

# El sentido del vocablo *empresa* utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS\*

## I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

LAS PRESENTES NOTAS están referidas a la extensión y alcance del artículo 119 (numeral 2º) del Decreto con rango y fuerza de Ley del Servicio Eléctrico publicado en la Gaceta Oficial N° 36.791 de la República de Venezuela el 21 de septiembre de 1999, de ahora en adelante referido como la Ley del Servicio Eléctrico.

Concretamente, se persigue arrojar alguna luz sobre la significación del vocablo «empresa» utilizado en el precitado dispositivo legal, así como determinar si es procedente utilizar un criterio de «grupo económico» o de «empresas vinculadas», a los efectos de excluir del proceso de privatización de una empresa eléctrica a una empresa vinculada a otra que no participe en dicho proceso cuando el porcentaje de cobertura de mercado de esta última, sumado al de la que es objeto de privatización, excede los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

A los fines de nuestro análisis, es necesario, en primer término —siquiera en forma sumaria— abordar el tema de la existencia jurídica independiente de las empresas matriz y filial o subsidiaria, así como determinar la relevancia que debe asignarse en esta materia a las interrelaciones entre las empresas que conforman un grupo económico. En segundo lugar, se impone poner de relieve las correspondencias y correlaciones que existen entre el dispositivo contenido en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley sobre el Servicio Eléctrico y las disposiciones legales y normativas que

\* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila.

conforman el régimen legal de la libre competencia, a los efectos de la correlación y aplicación concordada de la precitada ley con las disposiciones contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y sus Reglamentos, para postular, de esta forma, una correcta y adecuada interpretación de los textos legales.

## II. EL PRINCIPIO GENERAL: LAS COMPAÑÍAS CONSTITUYEN PERSONAS JURÍDICAS DISTINTAS DE LOS SOCIOS

### I. Planteamiento del problema en la Ley del Servicio Eléctrico

El artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico establece:

Los límites de cobertura de mercado a los que se refiere esta Ley, serán los que se indican a continuación, hasta tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica establezca otros valores, tomando en consideración la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia:

1. Veinticinco por ciento (25%) de la capacidad instalada de generación total nacional disponible, en el caso de empresas propietarias de instalaciones de generación termoeléctrica;
2. Veinticinco por ciento (25%) del total nacional de energía facturada, en el caso de empresas de distribución;
3. Hasta quince por ciento (15%) del total nacional de energía facturada a ser comercializada por todas las empresas comercializadoras especializadas. Una empresa comercializadora no podrá tener más del veinte por ciento (20%) de ese mercado.

Esta disposición legal plantea el problema de si el término «empresa» utilizado en dicha norma lo es en sentido jurídico, es decir, como entidad jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio e independiente, o si este término alude a un concepto económico de empresa, esto es, como unidad desde el punto de vista económico.

### 2. Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de los socios

La sociedad anónima es un sujeto de derecho distinto a sus socios. No obstante, se admite, en esta materia, que muchas veces pueden presentarse situaciones antagónicas entre la consideración jurídica y el aspecto económico cuando determinadas sociedades filiales o relacionadas entre sí son más bien una apariencia jurídica puesto que si bien desde el punto de vista formal se quiere establecer dos sociedades distintas, ellas constituyen, en realidad, desde el punto de vista económico, una sola empresa; lo que determina que la unión económica existente entre ellas o su

pertenencia a un mismo grupo económico tiene que tener repercusiones en el campo jurídico (GARRÍGUES, Joaquín: «Curso de Derecho Mercantil», Tomo 1, Madrid 1968, pp. 512-513).

Ahora bien, en Venezuela, el principio general que rige en esta materia es el de la existencia jurídica independiente de las empresas matriz y filial, a pesar de los vínculos económicos existentes entre ellas. Este principio aparece consagrado legalmente en el artículo 201 del Código de Comercio según el cual «...Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios...», lo que significa que, como principio de carácter general, la persona jurídica no puede confundirse con las de sus socios o accionistas. Así, cada sociedad con su propia personalidad jurídica está separada del resto de las sociedades.

### 3. Algunas decisiones jurisprudenciales

La existencia jurídica independiente y separada de la sociedad matriz respecto de sus sociedades filiales y afiliadas ha sido reconocida expresamente en decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en el caso Loffland Brothers dejó establecido que:

Bien es verdad que, en lo económico, la compañía Loffland Brothers de Venezuela C.A. puede tenerse como una «filial» o «subsidiaria» de la Loffland Brothers of Venezuela Inc. (constituida y domiciliada en Tulsa, Estado de Oklahoma, Estados Unidos de Norte América), pero jurídicamente son DOS PERSONAS DISTINTAS, pues en Venezuela —y en el ámbito legal— la persona jurídica no puede confundirse con la de sus socios o accionistas, tal como lo dispone el primer aparte del artículo 201 del Código de Comercio venezolano, según el cual: «Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios», esto es, la empresa constituida en Venezuela en 1947 —que es la contribuyente a la que se le expiden las planillas de impuesto y multas por sus actividades de los años 73, 74, 75 y 76— es una persona completamente distinta de su principal accionista; y por eso, legalmente no puede decirse —como señala la Administración y el tribunal *a-quo*— que es una «unidad económica» a través de la cual la accionista realiza una actividad económica. En lo económico, en lo financiero y en lo operacional, la tesis sostenida por la Administración es correcta, pero no así en el ámbito legal, en lo estrictamente jurídico, pues para la ley venezolana —artículo 201 del Código de Comercio— una persona es Loffland Brothers of Venezuela Inc. y otra, muy distinta, es Loffland Brothers de Venezuela C.A., aquella compañía constituida y domiciliada en Venezuela, y es la que realizó la actividad objeto del impuesto. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 130, p. 474).

Luego, en sentencia de fecha 17 de julio de 1986, para desechar un reparo fiscal formulado por la Administración fiscal, la Sala Política Adminis-

trativa de la antigua Corte Suprema de Justicia reiteró su criterio en los siguientes términos:

En el caso de autos, consta en el expediente, y por lo demás no constituye objeto de controversia en esta instancia, que la empresa Baroid de Venezuela S.A. es una sociedad constituida y domiciliada en Venezuela y que sus acciones nominativas pertenecen en un 92,16% a la empresa extranjera N.L. Industries Inc., constituida y domiciliada en la ciudad de Nueva York. Por consiguiente, se trata de dos personas jurídicas distintas, aun cuando desde el punto de vista económico, financiero o patrimonial estén estrechamente vinculadas, pues una de ellas es la propietaria de la mayoría de las acciones de la otra, pero ello no autoriza para que jurídicamente pueda calificársela de agencia o sucursal de la empresa extranjera a la que pertenecen mayoritariamente sus acciones. La circunstancia de que una empresa sea propietaria de la mayoría de las acciones de otra empresa, no significa que esta última sea una agencia o sucursal de la primera, «pues las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios», tal como expresamente lo señala el artículo 201 del Código de Comercio venezolano. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 133, p. 188).

Asimismo, fue decidido por nuestro Supremo Tribunal en el caso Otis Engineering International C.A en fecha 8 de octubre de 1987 lo siguiente:

Consta en el expediente y además no ha constituido objeto de controversia en ninguna de las instancias, que la empresa «Otis Engineering International C.A.» es una sociedad mercantil constituida en Venezuela y que sus acciones nominativas pertenecen en un 99.48% a la empresa extranjera «Otis Engineering Corporation» (Delaware). Se trata, pues, de dos personas jurídicas distintas, aun cuando en lo económico, financiero o patrimonial estén estrechamente vinculadas, y el hecho de que la empresa extranjera sea propietaria de la mayoría de las acciones de la empresa nacional, no significa que esta última sea una agencia, sucursal u otra unidad económica de explotación de la primera, ya que en Venezuela y en el ámbito legal, la persona jurídica no puede confundirse con la de sus socios o accionistas, a tenor de lo dispuesto por el artículo 201 del Código de Comercio. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 138, p. 222).

En fin, ha sido doctrina pacífica y reiterada de nuestro Supremo Tribunal que las personas jurídicas y, concretamente, las compañías anónimas son sujetos de derecho distintos a sus socios y que, como tales:

...gozan por regla general de capacidad plena para el ejercicio de los derechos civiles de orden patrimonial según su objeto y que esa capacidad puede ejercerse así en lo judicial como en lo extrajudicial por medio de sus órganos, que no son incidentales sino inmanentes en el ente moral. (Gaceta Forense, Segunda Etapa, Tomo 9, p. 84).

Luis Guillermo Govea, al analizar el tema de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y su tratamiento por la jurisprudencia nacional señala que:

Contra todas las tentativas de los jueces de mérito de «penetrar» la personalidad jurídica a objeto de establecer la realidad entre los sujetos que la forman y atribuirles otros efectos al pacto social, reiteradamente nuestro Alto Tribunal ha rechazado semejantes fallos. (GOVEA URDANETA (h), Luis Guillermo: *Las Grandes Decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Mercantil* (1935-1992), Tercera Edición, Editorial Jurivensa, Caracas-Maracaibo 1992, p. 79).

4. El problema de la comunicación de la responsabilidad entre la sociedad matriz y sus filiales o subsidiarias en la legislación venezolana

No se acepta en la legislación venezolana la comunicación de la responsabilidad entre la sociedad matriz y las filiales o subsidiarias, por lo que se reconoce, como principio de carácter general, que la empresa matriz no es responsable por las deudas de sus filiales o subsidiarias.

Quizás por ello los Tribunales de la República, cuando han concedido el estado de atraso o declarado la quiebra de una sociedad anónima, que constituyen procedimientos de liquidación colectiva del comerciante para la cancelación de sus pasivos, en ningún caso han extendido los efectos de la declaración de quiebra o del beneficio de atraso de la sociedad «matriz» a las filiales o subsidiarias de la fallida o de la empresa a la que se le haya acordado el beneficio de atraso. *Por vía de excepción*, el artículo 954 del Código de Comercio prescribe que «cuando la quiebra fuere de compañía en que haya socios solidariamente responsables, se pondrán los sellos no solamente en los establecimientos mercantiles sino también en el domicilio de cada uno de ellos, pero sin incluir los vestidos y el menaje necesario para el uso del socio y su familia».

Igualmente, *por vía de excepción*, el artículo 17 de la Ley de Regulación Financiera establece que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) acordará la intervención de las empresas relacionadas con las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilios o asistencia financiera, o respecto de las cuales se haya establecido un mecanismo de transferencia de depósitos. En esta misma disposición legal se establece que podrá considerarse deudor a la persona o entidad que ejerza, directa o indirectamente, la administración o posea la mayor proporción del capital social de una empresa vinculada o relacionada con un banco o institución financiera; con lo cual, por vía de ex-

cepción, se consagra legalmente, a estos efectos, la comunicación de la responsabilidad entre una sociedad y otra. Y el artículo 15 *ejusdem* define lo que se entiende por empresas relacionadas, a estos efectos.

Pero, se insiste, en la Ley venezolana no se admite, como *principio de carácter general*, la teoría que afirma la unidad jurídica entre la sociedad matriz y las sociedades filiales o subsidiarias ni se reconoce, en principio, que la pertenencia a un «grupo económico o de empresas» determine la desaparición de la personalidad jurídica y del patrimonio autónomo, que corresponde a cada una de las entidades que conforman el respectivo grupo de empresas. (En el mismo sentido, véase: PARRA ARANGUREN, Gonzalo en: *Acciones en Tesorería, Varios Dictámenes*, Caracas 1991, página 38 del dictamen correspondiente a este autor. La cita se hace a propósitos referenciales, sin vinculación con el tema particular del dictamen del doctor Parra Aranguren y de la obra donde aparece inserto).

##### 5. Las nuevas tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas y la doctrina del fraude a la ley

Las diversas legislaciones modernas, así como también la doctrina jurídica en general y la jurisprudencia extranjera (pues en Venezuela existen muy pocas decisiones judiciales sobre la materia) han desarrollado la teoría del abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima y la doctrina del fraude a la ley.

De acuerdo con la teoría del abuso de la personalidad jurídica, cuando mediante la utilización de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros, el juez puede prescindir de la estructura formal de la persona jurídica para penetrar en el sustrato personal o real que la constituye con el objeto de llegar hasta las personas individuales que se ocultan detrás de la persona jurídica (SERICK, Rolf: *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios por José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 242 y ss.). Desde esta perspectiva, la jurisprudencia argentina, en forma reiterada, ha señalado que la personalidad jurídica no puede amparar los actos ejecutados en fraude a la ley.

Según la doctrina del fraude a la ley, los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Sobre este aspecto el gran mercantilista español Fernando Sánchez Calero ha señalado cómo la jurisprudencia española utiliza la teoría del abuso de la personalidad jurídica o del levantamiento del velo corporativo para penetrar en el *substratum personae* de las sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica, para evitar que so pretexto de la ficción de la creación de una personalidad jurídica se legitimen situaciones abusivas o fraudulentas. Para ello la jurisprudencia española se basa en tres principios: (a) en casos de actos ejecutados en fraude a la ley puede descorsarse el velo corporativo para penetrar en el interior de las personas jurídicas; (b) los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y; (c) la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo en daño ajeno o de los derechos de los demás (SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Madrid 1997, p. 229).

En Venezuela, en algunas decisiones judiciales se comienza a dar cabida, aunque tímidamente y en forma parcial y fragmentaria, a la doctrina del abuso de las formas jurídicas (véase la sentencia de la Sala Político Administrativa (Especial Tributaria I), de la antigua Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Jaime Parra Pérez, transcrita, en su parte pertinente, más adelante y publicada en la Jurisprudencia Venezolana de Ramírez & Garay, Tomo CLI, febrero-1999, pp. 491-492).

En la doctrina nacional, Arvelo Villamizar postula que «una conducta tendente a crear una persona jurídica con el sólo fin de producir un fraude a la legalidad, a convenios o a terceros, no es más que un abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial sobre todos los haberes del protagonista, que nunca será la persona jurídica creada para fines ilícitos, sino su creador, generalmente el accionista o socio del negocio» (ARVELO VILLAMIZAR, Roquefélix: *La Teoría del Velo Corporativo y su aplicación en el Derecho Venezolano*. Aspectos Tributarios. Ediciones Liber, Caracas 1999, p. 12). Luis Ignacio Zerpa, al referirse al abuso en la utilización de la personalidad jurídica, postula que se debe «evitar las soluciones simplistas a que conducen, con evidente facilidad, los enfoques formalistas y las limitaciones del pensamiento jurídico meramente legalista» (ZERPA, Luis Ignacio: «El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, N° 116, p. 81).

En Venezuela, se reconoce así que la relación de control, excepcionalmente, puede llevar a la pérdida de la personalidad jurídica si ésta tiene como propósito soslayar fraudulentamente la aplicación de normas jurídicas imperativas o prohibitivas. En este caso, el contrato de sociedad sería nulo

por fraude a la ley (MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983, p. 626, y Capítulo XXXV).

En la doctrina administrativa, ya en el año 1990, en el sonado caso del Banco de Venezuela, la Comisión Nacional de Valores, estimó particularmente relevantes, en el caso concreto, a los fines de la aplicación de las disposiciones legales contenidas en la Ley de Mercado de Capitales sobre acciones en tesorería, las relaciones existentes entre diversas empresas vinculadas al Banco de Venezuela que habían adquirido acciones de ese instituto bancario, sin haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos en los artículos 43 y siguientes de la Ley de Mercado de Capitales de 1975. En tal sentido, la Comisión Nacional de Valores, mediante Resolución N° 284-90 de fecha 26 de octubre de 1990 dejó establecido que:

a) Tolerar la adquisición de las acciones propias mediante la utilización con estos fines, de empresas con personalidad jurídica propia pero íntimamente relacionadas entre sí por vínculos de coordinación o colaboración o por una unidad de dirección y una afinidad común, es decir, cuando las mismas integran una unidad económica, harían nugatoria la provisión y frustraría los planes y propósitos del ordenamiento regular del mercado de capitales. En otras palabras, sólo una interpretación lógica, racional, funcional y económica de la norma y que atienda a su *ratio juris* y a la finalidad teleológica de la misma asegura la utilidad de la prohibición y cierra las puertas al empleo de toda clase de medios que permitiría burlar el propósito perseguido por la ley, lo contrario no se compecede con la adecuación de una empresa Saica a su misión esencial de constituirse en un instrumento eficaz de canalización del ahorro hacia el sector productivo y de acceso creciente de grandes núcleos de la población a la propiedad del capital (página 23), y

b) La utilización abusiva de las formas jurídicas en este caso no puede relajar disposiciones de orden público como las contenidas en la Ley de Mercado de Capitales sobre acciones en tesorería. Lo contrario legitimaría toda clase de expedientes destinados a realizar precisamente lo que la Ley prohíbe en forma clara y tajante y conduciría a la ineludible, pero a la vez insostenible conclusión de que serían los propios particulares sujetos a la Ley quienes en última instancia resolverían en atención a sus particulares conveniencias cuando les sería aplicables o no la Ley de Mercado de Capitales así como las circunstancias y eventualidades en las cuales sus proceder y conductas habrían de ceñirse a la Ley en franco y abierto desconocimiento de las realidades económicas que constituyen el sustrato de las relaciones que regula la misma Ley. (Comisión Nacional de Valores, Resolución N° 284-90 de fecha 26 de octubre de 1990. Consultada en original).

Si bien los efectos de la Resolución administrativa de la Comisión Nacional de Valores fueron suspendidos por la jurisdicción constitucional, los tri-

bunales de justicia no se pronunciaron nunca, en forma definitiva, sobre el fondo de la cuestión controvertida, esto es, sobre la desestimación de la personalidad jurídica propia de las empresas relacionadas con el Banco de Venezuela que habían adquirido acciones de ese instituto bancario, ni sobre la imputación al propio banco de la adquisición de acciones de ese instituto bancario por parte de sus empresas vinculadas o asociadas, en razón del fraude a la Ley de Mercado de Capitales invocado en el caso concreto.

Sin embargo, para nosotros resulta absolutamente claro que si, en un caso concreto, determinadas sociedades mercantiles fueran personas interpuestas y pretendiera utilizárselas para evadir una prohibición legal, el órgano administrativo correspondiente, si tuviera facultades legales para hacerlo y, en todo caso, los tribunales de justicia podrán perfectamente declarar el carácter fraudulento del acto así realizado, indicando concretamente cada uno de los elementos del fraude (*fraus legis*) y explicando las causas que justifiquen su decisión. En virtud de tal pronunciamiento, deberán cesar los efectos de la interposición de persona y procederá la ineficacia administrativa o, en su caso, la nulidad de la actuación verificada para eludir la prohibición legal.

Por ello, podemos concluir que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanen, como puede ser la de la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios. De esta forma, se postula la prescindencia de la forma externa de la persona jurídica para poner coto a los fraudes y abusos que por medio del «escudo protector» de la persona jurídica se puede cometer (DE ÁNGEL, Yagüez: *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia*, Madrid 1990, p. 14).

La consecuencia de todo ello salta a la vista, puesto que el ordenamiento legal contemporáneo no es de carácter meramente formal: cuando por un motivo u otro se pretende utilizar la ficción de la personalidad jurídica para burlar normas de orden público o para sustraerse a sus efectos, el órgano jurisdiccional competente, ya sea administrativo o judicial, podrá descender el velo corporativo con el objeto de evitar que la persona jurídica sea el instrumento de desviación o distorsión en la aplicación de normas imperativas o prohibitivas.

Y no se nos diga que al razonar de esta manera se está infringiendo el artículo 201 del Código de Comercio según el cual las compañías anóni-

mas son personas jurídicas distintas de los socios; lo único que se hace con ello, es dar a la norma en cuestión el alcance preciso y exacto querido por el legislador, a saber, la utilización con fines lícitos de la personalidad jurídica de la sociedad. De lo contrario habría que llegar a la absurda conclusión de que cualquier norma imperativa de la ley puede ser libremente infringida por todo interesado, mediante la creación y utilización de una persona jurídica para realizar lo que la ley prohíbe efectuar directamente a quienes forman y dan nacimiento a la persona jurídica en cuestión. Bien sabido es que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las normas en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres (Código Civil, artículo 6°). Además, la conducta abusiva no es lícita; la ley no ampara el abuso del derecho (Código Civil, artículo 1.185, párrafo único) y el ordenamiento jurídico no tolera —ni puede tolerar— una maniobra directamente orientada al objetivo que la ley prohíbe, bajo la apariencia del acatamiento meramente formal de esa misma ley: dicha maniobra se denomina fraude a la ley.

En todo caso, vale la pena destacar que a veces la propia ley presume la existencia del fraude como sucede en el artículo 848 del Código Civil según el cual:

Las disposiciones testamentarias a favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas, aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso o se las haya otorgado bajo nombre de personas interpuestas.

Se reputan personas interpuestas, al padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz.

Lo mismo ocurre en el párrafo único del artículo 16 de la Ley de Regulación Financiera, según el cual:

En todo caso, se presumen adquiridas por personas interpuestas, en propiedad o por causa de garantía, las acciones traspasadas a personas naturales o jurídicas que no tengan capacidad de pago suficiente o no puedan hacer constar el origen de los fondos invertidos en las operaciones.

Otras veces la existencia del fraude a la ley puede fundamentarse en un conjunto de hechos graves, precisos y concordantes que permitan al órgano jurisdiccional competente presumir legítimamente que en el caso concreto se ha utilizado la personalidad jurídica para burlar la ley o con el propósito de sustraerse a sus efectos, puesto que la presunción es un medio de prueba autorizado por la Ley (Código Civil, artículos 1.394 y 1.399).

Por otra parte, se observa a *nivel legislativo*, que algunas leyes especiales permiten, en determinados casos y para ciertos efectos, el desconocimiento

de la personalidad jurídica de la sociedad y de la forma adoptada por los particulares para la realización de un acto jurídico. Esto con el objeto de hacer prevalecer la realidad económica de la operación. En otras palabras, en algunas leyes especiales se consagra el reconocimiento del principio de que el fondo, esto es, la intención perseguida por las partes priva sobre la forma adoptada para documentar un acto jurídico. Así, en el artículo 95 de la reciente Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta se establece que:

Al calificar los actos o situaciones que configuran los hechos imposables del impuesto previsto en esta ley, la Administración Tributaria conforme al procedimiento de determinación previsto en el Código Orgánico Tributario, podrá desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, aun cuando estén formalmente conformes con el derecho, realizados con el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto. En este caso se presumirá que el propósito es fundamental, salvo prueba en contrario.

Las decisiones que la Administración adopte, conforme a esta disposición, sólo tendrán implicaciones tributarias y en nada afectarán las relaciones jurídicas privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco nacional.

Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados conforme a lo previsto en el encabezamiento de este artículo no impedirán la aplicación de la norma tributaria evadida o eludida, ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendían obtener mediante ellos.

Una disposición legal bastante similar existe en el artículo 61 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Asimismo, el párrafo único del artículo 15 de la Ley de Regulación Financiera confiere a SUDEBAN, a los efectos de la precitada ley, la facultad de extender el concepto de *empresas relacionadas con un banco o institución financiera* —y, por ende, para hacerlas pasibles de una medida de intervención cuando se hubiere acordado la intervención o la liquidación del banco o de la institución financiera de que se trate— a aquellas personas naturales o jurídicas que tengan entre sí vinculación accionaria, financiera, organizativa o jurídica, cuando existan fundados indicios de que con la adopción de formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, se han utilizado medios para eludir las prohibiciones de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o disminuido la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente.

Siguiendo esta orientación, la Sala Político Administrativa (Especial Tributaria) de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 3 de febrero de 1999, en el caso Hideca dejó establecido que:

las supuestas «inversiones» hechas por la contribuyente no son operaciones verdaderas ni sinceras, es decir que no tienen contenido ni sustancia económica, sino que más bien son subterfugios de mera forma que no pueden tener significación en un impuesto como el que grava la renta, el cual pretende alcanzar la verdadera (y no la aparente) capacidad económica del sujeto pasivo. Las operaciones analizadas, en la forma en que fueron hechas denotan un abuso de la forma jurídica con el propósito fundamental de eludir o atenuar el efecto normal de la ley tributaria, en detrimento de los derechos del Fisco. En tales casos, el Juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos, los cuales demuestran, como dice la Fiscalización que evidencia que la «formación del capital en el sector agropecuario venezolano no sufrió incremento alguno» por lo cual los reparos se consideran ajustados a derecho, y así se declara. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa Especial Tributaria de fecha 3 de febrero de 1999. Consultada en original).

De lo que se infiere que, las consideraciones anteriores relativas al reconocimiento del *principio general* de la personalidad jurídica independiente y separada de cada una de las personas jurídicas, admite *excepciones*. Así, algunas leyes especiales, para determinados efectos, consagran que la pertenencia de una empresa a un grupo económico o que la existencia de empresas vinculadas entre sí determina para ellas importantes consecuencias de orden jurídico que obligan a considerar la unidad económica y no tanto la unidad jurídica de la respectiva entidad al momento de la aplicación de la respectiva ley de que se trate. Además, aun cuando esta materia no ha recibido en Venezuela un extenso tratamiento doctrinario y jurisprudencial, ya se observan criterios y atisbos de decisiones que conducen a postular el principio de la prevalencia del fondo sobre la forma de los actos jurídicos y, en su caso, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad cuando se constate la utilización de la personalidad jurídica para desvirtuar la debida aplicación de una norma imperativa o para sustraerse a sus efectos.

### III. LA INCIDENCIA DE LA PERTENENCIA A UN GRUPO DE PERSONAS VINCULADAS (GRUPO ECONÓMICO O DE EMPRESAS) EN LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA EX ARTÍCULO 119 (NUMERAL 2°) DE LA LEY DEL SERVICIO ELÉCTRICO

I. La inexistencia de un régimen general aplicable a los grupos de empresas en el derecho venezolano

En el derecho positivo venezolano no existe una regulación general de los grupos económicos o de empresas, característica ésta que es más o menos común en el derecho de otros países. Ello se atribuye a la circunstancia de que tales grupos, si bien han sido objeto de estudios coherentes en el campo económico, no han dado lugar al desarrollo de una disciplina general y uniforme capaz de agrupar a las diversas formas jurídicas de que se valen para concretar los fines que han motivado su constitución y funcionamiento.

La ausencia de un régimen legal general aplicable a los grupos económicos hace que nuestro país participe de la corriente que destaca la necesidad de brindar a las empresas la mayor libertad de elección, para decidir la forma de agrupación y organización del respectivo grupo a la hora de proponerse la consecución de su objeto. Esta perspectiva resulta la más conveniente, dada nuestra condición de país en desarrollo que requiere la constitución de unidades empresariales fuertes y con capacidad de competir en un mercado cada vez más ampliado a través de los diversos acuerdos de integración económica donde Venezuela participa.

Por tanto, desde la anterior perspectiva, los grupos económicos o de empresas tienen a su disposición todas las formas jurídicas que permite la legislación civil y mercantil venezolana y deben considerarse amparados por los artículos 52 y 112 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela. Según el primero «Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley...» y conforme al segundo, «Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...».

Por otra parte, la formación y el desarrollo de los grupos económicos o societarios constituye una actividad perfectamente legal y la constitución y funcionamiento de un grupo de empresas no implica un ilícito y su funcionamiento tampoco, salvo que el controlante dañe dolosa o culpablemente el patrimonio de la sociedad controlada o invoque

dolosamente la personalidad de la sociedad controlada en perjuicio del interés general o del interés de terceros.

Esta afirmación, como se ha dicho, es válida tanto para las legislaciones que regulan especialmente el fenómeno de los grupos societarios como para los ordenamientos que no lo hacen, pero que mantienen el principio de la prevalencia de la mayoría como sustento del control interno o participacional, y el principio de la libertad convencional como sustento del control externo o vincular.

Sin embargo, sí existe una regulación fragmentaria de algunas manifestaciones de los grupos económicos o de los grupos de empresas en la legislación venezolana. (En el mismo sentido, véase: RODNER, James Otis: *El Grupo de Sociedades en Visión Contemporánea del Derecho Mercantil*, IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, 1998, p. 193).

En efecto, en el derecho positivo venezolano sí se conocen disposiciones que conciernen a la configuración de un grupo económico con perfil y fisonomía propios, las cuales mencionaremos de seguidas. Sin embargo, es bueno indicar desde ya que las mismas presentan una característica que las informa y ésta es, que cada una de estas regulaciones está llamada a cumplir con un objeto específico y limitado al respectivo ordenamiento legal del cual forma parte. Por tanto, no es dable al intérprete suponer efectos jurídicos respecto de alguna de estas regulaciones, que puedan llegar a comunicarse a otras contenidas en leyes especiales llamadas a cumplir también otras finalidades, salvo que el legislador así lo haya establecido expresamente o que esta consecuencia se imponga en razón de la interpretación sistemática y concordada de los respectivos textos legales.

Así, entre otras, la *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* (artículos 101 al 105) contiene disposiciones que conciernen a la configuración de un grupo de sociedades con perfil y fisonomía propios.

Los principales aspectos del régimen sobre *grupos financieros* de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras contenidos en los últimos artículos citados, son:

El artículo 101 define a los grupos financieros como el conjunto de bancos, instituciones financieras y empresas que constituyan una unidad de decisión o gestión, de acuerdo con lo que se establece en el mismo artículo. A este efecto, la unidad de decisión o de gestión se prescribe a través de dos vías:

La primera es de carácter objetivo, de acuerdo con la participación o control que un banco o institución financiera tenga respecto de otras sociedades o empresas o, de manera inversa, la participación o control que personas naturales o jurídicas puedan tener o ejercer sobre el primero. Mientras la medida de la participación, directa o indirecta, se fija en un porcentaje igual o superior al 50% del capital o patrimonio de la respectiva entidad, el control tiene una doble manifestación. Este puede estar referido al control igual o superior a la tercera parte de los órganos de dirección o administración de la sociedad o al que se ejerce sobre las decisiones de dichos órganos a través de cláusulas contractuales o cualquier otra modalidad (parágrafo primero).

La segunda vía de determinación legal de la unidad de decisión o gestión, es de carácter indiciario. A este efecto, mediante el parágrafo segundo se autoriza a la SUDEBAN para que, en ausencia de los elementos objetivos vistos con anterioridad, considere que existe unidad de decisión o gestión, cuando existan entre instituciones financieras y otras empresas, evidencias suficientes y comprobadas de ello.

La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras precisa cuáles son las empresas que deben tomarse en cuenta a efectos de integrar un grupo financiero, en el parágrafo tercero del mismo artículo 101. Aunque la ley no lo dice, debe tratarse de las empresas con las cuales se ha establecido previamente la existencia de la unidad de decisión o gestión en la forma vista con anterioridad, pues ello deriva de una interpretación sistemática del texto que se analiza. Tales empresas son: las filiales, subsidiarias y relacionadas, estén o no domiciliadas en el país, cuyo objeto o actividad principal sea complementario o conexo al de los bancos y otras instituciones financieras.

Finalmente, el parágrafo cuarto otorga a SUDEBAN, la facultad de incluir en un grupo financiero, cuando lo considere conveniente, a las sociedades propietarias de acciones de las instituciones financieras integrantes del grupo. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras precisa que se debe tratar de las empresas controladoras de dichas instituciones financieras. Esta disposición surgió principalmente motivada por la definición de empresa a que nos referimos con anterioridad, ya que técnicamente una empresa holding, cuyo objeto principal es detentar acciones de otras sociedades, no reviste carácter complementario o conexo con el objeto de algunas instituciones financieras especializada, como un banco comercial o un banco hipotecario, por ejemplo.

En lo que concierne a la determinación del grupo financiero, al tratarse de una actividad regulada, consecuente con las motivaciones en alguna forma parecidas a las que llevan al Estado a exigir una autorización de

SUDEBAN para que una sociedad anónima pueda realizar operaciones de intermediación financiera, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras pauta que la determinación de las instituciones financieras y empresas que forman parte de un *grupo financiero* es de la competencia exclusiva del indicado organismo de control bancario (Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, artículo 102). En otras palabras, la conformación del grupo financiero no es producto de una decisión voluntaria de entidad privada alguna, sino que requiere el pronunciamiento de SUDEBAN.

Lo anterior permite extraer una característica que es inherente al grupo financiero, cual es, la de que su integración y extensión, en cuanto al número de instituciones financieras y empresas que lo conforman, tiene un sentido dinámico. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, fija los elementos objetivos o indiciarios para la definición del grupo financiero, de allí que, cuando estos elementos varían es posible reducir, ampliar o, en definitiva, determinar la inexistencia del respectivo grupo financiero. Este carácter dinámico o relativo del grupo financiero, se desprende también de lo dispuesto en la parte *in fine* del mismo artículo 102, mediante el cual se faculta a SUDEBAN para excluir a una empresa o institución de un grupo financiero.

Por otra parte, el *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, a los efectos de ampliar el número de personas responsables frente al trabajador, también contiene disposiciones que conciernen a la configuración de un *grupo de empresas* con especificidades y contornos propios. En tal sentido, el artículo 21 del precitado Reglamento consagra el principio de la responsabilidad solidaria de los patronos que integran un grupo de empresas, por el cumplimiento de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. A tales efectos, en los párrafos primero y segundo del artículo 21 *ejusdem* se establece que:

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiera relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otra, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;

- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración.

En la misma dirección, el artículo 5º (parágrafo tercero) de la *Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994* consagró, un concepto de *unidad económica*, a los fines de permitir una consolidación de rentas entre distintas empresas. A tales efectos, podía darse la consolidación en tres casos: (a) cuando los accionistas o propietarios que ejercen la administración de las empresas sean los mismos; (b) cuando las empresas realicen entre ellas más del cincuenta por ciento (50%) del total de sus actividades u operaciones y (c) cuando determinadas empresas exploten actividades u operaciones industriales, comerciales o financieras conexas en más del cincuenta por ciento (50%) del total de tales operaciones o actividades.

En estos casos, las empresas consolidadas por decisión de la Administración Tributaria se trataban como si formaran un solo contribuyente, a los fines del impuesto sobre la renta. Es decir, en estos supuestos la Administración Tributaria podía —porque la consolidación no era automática— consolidar las declaraciones, considerando como titular del ingreso a la persona que ejercía la administración del grupo. Esta disposición sobre consolidación de empresas a efectos tributarios desapareció en la Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999.

La *Ley de Mercado de Capitales* define lo que se entiende por *control* de una *sociedad dominada* por una *sociedad dominante* (artículo 67). Las *Normas relativas a la Oferta Pública y Colocación Primaria de Títulos Valores y a la Publicidad de las Emisiones* dictadas por la Comisión Nacional de Valores contienen definiciones de lo que debe entenderse por *empresa matriz, empresa filial o subsidiaria y empresa afiliada* a los fines de las referidas normas, pero ésta es una materia completamente distinta a la configuración de un grupo económico con perfil y fisonomía propias, como sí la hace la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley de Impuesto Sobre la Renta en las disposiciones anteriormente mencionadas.

Asimismo, la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (artículos 14 y 15) define al *grupo de personas o de empresas vinculadas entre sí*, con un fin determinado, esto es, en relación con el fenómeno de la concentración económica, a los efectos que guardan relación con las prácticas restrictivas de la competencia. El Reglamento Parcial N° 2 de la precitada ley (artículos 3º y 4º) desarrolla aun más las definiciones legales y las modalidades de las operaciones de concentración económica.

La *Ley de Privatización* menciona expresamente a los *grupos de empresas* en los procesos de privatización de empresas del sector público (artículo 7º), pero no los define. Por su parte, la Ley del Servicio Eléctrico no contiene disposición alguna aplicable a los grupos económicos o de empresas.

## 2. El sentido del vocablo «empresa» utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

### a. Introducción

En razón de las consideraciones expuestas *ut supra*, en relación con la materia que nos ocupa, se impone dilucidar el sentido exacto y preciso que debe darse al vocablo «empresa», que utiliza el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico y la relevancia que pueda tener la pertenencia de una empresa eléctrica a un grupo económico o de empresas, a los fines de determinar la licitud de la participación de una empresa eléctrica y/o su empresa matriz o sus filiales y subsidiarias en el proceso de privatización de otra empresa eléctrica.

Procede, igualmente, determinar si la Ley del Servicio Eléctrico o la Ley de Privatización establece alguna disposición que lleve a concluir que el régimen de grupo económico o de empresas vinculadas entre sí, contenido en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, debe ser considerado a los efectos de excluir del proceso de privatización de una empresa eléctrica a una empresa vinculada a otra que no participe en dicho proceso cuando el porcentaje de cobertura de mercado de esta última, sumado al de la que es objeto de privatización, excede los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico. Concretamente, en tal eventualidad, ¿podría una empresa distribuidora de energía eléctrica controladora de otra, adquirir legalmente las acciones de una tercera empresa distribuidora en el acto de subasta que se fije dentro del proceso de privatización de esta última, invocando que es una persona jurídica distinta de la empresa eléctrica que la primera controle?

El artículo 119 numeral 2º de la Ley del Servicio Eléctrico limita la cobertura de mercado para las *empresas* de distribución, a un veinticinco por ciento (25%) del total nacional. La referida disposición legal alude solamente a empresas.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley de Privatización prescribe que el Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV) evitará, entre otras, «la concentración de acciones... objeto de privatización en *grupos de empresas* o

*empresas... que respondan a los mismos intereses o que puedan... impedir o restringir la libre competencia». Esta disposición legal se refiere a grupos de empresas pero no los define. ¿Se debe, entonces, acudir a los criterios de vinculación de empresas o de pertenencia a un grupo de empresas, establecidos en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia a los fines de determinar la exclusión de una empresa que participe en la privatización de una empresa del sector eléctrico?*

b. Algunas interrelaciones existentes entre la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Llegados a este punto, vale la pena insistir en un principio elemental de hermenéutica jurídica que debe orientar al intérprete a la hora de analizar textos legales como la Ley de Privatización, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Ciertamente, tanto la Ley del Servicio Eléctrico como la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, constituyen manifestaciones del Estado dirigidas a limitar la actividad económica de los particulares en la realización de sus negocios. En otras palabras, dichos instrumentos forman parte del Derecho Administrativo. En tanto legislación, la misma se encuentra sometida en un todo a la Constitución Nacional.

Tanto en la Ley del Servicio Eléctrico como en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el legislador dibujó con precisión el objeto y los medios que en cada ordenamiento deben desarrollar los órganos encargados de alcanzar dicho objeto. Así, para la Ley del Servicio Eléctrico el objeto lo constituye la regulación de las actividades de generación, transmisión y gestión del sistema eléctrico nacional, así como la distribución y comercialización de la energía eléctrica, a cuyo efecto se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico (Ley del Servicio Eléctrico, artículos 1º y 4º), mientras que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia tiene por objeto estimular y proteger el ejercicio de la libre competencia, así como la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica (artículo 1º). Con este propósito se prohíben, asimismo, las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado (artículo 11).

El medio institucional erigido por la Ley del Servicio Eléctrico para controlar el cumplimiento de su objeto, lo es la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en cambio, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia lo hace con la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA). A cada uno de estos organismos, su respectivo ordenamiento los dota de facultades. Estas facultades constituyen el límite para la actuación de dichos organismos públicos, en acatamiento ineludible del principio de legalidad administrativa estipulado en el artículo 137 de la Constitución.

Por su parte, la Ley de Privatización tiene por objeto regular la política de privatización de bienes o servicios del sector público y establecer las modalidades de privatización, a cuyo efecto se atribuye al Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV) la ejecución de la política de privatización (Ley de Privatización, artículos 1º y 9º).

Un corolario de lo anterior es que al intérprete le es dable establecer vinculaciones entre la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Privatización y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, o de una respecto de la otra u otras, cuando tales vinculaciones se encuentren legalmente previstas o se impongan en razón de la interpretación concordada y sistemática de dichos textos legales derivada de la interrelación de los objetivos y finalidades de los respectivos dispositivos de cada una de estas leyes aplicables en el caso concreto.

Si se tiene que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia persigue, en general, el desarrollo del mercado mediante la participación ordenada de quienes en él participan en un contexto de sana competencia, a cuyos fines define a las empresas, en un sentido económico, y se considera que el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico establece reglas para la participación de empresas eléctricas en el mercado con el objeto de evitar una concentración que atente contra la libre competencia en el sector, es forzoso concluir que el término *empresa* utilizado en la ley antes citada debe entenderse en el mismo sentido económico en que se le emplea en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. A esta conclusión conduce inexorablemente una interpretación no sólo sistemática sino lógica de los precitados preceptos legales.

Es evidente que los fines y objetivos de las aludidas disposiciones legales de los ordenamientos bajo examen se entrelazan. En efecto, el artículo 3º de la Ley del Servicio Eléctrico establece que el Estado promoverá la competencia en las actividades del servicio eléctrico en las cuales lo estime pertinente. Además, esta disposición legal establece que el Estado regulará aquellas situaciones de monopolio donde la libre competencia

no garantice la prestación eficiente en términos económicos y fomentará la participación privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

El artículo 119 *ejusdem* a los fines de evitar concentraciones en el sector de la energía eléctrica o la presencia de actores con una posición dominante en las áreas de generación, comercialización y distribución define los límites de cobertura de mercado y establece límites a la participación de las empresas en las distintas áreas del servicio eléctrico.

Por su parte, el artículo 7° de la Ley de Privatización establece que:

El Fondo de Inversiones de Venezuela evitará la concentración de bienes, acciones, concesiones de servicios públicos que sean o hayan sido objeto de acciones de privatización en empresas, grupos de empresas o empresas que respondan a los mismos intereses o que puedan incurrir en conductas monopólicas u oligopólicas para llevar a cabo maniobras que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica y la libre competencia. La violación de estas disposiciones será causal de nulidad absoluta del proceso licitatorio o de los procesos de colocación en el mercado de capitales.

Del propio tenor literal de las precitadas disposiciones legales se desprende, claramente, que todas ellas persiguen asegurar la libre competencia de los actores en el mercado, en el sector de la energía eléctrica.

c. La libre competencia de los actores en el sector de la energía eléctrica y la interacción de los órganos de la Administración Pública

A los fines de garantizar la libre concurrencia de los actores en el mercado en el proceso de privatización de una empresa del sector eléctrico, el FIV no podrá legalmente autorizar la participación del interesado si se determina que su cobertura de mercado incluida la del grupo de empresas que responda a los mismos intereses, sumada a la de la empresa o empresas objeto de privatización excede de los límites máximos establecidos en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

A los fines de efectuar esta determinación, el FIV ha solicitado, en los respectivos procesos de privatización de empresas, como es lógico y natural, la opinión del organismo sectorial especializado, esto es, de PROCOMPETENCIA, a cuyo efecto, se ha desarrollado la práctica administrativa consistente en informar a PROCOMPETENCIA acerca de la modalidad de privatización a ser empleada en cada caso y acerca de los interesados en el proceso, a los fines del respectivo pronunciamiento por parte de ese Organismo. PROCOMPETENCIA, en base a la información suministrada por el FIV, determina, en cada caso, si el mecanismo empleado en el respectivo proceso de privatización es cónsono con el desarrollo

de la libre competencia y, adicionalmente, si la participación de alguno de los actores en el mercado podría conllevar a una situación de concentración económica en el sector al sumar a su participación de mercado la del ente a ser privatizado.

Este procedimiento de interacción de los organismos de la Administración Pública es cónsono con el principio constitucional de la colaboración de los organismos del sector público en el desarrollo de los fines del Estado y atiende al principio de la especialidad de cada organismo de la Administración Pública en el área de su competencia. Por otra parte, comoquiera que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece la nulidad absoluta del respectivo proceso licitatorio que conduzca a una situación de monopolio u oligopolio o a una restricción o limitación indebida de la libre competencia, la práctica administrativa de solicitar *ex ante* la opinión de PROCOMPETENCIA permite prevenir situaciones de violación a la ley, lo que resulta más conveniente que los efectos traumáticos que derivarían de la nulidad del proceso ya efectuado por quebrantamiento de normas de orden público.

Ahora bien, PROCOMPETENCIA, a los fines de su pronunciamiento, deberá aplicar los límites establecidos en el artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. Si bien en esta disposición legal se establece que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica podrá fijar otros límites (mayores o menores) oída la opinión de PROCOMPETENCIA, mientras esto no haya ocurrido, los parámetros objetivos fijados en la ley no pueden infringirse por constituir límites a la participación de los particulares en el sector eléctrico. PROCOMPETENCIA, al emitir su pronunciamiento, deberá tener en cuenta, asimismo, los criterios de vinculación y de pertenencia a un grupo de empresas que establece su propia ley para determinar si, en el caso concreto, la participación de empresas vinculadas entre sí puede conducir a una concentración económica en el mercado, conforme a los parámetros establecidos en la propia ley.

d. La interpretación concordada de los artículos 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico 7º de la Ley de Privatización y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Cuando el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico se refiere a «empresas» y el artículo 7º de la Ley de Privatización se refiere a «grupo de empresas que responde a los mismos intereses» para limitar la participación de los actores en el mercado, el sentido que debe atribuirse a esta expresión, es el que le corresponde conforme al Ordenamiento sectorial que regula la libre competencia y las situaciones de dominio del mercado cuando una actividad económica es realizada por una empresa o gru-

po de empresas. Es decir, debe incluirse dentro del término empresa no sólo a la entidad individualmente considerada, sino a las empresas vinculadas a ella conforme a los artículos 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y 7º de la Ley de Privatización, tanto más cuanto que de lo que se trata de prevenir con el establecimiento de límites de cobertura de mercado por parte de los actores es la configuración de una situación de concentración económica que la ley no considera nada deseable. Por tanto, debe atribuirse al término *empresa* un significado económico para comprender dentro de esta noción no sólo a la entidad individual que goza de personalidad jurídica y de patrimonio propio sino a las demás entidades vinculadas con la empresa cuya cobertura de mercado se trata de medir, a cuyo efecto habrán de aplicarse los criterios de vinculación de empresas previsto en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Bien sabido es que a la hora de desentrañar el sentido de una norma legal, no puede ésta interpretarse en forma aislada de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico considerado como un todo. En efecto, la hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con el articulado general de la ley o sistema jurídico de que forma parte, y la segunda, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador.

Según la primera máxima apuntada, toda norma jurídica debe integrarse al cuerpo orgánico de las normas vigentes, el cual está formado de correspondencias y de correlaciones; de manera que cada norma singular debe ser explicada en su integridad y por medio de las otras normas. Las reglas más elementales de hermenéutica jurídica exigen, para desentrañar el verdadero sentido de un precepto jurídico, que se coordinen entre sí dos (o más) normas, materialmente independientes la una de la otra, considerando cada una de ellas como el fragmento de un principio que se combina con otro. Es por ello que, según el criterio de la doctrina jurídica más autorizada, acogido por la jurisprudencia patria, son normas (normas aplicables) no solamente las que todo profano puede leer abriendo un código, sino también, fundamentalmente, las que resultan del juego combinatorio de dos o más normas y de la mutua influencia de una norma sobre otra. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo III, pp. 265 y ss.).

Es por ello que el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico no se puede interpretar aisladamente sino en concordancia con los artículos 14 y

15 del la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que establecen:

Artículo 14. A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva.

Artículo 15. Se tendrá como personas vinculadas entre sí a las siguientes:

1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella;

2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas; y

3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores.

Por consiguiente, es no sólo a la empresa individualmente considerada sino a las empresas vinculadas entre sí conforme a las precitadas normas legales a las que se refiere el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

Dentro del contexto del proceso de privatización de una empresa, el artículo 7° de la Ley de Privatización despeja cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto al consagrar que el FIV evitará la concentración de bienes o acciones o concesiones de servicios públicos que sean objeto de privatización, en «empresas o grupos de empresas o empresas que respondan a los mismos intereses». Y es que, en términos económicos, a los fines de medir los límites máximos de cobertura de mercado permisibles, carece de relevancia, a estos efectos, la personalidad jurídica separada y distinta que puedan ostentar las empresas vinculadas entre sí.

Son los integrantes del grupo de empresas que responde a los mismos intereses, los entes susceptibles de consolidar una posición de dominio en el mercado o de exceder los porcentajes máximos de cobertura de mercado. De acuerdo con la naturaleza de las cosas, son las empresas vinculadas entre sí, el centro de imputación de la participación del mercado de la cual son destinatarias. Lo contrario sería un formalismo a ultranza que atentaría contra el carácter económico de la materia objeto de regulación y los intereses tutelados por el legislador.

e. La aplicación del criterio económico en la interpretación del artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

Conviene tener en cuenta, a los fines interpretativos que, cuando se trata de evitar situaciones de concentración económica, es imperativo aplicar el criterio económico de la interpretación de la ley. Debe atenderse al fin o significado económico propio, concreto y determinado de la operación y a la consideración de las vinculaciones existentes entre empresas relacionadas que participan en un determinado sector de actividad económica. Para determinar la verdadera naturaleza de los hechos, de sus actores y de las transacciones objeto de análisis, se debe atender a las situaciones y relaciones económicas que las partes efectivamente persiguieron o establecieron, prescindiendo de las formas o estructuras jurídicas inadecuadas a la cabal intención económica y efectiva de los respectivos sujetos de derecho. Es la preeminencia de la *intentio facti* por sobre la *intentio juris*. Es decir, la consideración a los fines legales de la relación real y efectiva creada por la voluntad empírica prescindiendo de la voluntad jurídica que hace que el acto encuadre dentro de un determinado instituto del derecho privado, porque lo que interesa al Derecho de la Libre Competencia es el contenido económico de la relación. Lo contrario sería rebasar los límites de una ficción jurídica.

En consecuencia, no sólo existe, a nuestro modo de ver, una empresa dotada de una voluntad propia y autónoma a los fines de constituirse en destinataria del numeral 2º del artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. Atribuir o imputar la voluntad generadora de relaciones jurídicas sólo a la entidad jurídica individualmente considerada, a estos efectos, no se compadece con la realidad ni con la interpretación que debe hacerse del dispositivo contenido en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico tantas veces citado, considerado en su conexión con aquellos contenidos en los artículos 7º de la Ley de Privatización y 14 y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que reconocen el sustrato económico que integra al concepto de empresa o que vincula a la empresa con el grupo de empresas al cual pertenece y que está palmariamente presente en la organización de los negocios que puedan establecer los particulares en un determinado sector de la actividad económica. Sostener en consecuencia que, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 6º de la Ley de Privatización y 119 de la Ley del Servicio Eléctrico, deba distinguirse entre empresas en sentido económico y empresas en sentido jurídico o entre el grupo de empresas y sus integrantes, sería tanto como sostener que dichas normas prescriben que se considere como si no existiese una determinada situación, sino otra; como si existiese, a estos efectos, una situación ficticia y no la real.

f. La naturaleza de la materia regulada y la intención del legislador

Por otra parte, en aplicación de la segunda regla de hermenéutica indicada *ut supra*, no resulta difícil advertir que tampoco una interpretación excesivamente restrictiva del texto legal se corresponde con el propósito perseguido por el legislador a través del límite fijado en el numeral 2º del artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. La intención de la ley fue, sin duda, promover la competencia en las actividades del servicio eléctrico y evitar situaciones de monopolio o de concentración económica en el sector estableciendo al efecto límites máximos de cobertura de mercado permisibles. Y en los procesos de privatización de empresas, uno de los propósitos declarados del legislador fue evitar la concentración de acciones de empresas objeto de privatización en grupos de empresas o en empresas que respondan a los mismos intereses, propósitos éstos que se ven frustrados tanto en el caso de que los límites de cobertura de mercado sean traspasados por una empresa individualmente considerada, como cuando lo sean por un grupo de personas vinculadas o relacionadas entre sí conforme a los criterios de vinculación establecidos *ex* artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Circunscribir el ámbito de aplicación del artículo 119 (numeral 2º) a una persona jurídica singularmente considerada sin computar dentro de los límites legales los porcentajes de cobertura de otras empresas vinculadas entre sí, haría nugatorio el propósito declarado por el legislador de asegurar una competencia en el sector de la energía eléctrica mediante el establecimiento de límites máximos de cobertura de mercado permisibles.

Por lo demás, sostener que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Privatización y 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico solamente debe tenerse en cuenta a la persona jurídica individualmente considerada iría no sólo en contra de la letra de la ley en el caso del artículo 7º antes citado, sino que implicaría, en el caso del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico, la apertura de una válvula de escape a través de la cual se consolidaría fácilmente una posición de dominio o una concentración económica del mercado en un segmento de la actividad económica por parte de un grupo de empresas relacionadas entre sí. Al mismo tiempo semejante línea de argumentación conduciría a la insostenible conclusión de que serían los particulares mismos los legitimados para determinar cuándo una participación del mercado excede los límites máximos de cobertura permisibles e infringe lo dispuesto en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico, lo cual no se compadece con el carácter de orden público de la mencionada disposición legal, no susceptible de ser renunciada, relajada o modificada por convenios particulares *ex* artículo 6º del Código Civil. En conclusión, con

semejante argumentación no se asegura la utilidad de lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico no se puede interpretar aisladamente sino en concordancia con los artículos 14 y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
2. Al vocablo «empresa» utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico debe atribuírsele una significación económica para incluir dentro de este término no sólo a la entidad jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio e independiente, sino también a las empresas vinculadas entre sí conforme a las precitadas disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
3. Por consiguiente, no puede, legalmente, una empresa distribuidora de energía eléctrica controladora de otra o vinculada con ésta en los términos de lo dispuesto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, adquirir las acciones de una tercera empresa distribuidora en el acto de subasta que se fije dentro del proceso de privatización de esta última, cuando el porcentaje de cobertura de mercado de la empresa controlada o vinculada con la empresa postora, sumado al de la que es objeto de privatización, exceda los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARVELO VILLAMIZAR, Roquefélix. *La Teoría del Velo Corporativo y su aplicación en el Derecho Venezolano. Aspectos Tributarios*. Ediciones Liber, Caracas, 1999.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, décima edición, Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La Persona Jurídica*. Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia*, Editorial Civitas S.A., cuarta edición actualizada y ampliada, Madrid, 1997.
- DE SOLA, René. *Interpretación Progresiva de la Ley (Estudios Jurídicos)*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982.

- DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica de la sociedad mercantil*. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- FARGOSI, Horacio P. *La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil*. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- FIGORE, Pascuale. *De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*, tercera edición. Editorial Reus S.A., Madrid, 1927.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, Madrid, 1968.
- GOVEA URDANETA (h), Luis Guillermo. *Las Grandes Decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Mercantil (1935-1992)*, tercera edición, Editorial Jurisvensa, Caracas-Maracaibo, 1992.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio. *El Fraude de Ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *Dictamen en Acciones en Tesorería, Varios Dictámenes*. Caracas 1991.
- RAAD, Nabil Fadel. *L'Abus de la Personnalité Morale en Droit Pivé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1991.
- RODNER, James Otis. *El Grupo de Sociedades en Visión Contemporánea del Derecho Mercantil*. IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, 1998.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, vigésima edición, Madrid, 1997.
- SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios por José Puig Brutau. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.
- SOLS LUCIA, Alberto. *El Fraude a la Ley. Estudio Analítico del Art. 64 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*. Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- ZERPA, Luis Ignacio. *El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 116, Caracas, 1999.