para lograr el bienestar común, ha otorgado potestades y prohibiciones considerando la medida en que serán aplicadas para obtener equilibrio entre ambos. La potestad, que posee el negocio jurídico de elección de tramitación procesal es intrínseca e irrenunciable, los sujetos que pactan en este tipo de instrumento no pueden prescindir de ella; para este punto, se consideraron los aportes de Hohfeld, Loreto y, algunas consideraciones de significados provistos por la Real Academia Española.

De Hohfeld se cita su aporte sobre la potestad tanto de su origen práctico, como de su aplicación al negocio jurídico procesal. En este sentido, este término tiene su origen en las prácticas jurídicas de los ciudadanos romanos quienes denominaron de esta forma la posibilidad voluntaria de hacer o dejar de hacer algo, expresión que fue adoptada después en las prácticas eclesiásticas. El negocio jurídico procesal desde su nacimiento contiene una potestad única, por lo cual estos dos términos se encuentran vinculados no pudiéndose excluir uno del otro, y, su definición lo expresa así: “la habilidad legal de uno o varios seres humanos de provocar ciertos cambios normativos a partir de determinados actos que están bajo el control de su voluntad”. (Hohfeld, 1919: 51).

Para Hohfeld, el termino se originó en las practicas jurídicas romanas y se extendió a las prácticas religiosas, denominaron de esta forma la posibilidad voluntaria de hacer o dejar de hacer algo, evidenciándose que desde su inicio quienes la ostentaban tenían la facultad de decidir sobre hacer o no hacer una conducta, no era esto lo relevante sino el poder de decisión (Hohfeld, 1919). Desde su inicio el negocio jurídico procesal está marcado por una potestad, por lo tanto, no puede desvincularse, es el único en su género que permite decidir en la elección del procedimiento, pues, para su autor se refiere a la habilidad legal de provocar ciertos cambios normativos en actos sometidos a la voluntad, con esto busca significar que la potestad debe ser otorgada por Ley solo en casos específicos. En pocas palabras, la potestad permite producir cambios en negocios jurídicos, debido al dominio de voluntad sobre estos.

Como bien es cierto, el negocio jurídico de elección de tramitación procesal contiene una potestad que le es propia, y esto lo vemos en acepción básica y emanada por la Real Academia Española, quien define a la potestad como: “Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo” (RAE, 2014: párr.1). Es decir, en relación la potestad, el poder de disposición entre los particulares o facultad de elegir el procedimiento figura como rasgo

característico de su esencia, por tanto, los sujetos procesales tienen el dominio sobre la elección del procedimiento que estimen conveniente.

El legislador al atribuir tal potestad a este negocio, le confiere a las partes un derecho, quien lo ostente puede ejercerlo frente a personas, tanto naturales, como jurídicas; siempre que tengan capacidad para cumplir sus obligaciones, sobretodo, cuando las partes convienen en su creación un plano de igualdad frente a sus intereses y obligaciones, regulando sus conductas legalmente para un fin determinado, a su vez, configura un poder, pues, quien lo obtenga puede usar la fuerza para ejercerlo, tal como lo establece Loreto: "Este poder se ejerce mediante la declaración de voluntad de la parte de que se oiga previamente. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo procesal, la declaración de voluntad constituye el núcleo del negocio jurídico procesal típico". (Loreto, 1987: 543)

En la cita anterior, Loreto se refiere al poder como sinónimo de potestad, el cual se ejerce mediante la manifestación de voluntad de la parte que se oiga previamente, esto no significa que solo un sujeto procesal tenga potestad, sino que, quien la haga exigible primero obliga al otro a cumplir con la obligación contraída por ambos. En esencia, se trata de un derecho subjetivo, porque es la facultad de ejercer el derecho de acción, y, es a través de la manifestación de voluntad que se adquiere la potestad configurando el núcleo del negocio jurídico.

Con fundamento en las fuentes anteriores, se determinó que la potestad conferida a este tipo de negocios es única y exclusiva como un derecho-deber irrenunciable una vez adquirido por los sujetos intervinientes, pues, en los distintos tipos de negocios jurídicos este es el único que permite la elección del procedimiento, ofreciéndole a los sujetos procesales pactar o convenir en la vía judicial a seguir, es decir, está limitada solo a la elección, más no a las normas del procedimiento, dado que, es solo ese su campo, y, para ejercerla deben de haber cumplido con los elementos y formalismos exigidos por la Ley para consumir su perfeccionamiento.

4.- Legalidad del negocio jurídico procesal.

El principio de legalidad, desde su enfoque moderno, nació del pensamiento ilustrado a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX. Es indispensable en el mundo jurídico, toda actuación del Estado y su población debe someterse a este, así lo consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 274 de 1999. El negocio jurídico procesal es un instrumento que debe cumplir con las exigencias de este principio para tener validez, y producir efecto. En palabras de Islas:

El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. (Islas, 2009: 102)

Según Islas, el principio de legalidad ordena la sujeción de todos los órganos Estadales al derecho, con esto se refiere a los órganos que tienen competencias Estadales por orden del mismo, tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes, y, por lo tanto, dependen de este, en los 3 niveles, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades Estadales debe tener sustento en una norma jurídica, además debe cumplir con las disposiciones constitucionales. Al estar sujeto a la norma máxima de un Estado, así como a las de rango inferior este principio es inviolable por actos o procedimientos que vayan en detrimento a lo establecido en los cuerpos normativos, esto con el objetivo de mantener el orden a través del fiel cumplimiento de las leyes.

El principio de legalidad de las formas excluye la posibilidad de convenir libremente los requisitos de lugar, tiempo y forma a las que han de hallarse sujetos los actos procesales, requiriendo, por lo tanto, que aquéllas se atengan a los requisitos que determina la Ley. Este principio, sin embargo, está limitado por la existencia de normas procesales optativas, que acuerdan a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso (Couture, 1997).

Couture excluye la posibilidad de convenir en el modo, tiempo y lugar a los que se encuentran sujetos los actos procesales por el carácter inquebrantable que poseen, a través de este el Estado obtiene orden y equidad en la realización de los actos, evitando retardos por preferencias y desacuerdos. Por ello, las partes se deben adherir a

los requisitos establecidos de lo contrario tendrán consecuencias jurídicas que determine la Ley. Al existir normas procesales optativas, el autor quiere significar que, aunque es restringido, la Ley autoriza en algunos casos a los sujetos procesales el poder de regular por si mismo aspectos parciales del proceso, y al ser parcial no existe facultad absoluta.

El principio de libertad en el sistema del proceso civil, como regla general en cuanto a la libertad de actuación de las partes puede establecerse, de la siguiente manera: siempre que los actos o negocios jurídicos procesales contradigan o relajen las bases esenciales de la estructura y del funcionamiento legal del proceso, sin que exista una norma expresa que lo permita, deben considerarse como prohibidos. (Loreto, 1987).

Es preciso resaltar que el sistema procesal civil venezolano no admite la libertad absoluta de las formas procesales por razones de seguridad jurídica y orden procesal, no es admisible el desorden ni en la estructura ni durante el curso del proceso, si se infringe este principio se considerara ilegal, salvo que los cambios que se subsisten sean con ocasión a la plena autorización de la Ley. Como lo establece Loreto, los actos procesales están regulados por el derecho objetivo en cuanto a su admisibilidad, forma, capacidad, eficacia y, demás, presupuestos. Es manifiesto que tales negocios y acuerdos no pueden desenvolverse al arbitrio de los litigantes. En el proceso, hay un interés público fundamental que no puede ser desconocido por los litigantes, dado que es la estructura que domina todo el funcionamiento del proceso, imponiendo un límite al querer de los sujetos procesales.

La voluntad de las partes dentro del proceso no es libre, está regida por normas específicas de derecho que ha fijado el legislador. Las reglas de procedimiento por su propia esencia e índole de la actividad que rige debe ser objeto de una aplicación restringida más que extensiva. No todos los caminos son transitables dentro del proceso, sino aquellos expresamente permitidos por el legislador, que no hayan sido prohibidos por éste (Couture, 1997).

Por lo tanto, es necesario que la potestad conferida a estos negocios tenga un límite establecido por el legislador, por la índole e importancia de la actividad procesal, el legislador es el único capaz de prohibir o no los caminos transitables en el proceso, y el negocio jurídico de carácter procesal es uno de los formalmente permitidos para la elección de tramitación del procedimiento, mas no dispone de las formas procesales de forma absoluta.

Se evidenció que, el principio de legalidad de las formas procesales tiene supremacía en nuestro ordenamiento jurídico, el cual no acepta ilicitudes de ningún tipo, regulado a través de normas establecidas por el legislador, son aplicadas en sentido restrictivo es decir limitado, solo se permiten las excepciones o potestades previamente instituidas que atribuyen cierto cambio. Es por esto, que el negocio jurídico de elección de tramitación procesal no constituye ilegalidad alguna, el legislador lo autorizó en la norma adjetiva, por lo tanto, su legalidad no puede ser cuestionada, este instrumento no quebranta la Ley, el orden público ni las buenas costumbres; además, la potestad de estos en sentido procesal está limitada por el interés público que rige en todo proceso judicial para imponer un límite al querer de los litigantes.

Conclusiones

El negocio jurídico de elección de tramitación procesal conocido habitualmente como negocio jurídico procesal, en Venezuela al igual que en otros Estados como Alemania, Francia e Italia es un instrumento útil para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, es por ello, que se consideran actos jurídicos, destinados a la tutela de intereses y derechos subjetivos. Necesariamente, implica dos o más acuerdos de voluntades, pues, no es posible de forma unilateral, porque no habría fondo sobre que resolver; además, su naturaleza jurídica yace en la convenciones de intereses conjuntos y no diversos o individuales esto es la elección del procedimiento judicial a seguir.

En nuestra legislación se ha confirmado la falta de tratamiento por parte de la doctrina, pues, este es producto de carácter constante y evolutivo de las relaciones sociales que requieren regulación, siendo el Poder legislativo el encargado de positivizar en las normas las conductas que ameriten regulación y certeza jurídica.

Tal figura, fue introducida por primera vez en Venezuela con la entrada en vigencia del CPC de (1990) en el artículo 859 ordinal 4º aunque el legislador lo planteo como convenio de los particulares, es evidente que no es una convención, incurrió en error de términos ocasionando una ambigüedad jurídica que fue abordada en esta investigación, pues, no es una convención por el carácter genérico de la misma, regulando las simples declaraciones de voluntades dirigidas a crear modificar o extinguir relaciones jurídicas y no posee más potestad que la libertad de la voluntad de las partes. Tampoco, es un contrato porque estos son las convenciones que rigen en contenido patrimonial, el negocio jurídico procesal no necesita un contenido patrimonial, solo el acuerdo de voluntades para regular sus intereses, lo cual, ostentan una potestad única en su tipo conferida por la mencionada norma para la elección del procedimiento ordinario u oral.

En Venezuela se le aplican por analogía y de forma supletoria las disposiciones relativas a las convenciones, con las excepciones correspondientes a su naturaleza y efectos. Al finalizar la investigación se determinó que los elementos que integran este negocio son: los sujetos, el objeto y la causa, indispensables para su formación.

Los formalismos que deben completarse para su existencia son la libertad de la voluntad de las partes, lo que significa una manifestación de voluntad que no adolezca de vicios del consentimiento, ni falta de capacidad de los declarantes. Necesariamente, implica el soporte de tales declaraciones sea en documento público o privado, en caso del primero debe cumplir con la publicidad; las partes convienen en el procedimiento a seguir. Cumplido con esto su efecto inmediato, es el ejercicio de la potestad para la elección del procedimiento.

Referencias

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinaria, del 24 de marzo del 2.000. Caracas, Venezuela.

CAPITAN, Henry y COLIN, Ambrosio. 1955. **Curso elemental de derecho civil**. Reus centro de enseñanzas y publicaciones. Madrid.

CARNELUTTI, Francesco. 1951. **Sistema de Derecho procesal civil**. Editorial Hispanoamericana. Buenos Aires. Argentina.

CARNELUTTI, Francesco. 1959. **Instituciones del proceso civil**. Editorial jurídica Europa Americana. Buenos Aires. Argentina.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1990. **Código de Procedimiento Civil**. Publicado en Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990. Caracas, Venezuela.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. **Código civil**. Publicado en Gaceta No. 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982. Caracas, Venezuela.

COUTURE, Eduardo. 1997. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Ediciones Depalma. Buenos Aires.

DOMINGUEZ, Alejandro. 2015. **Hecho, acto y negocio jurídico teoría francesa y alemana**. En <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechonotarial/article/view/7054/6333>. [Consultado el 7 de febrero de 2020]

GONZALES, Jorge. 2015. **El negocio jurídico**. En <https://derechoparaprincipiantes.jimdo.com/civil-i/negocio-jur%C3%ADdico-i/>. [Consultado el 7 de febrero de 2020]

HOHFELD, W. 1919. **Fundamental Legal Conceptions** (Cook, W. (Ed.). New Haven, CT: Yale University Press.

ISLAS, Roberto. 2009. **Sobre el principio de legalidad**. En [/https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf). [Consultado el 9 de febrero de 2020]

LORETO, Luis, 1987. **Ensayos jurídicos**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. Venezuela.

MELICH-ORSINI, José. 1997. **Doctrina general del contrato**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. Venezuela.

MESSINEO, Francesco. 1955. **Manual de derecho civil y comercial**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Chile.

MESSINEO, Francesco. 1979. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Chile.

ROQUE, Luz. 2008. **Teoría y práctica de los negocios jurídicos**. En <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3a7dd48046cbc83f8ab68b44013c2be7/4.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+Luz+Gladys+ue+Montesillo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3a7dd48046cbc83f8ab68b44013c2be7> [Consultado el 9 de febrero de 2020]

HUERTA VALDEZ, Raúl. 2015. **Negocio jurídico procesal**. En <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/delahuerta7 México.pdf>. [Consultado el 9 de febrero de 2020]

Cuestiones Jurídicas
Vol.16, Número 1, 2022 Enero - Junio
Maracaibo, Venezuela.

