

AN OVERVIEW OF THE DOCTRINE OF THE PIERCING OF THE CORPORATE VEIL AS APPLIED BY LATIN AMERICAN COUNTRIES: A U.S. LEGAL CREATION EXPORTED TO CIVIL LAW JURISDICTIONS

*José Mauricio Bello**

I.	INTRODUCTION	615
II.	PIERCING THE CORPORATE VEIL: U.S. LAW BASICS.....	617
III.	CORPORATE ENTITIES IN CIVIL LAW COUNTRIES: SOME LATIN AMERICAN CORPORATE LAW BASICS	623
IV.	ANTECEDENTS OF THE DOCTRINE IN CIVIL LAW COUNTRIES: LEGAL FRAMEWORK	627
V.	RECEPTION OF THE DOCTRINE.....	628
VI.	TRENDS IN THREE LATIN AMERICAN COUNTRIES	630
	A. <i>Mexico</i>	630
	B. <i>Argentina</i>	635
	C. <i>Venezuela</i>	639
VII.	CONCLUSION	644

I. INTRODUCTION

Piercing the corporate veil is a doctrine created within the United States (U.S.) common law system.¹ U.S. common law—judge-made law—along with principles of equity, allowed the creation² of this equitable doctrine.³ This doctrine found fertile terrain within the common law system, which, traditionally, is not constrained by the boundaries of written

* J.D. Candidate, Class of 2009, Nova Southeastern University. José Mauricio Bello is also a Venezuelan attorney graduated from Universidad Católica Andrés Bello, Class of 1993, and received a Master of Laws from the University of California, Class of 2004. I would like to thank my wife Ana Isabel, my daughter, Anabela, and my son, Mauricio Andrés. Their never-ending love, support and patience made possible this article. I still owe them the time I devoted to it. Also, to my parents, Ildemaro and Miriam, examples of hard-work and perseverance; thanks for their invaluable support in this endeavor.

1. See Carsten Altin, *Piercing the Corporate Veil in American and German Law—Liability of Individuals and Entities: A Comparative View*, 2 TULSA J. COMP. & INT’L L. 187, 190, 249 (1994–95).

2. See PHILLIP I. BLUMBERG, *THE LAW OF CORPORATE GROUPS, STATUTORY LAW—GENERAL* § 2.02.1 (1989).

3. See Marilyn Blumberg Cane & Robert Burnett, *Piercing the Corporate Veil in Florida: Defining Improper Conduct*, 21 NOVA L. REV. 663, 665–66 (1997).

law,⁴ and is prone to depart from legal rules to favor equity. As a result, well founded legal principles and legal fictions, regarding the separate liability of juridical persons, were disregarded in the name of equity and fairness.⁵

On the contrary, civil law⁶ systems are more formalistic, and a doctrinal approach governs their legal interpretation.⁷ The traditional role of the judiciary is to interpret law rather than create it,⁸ while the only primary and mandatory legal authority comes from written—positive—law.⁹ As a result, the mere external forms of legal concepts are likely to survive an inquiry based solely on concepts of equity¹⁰ or fairness, and those external forms will prevail so long as they conform with the formalities as required in positive law. Hence, civil law systems have been reluctant to scrutinize external forms on the basis of the true nature of the underlying transaction. This doctrinal approach has not been conducive to equitable doctrines, such as the doctrine of piercing the corporate veil.

A relatively recent trend in civil law jurisdictions is to give more weight to the true nature of the underlying transactions, and disregard the external forms of those transactions, especially if those forms are the result of choices made solely with the intent to avoid or circumvent legal consequences, namely, an abuse of the forms. An example of this trend is the reception in civil law jurisdictions of the doctrine of piercing the corporate veil. This legal development is especially remarkable in Latin American countries, all of them within the civil law tradition, where legal forms have been viewed as inexpugnable ways to achieve legal results.

This paper will deal with the reception and adjustment of the doctrine of piercing the corporate veil in Latin American countries. It will try to identify the adoption of this doctrine, whether through judicial interpretation, statutory scheme, or even both.

The first portion of this article will present a very broad approach to the doctrine of piercing the corporate veil within the U.S. legal system. It

4. See generally Caslav Pejovic, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, 32 VICTORIA U. OF WELLINGTON L. REV. 817, 820 (2001).

5. JAMES D. COX, THOMAS LEE HAZEN & F. HODGE O'NEAL, CORPORATIONS § 7.1 (1997).

6. Also termed Continental Law or Roman Law. See JOHN HENRY MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION 6–7 (2nd ed. 1985) (discussing the terminology used to refer to the civil law tradition).

7. See generally *id.* at 39–45, 61–67.

8. See Q.C. William Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified)*, 4 UNIFORM L. REV. 591, 613–14 (1999); see also JAMES G. APPLE & ROBERT P. DEYLING, A PRIMER ON THE CIVIL-LAW SYSTEM 36 (1995).

9. Tetley, *supra* note 8; see also Pejovic, *supra* note 4.

10. In civil law there is no concept of equity, as understood in common law, hence, as a legal principle, courts are not allowed to decide against rules of law. See MERRYMAN, *supra* note 6, at 48–55; see also APPLE & DEYLING, *supra* note 8.

will offer an overview which may be useful for those new to the subject, for example, law students and non-U.S. attorneys. The second portion of the article will deal with general concepts and principles of corporate law within Latin American countries. It will identify the common trends among those jurisdictions, for example, the so-called corporate privilege, which is a common feature within those countries. The next part of the article will focus on the current trends within three Latin American countries, namely Mexico, Argentina, and Venezuela. Some specific references to other countries will also be included. The ultimate goal of this paper is to evaluate how civil law jurisdictions, even those more static ones, such as the Latin American jurisdictions, are starting to devote more deference to the true nature of transactions.

II. PIERCING THE CORPORATE VEIL: U.S. LAW BASICS

Separate existence of corporations, and thus, limited liability is one of the most important features of corporate law.¹¹ It has been said that “incorporation’s single valuable attribute is limited liability,”¹² even being termed the “Corporate Privilege.”¹³ In fact, limited liability has been deemed the cornerstone not only of corporate law, but also of capitalism¹⁴ and the very goal of incorporation.¹⁵ As a result, the obligations of the corporation “remain the liability of the entity and not of the shareholders, directors or officers.”¹⁶ This corporate law principle has been well accepted in the U.S. since the middle of the nineteenth century,¹⁷ and nowadays, it is recognized by most U.S. corporate statutes.¹⁸ The rationale behind this principle is that it promotes and encourages risk taking and investment, thus

11. See generally JOHN E. MOYE, *THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATIONS* 176 (Thomson Delmar Learning 6th ed. 2004).

12. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 665.

13. See 1 WILLIAM MEADE FLETCHER ET AL., *FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF CORPORATIONS* § 41 (perm. ed., rev. vol. 2006).

14. COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.2; see also William O. Douglas & Carrol M. Shanks, *Insulation From Liability Through Subsidiary Corporations* 39 *Yale L.J.* 193, 193–94 (1929). For a historic reference as to the evolution and acceptance of limited liability as general principle in U.S. Corporate law, see PHILLIP I. BLUMBERG, *THE LAW OF CORPORATE GROUPS, STATUTORY LAW—GENERAL* § 2.01 (1989).

15. HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, *LAW OF CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES* §146 (3d ed. 1983) (1961); see also *Bartle v. Home Owners Coop.*, 127 *N.E.2d* 832, 833 (N.Y. 1955) (noting that the law permits the incorporation of a business for the very purpose of escaping personal liability).

16. Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 *CORNELL L. REV.* 1036, 1036 (1991).

17. COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.2.

18. See *MODEL BUS. CORP. ACT* § 6.22(b) (2005).

leading to diversification, expansion and growth of industry and trade¹⁹ in both closely held corporations and larger publicly held ones,²⁰ allowing the development of public markets.²¹ Both shareholders and managers enjoy this feature of separate and limited liability of corporations.²²

While limited liability is the controlling principle of corporate obligations, the rigid and sometimes unfair results arising out of this principle were recognized by U.S. courts²³ as early as 1809.²⁴ Therefore, courts have developed exceptions where this legal fiction of limited liability is disregarded,²⁵ and thus, under those exceptions, liability may be imposed on shareholders of a corporation. Among these exceptions is the equitable²⁶ doctrine known generally as "Piercing the Corporate Veil."²⁷

Piercing the corporate veil is perhaps one of the most studied issues within U.S. corporate law. In fact, piercing the corporate veil is the most litigated issue in U.S. corporate law.²⁸ As one scholar noted, "piercing of the corporate veil is simply a means of enforcing a judgment against a corporation."²⁹ Piercing the corporate veil is an equitable remedy³⁰ where a court may disregard the separate existence of an insolvent corporation for the purpose of imposing liability upon its shareholders for corporate indebtedness.³¹ The rationale supporting this exception to the corporate privilege is diverse. For example, it can be said a given corporation is not truly a separate entity, but merely an extension of a sole shareholder,³² or the use of a corporation is an abuse of the corporate form,³³ or the separate existence of a corporation has been used to commit fraud, or "improper conduct" is present in a given transaction leading to corporate liability,³⁴ or

19. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 665; *see also* Douglas & Shanks, *supra* note 14, at 193.

20. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, § 7.2.

21. Thompson, *supra* note 16, at 1040.

22. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, § 7.2.

23. BLUMBERG, *supra* note 2.

24. *See* MAURICE WORMSER, DISREGARD OF THE CORPORATE FICTION AND ALLIED CORPORATION PROBLEMS 44-45 (1927).

25. Thompson, *supra* note 16, at 1039-41.

26. FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 41.25.

27. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 665.

28. Thompson, *supra* note 16.

29. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 666.

30. *Id.* at 665-66.

31. ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL § 6.2 (5th ed. 2000).

32. HENN & ALEXANDER, *supra* note 15; *see also* HAMILTON, *supra* note 31, § 6.3 (terming these corporations as "dummy," "shell," or "fiction").

33. FLETCHER ET AL., *supra* note 13.

34. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 667.

a corporate form is being used with the main purpose of evading statutory obligations or constraints.³⁵ A general proposition is that the doctrine is available to prevent fraud, achieve equity³⁶ or to avoid the frustration of a compelling public policy³⁷ when there is misuse of the corporate privilege.³⁸

Parent-subsidiary or affiliate corporations are frequent settings for the imposition of this doctrine.³⁹ It is a common trend among entrepreneurs to create different corporations with the specific purpose to shield and limit liability so that they can enter into new, and sometimes risky, business areas.⁴⁰ Usually in this case, a larger corporation, called the parent corporation, is either the sole or the preeminent holder of shares of stock of another subsidiary corporation.⁴¹ In this setting, piercing the corporate veil aims to hold the parent corporation liable upon the indebtedness of the subsidiary corporation, and thus, to disregard the separate existence of the latter.⁴² A similar case is the one involving sister corporations or affiliates,⁴³ where the ownership of stock are under the same center of control and ownership. In these settings it has been pointed out that different standards are applicable to pierce the corporate veil, and that the courts might be more prone to pierce the corporate veil where the shareholder is another corporation.⁴⁴

A first step in the study of the piercing the corporate veil doctrine is to put it within the different contexts of where it may apply, such as tort liability, contracts, statutory provisions or, sometimes, criminal matters.⁴⁵ With regard to these first two areas of law, there is a tendency to try to identify different tests and standards where the third party claiming liability has standing arising out of a contract, or as a result of a civil wrong.⁴⁶ It is said that in the case of liability arising from a contract, the third party seeking relief enters voluntarily and knowingly into an agreement with the corporation and, thus, assumes the risk associated with the limited liability relevant to the corporate form.⁴⁷ On the contrary, in tort cases, the party

35. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

36. *Bartle*, 127 N.E.2d at 833.

37. HAMILTON, *supra* note 31, § 6.1.

38. *Id.*

39. *Id.*

40. *Id.*; see also COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, § 7.7.

41. See MOYE, *supra* note 11, at 177.

42. FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 43.

43. *See id.*

44. HAMILTON, *supra* note 31, § 6.7.

45. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5.

46. HAMILTON, *supra* note 31, § 6.4.

47. FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 41.85.

seeking relief is an involuntary creditor who is a victim of the wrongdoing of the defendant corporation.⁴⁸ As a result of this basic distinction, the standards applicable to piercing the corporate veil within contract cases should be more stringent than those applicable to tort cases.⁴⁹ A court assessing whether or not to pierce the corporate veil within a contract case should request "additional compelling facts," and apply higher standards to disregard the corporate existence for purposes of imposing liability on its shareholders.⁵⁰ State or federal legislation is also fertile terrain for piercing the corporate veil.⁵¹ Indeed, piercing the corporate veil may be necessary when the separate existence of the corporate form is used to circumvent obligations, restrictions or to defraud public policies established in statutory provisions.⁵²

The standards used to apply this doctrine differ among the different states of the U.S.,⁵³ and the applicable tests arise mostly from case law rather than statutory law, because most statutes "simply ignore the whole idea of piercing the corporate veil."⁵⁴ Exceptions to these broad statements are federal statutes where public policy considerations dictate abuses by affiliate or subsidiary corporations or controlling shareholders.⁵⁵

There is no agreement among scholars and courts regarding a defined structure with respect to the different principles supporting piercing the corporate veil.⁵⁶ Three different approaches or variants which are usually referred to when dealing with piercing the corporate veil are the "instrumentality", the "alter ego", and the "identity" doctrines.⁵⁷ Under the "instrumentality doctrine" three factors must be present:

- 1) Excessive control by part of the shareholder over the corporation;
- 2) Inequitable or wrongful conduct by the part of the shareholder; and

48. HAMILTON, *supra* note 31, § 6.4.

49. FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 41.85.

50. *See generally id.*

51. *See generally* HAMILTON, *supra* note 31.

52. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.03; *see also* HAMILTON, *supra* note 31, § 6.12.

53. FLETCHER ET AL., *supra* note 13.

54. Thompson, *supra* note 16, at 1041.

55. *See generally* BLUMBERG, *supra* note 2, § 1.01.

56. *See generally* BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.2.

57. *Id.*; *see also* COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

- 3) Causal relationship between the excessive control and the injury or loss sustained by the third party seeking relief.⁵⁸

The “alter ego” doctrine allows piercing of the corporate veil when: 1) there is unity of ownership and interest between two affiliated corporations, and thus the subsidiary corporation has ceased to be a separate entity and has become merely an “alter ego” of the parent; and 2) recognition of separate existence would lead to an inequitable result.⁵⁹ As to the “identity” doctrine, it has been said that it is a variation of the “instrumentality” and “alter ego” doctrines, and that courts have relied on it when describing a corporation as merely a “sham” or “shell” completely controlled by another corporation.⁶⁰ All three doctrines appear to be different semantic approaches to the same reasoning, and some scholars and courts consider them interchangeable.⁶¹ The existence of these doctrines does not provide a general formula applicable to all cases, and thus, the piercing of the corporate veil is an inquiry which needs to be done on a case-by-case basis in light of the particular facts and circumstances.⁶²

These three doctrines seek the same goal, namely, the disregard of the separate existence of the corporation which is, by itself, only one prong of the remedy of piercing the corporate veil.⁶³ The analysis aims to define broad elements when determining whether the corporation under scrutiny is actually a separate entity.⁶⁴ Those elements refer to:

- 1) Control or domination over the corporation;
- 2) Financial matters; and
- 3) Lack of formalities.

The inquiry is a fact-driven one and there is difficulty formulating universal approaches to these elements.⁶⁵ Each case must be regarded as *sui generis*, and must be analyzed and weighed in light of the underlying facts,⁶⁶ requiring courts to rely on “laundry lists” supplied by case law.⁶⁷ Professor Blumberg offers a detailed list of circumstances where the

58. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.2; *see also* COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

59. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.2; *see also* COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

60. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.2.

61. *Id.*; *see also* COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

62. *See* COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* note 5, § 7.3.

63. *See* BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.4.

64. *See generally id.*; *see also* HAMILTON, *supra* note 31, §§ 6.5–6.6.

65. *See generally* FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 41.95.

66. *Id.*

67. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.4.

separate existence of a subsidiary corporation in a subsidiary-parent setting may be disregarded for purposes of the corporate veil.⁶⁸ Among them are:

- 1) Ownership by the parent corporation of all or most of the share of stock of the corporation of the subsidiary;
- 2) Common officers and directors;
- 3) The parent finances the subsidiary;
- 4) Gross undercapitalization;
- 5) Parent corporation pays salaries of the subsidiary's employees, or other expenses or losses;
- 6) The corporation has no business except with the parent corporation and no assets but those conveyed by the parent corporation;
- 7) Using and commingling of assets and affairs;
- 8) Officers of the subsidiary take orders from the parent corporation in the latter's interest and the decision making is carried out by the parent corporation;
- 9) Lack of formalities;
- 10) Intercorporate loan transactions and/or contracts that benefit the parent corporation;
- 11) Consolidate income tax returns and/or consolidate financial statements;
- 12) Commingling of funds, assets, supervision and activities;
- 13) The subsidiary operates without profit.⁶⁹

An additional element of the doctrine of piercing the corporate veil is the severity of the wrongdoing which its application is trying to prevent. Being an equitable remedy in nature,⁷⁰ a party seeking relief must show that unfairness would result if the separate existence of the corporation is not disregarded.⁷¹ There are different approaches among the U.S. states with respect to this element.⁷² Some jurisdictions require that "fraud" must be pled and proven,⁷³ while others do not require such a standard, holding it is enough proof that the corporation was a mere instrumentality.⁷⁴ Some jurisdictions, such as Florida and Oregon, do not require fraud as an

68. *Id.*

69. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.4; *see also* COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 5, §§ 7.3-7.6.

70. FLETCHER ET AL., *supra* note 13, § 41.25.

71. *Id.*

72. *Id.* § 41.28.

73. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 667 (citing *Bartle*, 127 N.E.2d at 833).

74. Cane & Burnett, *supra* note 3, at 667.

element, but instead require an intermediate standard, such as the showing of some "improper conduct" on the part of the corporation.⁷⁵

Despite the fact that this doctrine has been evolving for more than a century,⁷⁶ there is still sharp criticism among scholars as to the exact extent, tests and applicable standards of it.⁷⁷ Much of the criticism is related to the terms and metaphors used to describe the doctrine and its surrounding circumstances.⁷⁸ As early as 1926, Justice Cardozo, while reversing an order of the New York Appellate Division which had found liable the shareholder of a defendant corporation, pointed out that "[m]etaphors in law are to be narrowly watched."⁷⁹ This criticism aims to point out the fact that courts have been prolific in using an array of figurative and conclusory terms to refer to the doctrine,⁸⁰ but have failed to create a "sophisticated doctrine providing effective guidance for judicial analysis."⁸¹ Also, the lack of a statutory scheme has led the courts to solve the issue on a case-by-case basis,⁸² while resorting to "laundry lists" of different factors, rather than relying on a well-defined theory when applying the doctrine.⁸³

III. CORPORATE ENTITIES IN CIVIL LAW COUNTRIES: SOME LATIN AMERICAN CORPORATE LAW BASICS

In the civil law tradition of the Latin American countries, business entities has been an area of commercial law.⁸⁴ Historically, the corporations and partnerships are created under the French concept of *societas*,⁸⁵ or *sociiedades mercantiles* (commercial companies) in Spanish. The statutory scheme providing for the existence, organization and applicable rules for these forms of business entities was introduced by early commercial codes of Latin American countries, influenced by French and Spanish commercial

75. *Id.* at 667-68.

76. See WORMSER, *supra* note 24, at 44-45.

77. See BLUMBERG, *supra* note 2, §§ 2.02.2, 2.02.5. Professor Blumberg begins his conclusion as to the doctrine saying "'Piercing the veil jurisprudence' has grave defects. Resting on conclusory metaphors, 'piercing the veil,' although frequently applied, has provided little guidance for the Courts."

78. *Id.* § 2.02.1.

79. *Berkey v. Third Ave. Ry.*, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926).

80. For a very long list of terms used by the courts to refer to the corporation which separate existence is under scrutiny, see HENN & ALEXANDER, *supra* note 15, § 146 n.2.

81. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.5.

82. Thompson, *supra* note 16, at 1043.

83. BLUMBERG, *supra* note 2, § 2.02.4.

84. Known in Spanish as *Derecho Comercial* or *Derecho Mercantil*. See Phanor J. Eder, *Company Law in Latin America*, 27 NOTRE DAME LAW. 5, 22 (1951).

85. *Id.* at 24.

codes.⁸⁶ While some countries have kept this statutory scheme under commercial codes,⁸⁷ many countries have enacted special statutes dealing specifically with the matter of business entities, thus repealing the relevant sections of their commercial codes.⁸⁸

Under the influence of the French and Spanish commercial codes, Latin American business entities are grouped into three main forms:

- 1) General or collective partnerships or *sociedades en nombre colectivo*;
- 2) Limited partnerships or *sociedades en comandita*; and
- 3) Stock companies or *sociedades anónima*.⁸⁹

A different approach to these categories is to group business entities between *sociedades de personas* (resembling the partnerships within the U.S. system) and *sociedades de capital* (corporations being its U.S. counterpart).⁹⁰

Sociedades de personas are founded on the idea of a partnership, and the identity of the partners—*socios*⁹¹ is an essential element of the entity to the extent that it is necessary that the firm name include the names of one or more partners.⁹² Within *sociedades de personas*, even though deemed a separate entity, their *socios* are fully liable with regard to their obligations.⁹³

86. *Id.* at 21–22.

87. *E.g.*, Código de Comercio [CÓD.COM.] [Commercial Code], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 475, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); *see also* Código de Comercio [CÓD.COM.] [Commercial Code], Decreto Ley 410 de 1971, Diario Oficial [D.O.] No. 33.339, 16 de junio de 1971 (Colom.).

88. *E.g.*, Ley General de Sociedades Mercantiles [L.G.S.M.] [General Law of Companies] *as amended*, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 28 de julio de 2006 (Mex.); *see also* Law No. 26887 Ley General de Sociedades [L.G.S.] [General Law of Companies], Diario Oficial El Peruano [D.O.], No. 6374, 9 de diciembre de 1997 (Peru), *available at* <http://www.congreso.gov.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26887.pdf> (last visited Oct. 5, 2007).

89. *See* Eder, *supra* note 84, at 22; *see also* L.G.S.M., art. 1, 28 de julio de 2006 (Mex.).

90. *See* VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA Q–Z [MEXICAN JURIDICAL ENCYCLOPEDIA] 528 (Editorial Porrúa 2d ed. 2004).

91. Consistency in the translation of the terms between English and Spanish and civil law and common law becomes an issue. For example, while the plain language translation of “*socio*” is “partner,” *socio* is a generic term for member of any business entity, while in English “partner” is a specific legal term for a person within a partnership, excluding other business entities forms. *See* LOUIS A. ROBB, DICTIONARY OF LEGAL TERMS SPANISH-ENGLISH AND ENGLISH-SPANISH 114, 194 (Editorial Limusa 1990) (1967); *see also* BLACK’S LAW DICTIONARY 915 (8th ed. 2004).

92. *See, e.g.*, VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* note 90; L.G.S.M., arts. 25–26, 51–52, 28 de julio de 2006 (Mex.).

93. VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* note 90; *see also* L.G.S.M., arts. 25, 51, 28 de julio de 2006 (Mex.).

On the other hand, *sociedades de capital*⁹⁴ are rooted in the idea that the essential element of the company is the assets of the company and not the identity of the *socios*, whose name is not even required in the firm name.⁹⁵ The purest form of *sociedades de capital* is the *sociedad anónima* or *compañía anónima*, namely, the stock company, in which, as indicated by its own name, the identity of the stockholders is irrelevant for purposes of the firm name.⁹⁶ The other common form of *sociedades de capital* is the *Sociedad de Responsabilidad Limitada*,⁹⁷ also known under its various abbreviations *S. de R.L.* or *S.L.R.* Sometimes the *S.R.L.* is deemed the equivalent of the U.S. Limited Liability Company (L.L.C.), and other times as a kind of corporation.

Nowadays, from the pragmatic point of view, *sociedades de personas* are rarely used, making it uncommon to deal with *sociedades en nombre colectivo* and *sociedad en comandita*. They could be seen though, as still being used as a conduit to structure joint ventures in an effort to take advantage of pass-through taxation, in which the *socios* are taxed while the *sociedad* is not, thus avoiding double taxation.⁹⁸

Historically, the most widely used and preeminent category of business entities is the *sociedad de capital*, which within the civil law tradition of Latin American countries, can be depicted as the counterpart of the U.S. corporation.⁹⁹ Even within this category, the use of *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, originally designed for family enterprises or small or medium size endeavors,¹⁰⁰ has been gradually abandoned due to the simplicity and advantages of using a *sociedad anónima*.¹⁰¹ Recently the most widely used form of corporation is the *sociedad anónima*.¹⁰²

94. A way to translate *sociedades de capital* would be as stock companies, however, such a translation would be inadequate as the *sociedades de responsabilidad limitadas*, better known for their abbreviation “*S.R.L. o S. de R.L.*,” while are indeed *sociedades de capital* do not issue shares of stock on the basis that their capital should not circulate easily. See, e.g., L.G.S.M., art. 58, 28 de julio de 2006 (Mex.).

95. Eder, *supra* note 84, at 21.

96. See Eder, *supra* note 84, at 22.

97. See, e.g., Cód.COM. No. 475, art. 312, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); see also L.G.S.M. arts. 1, 58, 28 de julio de 2006 (Mex.).

98. See, e.g., Ley de Impuesto Sobre la Renta [L.I.S.R.] [Income Tax Law], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 5.566, art. 10, 28 de diciembre de 2001 (Venez.), available at <http://www.leyesvenezolanas.com/lisr.htm> (last visited Oct. 5, 2007).

99. See Eder, *supra* note 84, at 21–24.

100. VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* note 90, at 517.

101. *Id.* at 518.

102. *Id.*; see also Levis Ignacio Zerpa, *El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima* [Abuse of the Juridical Person in Stock Corporations], available at <http://www.zur2.com/fcjp/116/zerpa.htm> (last visited July 14, 2007).

For purposes of this article we will refer to *sociedades de capital* as the Latin American counterpart of a corporation. Thus, when referring to a corporation within this context we are referring to *sociedades mercantiles*, specifically *sociedades de capital* where the concept of piercing the corporate veil has relevance; not only because of the massive use of these forms of corporations in every realm of the economy, but also because of the pivotal concepts of separate entity and separate liability that those Latin American corporations enjoy.

Just like their U.S. counterparts, these Latin American corporations have, as a prevailing feature, the separate and limited liability of their *socios*¹⁰³ with regard to the indebtedness of the corporation.¹⁰⁴ It appears that most Latin American statutes dealing with corporations declare the separate existence of these entities resulting in the limited liability of their *socios* as to the corporate debt.¹⁰⁵ For example, Article 51 of the Peruvian *Ley General de Sociedades* within the section of *Sociedades Anónimas* establishes that, within the *sociedad anónima*, the capital is divided in shares of stock, formed with the contribution of the shareholders who are not personally liable for the corporation's debt.¹⁰⁶ That same Peruvian statute, when dealing with the *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, establishes that the entity cannot exceed twenty partners who are not personally liable for the debts of the company.¹⁰⁷ Similarly, the Panamanian *Ley 32 de 1927 Sobre Sociedades Anónimas* establishes that the stockholders will be liable to the corporation's creditors only up to the amounts owed in connection to their shares of stock.¹⁰⁸ As demonstrated by the previous examples, a distinctive feature of the civil law system is that

103. In *Sociedades de Responsabilidad Limitada* or *S.R.L.*, *socios* are partners, and in *Sociedades Anónimas*, *accionistas* are shareholders.

104. See Ethan D. Alyea, *Subsidiary Corporations under the Civil and Common Law*, 66 HARV. L. REV. 5, 1227 (1952); see also VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* note 90; L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.).

105. See e.g., CÓD.COM. No. 475, arts. 201(3), 312, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.); Código de Comercio [CÓD.COM.] [Commercial Code] Ley 3284, La Gaceta No. 119, art. 102, 27 de mayo de 1964 (Costa Rica); Código Civil [C.C.] [Civil Code] Lei No. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, arts. 1.052, 1.088, D.O.U. de 11.01.2002 (Brazil); Law No. 19.550, Mar. 30, 1984, [25397] B.O. (Arg.); CÓD.COM., Decreto Ley 410, arts. 353, 373, 16 de junio de 1971 (Colom.).

106. L.G.S., art. 51, 9 de diciembre de 1997 (Peru), available at <http://www.congreso.gov.pe/ntley/Imágenes/Leyes/26887.pdf> (last visited Oct. 5, 2007).

107. *Id.* art. 283.

108. Ley 32 de 1927 (de 26 de febrero) Sobre Sociedades Anónimas [Law 32 About Corporations], Gaceta Oficial [G.O.] No. 05067, art. 39, 16 de marzo de 1927 (Pan.).

the creation, organization and regulation of a legal fiction, such as a corporation, is mainly a legislative creation and is statutorily driven.¹⁰⁹

IV. ANTECEDENTS OF THE DOCTRINE IN CIVIL LAW COUNTRIES: LEGAL FRAMEWORK

As mentioned earlier, within the civil law tradition, there is no concept of equity.¹¹⁰ Legal principles and doctrines must be created within a statutory scheme.¹¹¹ It has been said that the civil law system is “‘closed,’ in the sense that every possible situation is governed by a limited number of general principles.”¹¹² Furthermore, in theory, there is no method to soften the harsh or unfair results of the positive law because this would be disruptive of the legal certainty that remains the very purpose of the civil law system.¹¹³ As a result of this approach, the judiciary is not meant to create law, but merely interpret and apply positive law enacted by the legislative branch of the government.¹¹⁴ Therefore, every principle associated with fairness or equity must be built into a statutory scheme.¹¹⁵

Positive law, created by the legislature, and limiting the functions of the judiciary is not the best place for the development of a doctrine which was born within the realm of remedies at equity.¹¹⁶ Under the most conservative view of civil law jurisdictions, legal forms and legal fictions created by the statute are not to be disregarded in light of considerations of fairness or equity. Indeed, civil law attorneys, and thus, civil law judges are trained to inquire about compliance with the applicable statutory scheme, giving less scrutiny to the underlying transactions. Again, certainty takes precedence over equity,¹¹⁷ and the tenet of the separate existence and separate liability is likely to survive an inquiry based solely on matters of fairness.

However, it would be unfair to say, as a general proposition, that the civil law system has always lacked the necessary legal principles to disregard legal forms in pursuing fairness. Civil law systems traditionally have had the necessary legal provisions and principles for such endeavors.

109. See generally Pejovic, *supra* note 4.

110. APPLE & DEYLING, *supra* note 8.

111. See MERRYMAN, *supra* note 6, at 48–55.

112. RENE DAVID & JOHN E. C. BRIERLEY, *MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE STUDY OF LAW* § 322 (2d ed. 1978).

113. See APPLE & DEYLING, *supra* note 8.

114. See *id.* at 37.

115. See *id.* at 36.

116. See *supra* notes 2–3.

117. See MERRYMAN, *supra* note 6, at 48–53.

That is the case, for example, of the *acción pauliana*—*actio pauliana*—in which a creditor has the right to seek avoidance of transactions made by a debtor where these transactions were done with the main purpose of making the debtor insolvent, and thus, defrauding the creditor.¹¹⁸ Similarly, some civil law jurisdictions have statutory provisions regarding fraud pursued under a legal scheme, known in Spanish as *fraude a la ley* or also *fraude de ley* where any transaction that, while performed under the appearance of a legal scheme, if it seeks a result contrary to the law, shall be regarded as a fraud against the law, and thus will not preclude the operation of the norms applicable to the underlining transaction.¹¹⁹ However, while existing in theory, and even contemplated by the statutes, these legal avenues are, as a practical matter, seldom used in Latin American countries.¹²⁰ This reluctance is just the natural result of a legal system which gives more weight to achieving legal certainty rather than fair results,¹²¹ and reflects a judiciary traditionally bashful of departing from the literal meaning of positive law.¹²²

V. RECEPTION OF THE DOCTRINE

The doctrine of piercing the corporate veil has been trying to make its way through Latin America. The reasons for this need are the same as those which exist in the U.S. As one civil law scholar noted, the juridical personality has contributed to the expansion of capitalism, but the abuses were soon committed by the use of corporations for illicit purposes, raising repulsion on the part of the judiciary, authors and the legislature, and also willingness to fight against those abuses.¹²³

Positive law is still the main primary and mandatory authority in civil law jurisdictions, and the common practice is to refer to statutes supporting the application of legal principles. For example in 2002, the federal

118. I INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA A-B [MEXICAN JURIDICAL ENCYCLOPEDIA] 63 (Editorial Porrúa 2d ed. 2004); e.g., Código Civil [CÓD.CIV.] [Civil Code], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 2.990, art. 1.279, 26 de julio de 1982 (Venez.); see also Código Civil [CÓD. CIV.] [Civil Code], art. 961, Boletín Oficial [B.O.] No. 340, 25 de septiembre de 1869, (Arg.).

119. See, e.g., Victor M. Peralta Reyes, *Fraude a la Ley y Fraude a los Acreedores. La Acción Revocatoria Ordinaria o Pauliana*, 121 L.L., June 26, 2006 (Arg.), available at <http://www.laley.com.ar/download/diarioll/diario26-06-2006.pdf> (last visited Oct. 5, 2007).

120. See, e.g., U.S. AGENCY FOR INT'L DEV., TRADE AND COMMERCIAL LAW ASSESSMENT EL SALVADOR FINAL REPORT (2004), available at http://www.bizlawreform.com/country_assess/EI%20SalvadorTCLA.pdf (last visited July 17, 2007).

121. See MERRYMAN, *supra* note 6, at 48–53.

122. See generally Zerpa, *supra* note 102.

123. I FRANCISCO VICENT CHULIA, COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL [CRITICAL COMPENDIUM OF COMMERCIAL LAW] 209 (2d ed. 1986).

legislative branch of Brazil enacted Article 50 of the Civil Code. This Article created the concept of abuse of the separate entity on the grounds of commingling of assets or deviation of the purpose of the corporation, imposing liability on the members of an entity.¹²⁴ This rule of positive law is enacted within the Brazilian Civil code under the *Título* devoted to *Das Pessoas Jurídicas* (Juridical Persons in Portuguese), and thus, is now a legal principle of general application, giving Brazil a preeminent position within most Latin American countries with respect to the evolution of the doctrine of piercing the corporate veil. However, the Brazilian case is still an exceptional one within the region, as most of Latin America does not yet have positive law creating this principle with such general breadth.

Contrary to the Brazilian example, the majority of Latin American jurisdictions have approached the doctrine through very specific areas of the law, rather than through a proposition of general application. Indeed, the doctrine of piercing the corporate veil found fertile terrain in those areas of the law where the notion of public policy¹²⁵ is present. Public policy compels the application of legal precepts and legal consequences regardless of any effort by individuals to evade or circumvent such consequences. One clear example of these legal realms is tax law.¹²⁶ Indeed, Article 7 the Model Tax Code of the Inter-American Center of Tax Administrations (CIAT), mainly intended for Latin America countries, establishes that the legal forms adopted by taxpayers are not binding upon the interpretation of the tax legislation by judges who will apply the tax law in light of the reality and not in light of mere legal forms.¹²⁷ Further, this same article of the CIAT's Model Tax Code is even redundant when establishing that whenever a legal form is openly inappropriate to the reality of a given taxable transaction, the tax legislation will be applied disregarding those

124. C.C. Lei No. 10.406, art. 50, 10 de Janeiro de 2002 (Brazil).

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. [In the event of abuse of the juridical personality due to deviation of its purpose or due to the intermingling of its assets, the judge may decide, upon request of a party, or upon request of the public prosecutor, whenever the latter has standing, that the consequences of certain and specific relationships and obligations be extended to the personal assets of the managers or partners of the juridical person.]

Id.

125. *Orden Público* in Spanish. LOUIS A. ROBB, *supra* note 91, at 202.

126. Termed in Spanish either *Derecho Tributario* or *Derecho Fiscal*. *Id.* at 218.

127. MODEL TAX CODE art 7 (Inter-Am. Ctr. of Tax Admin. [CIAT], available at www.unav.es/tributario/Documentos/modelo_codigo_tributario_1997.pdf (last visited on July 21, 2007).

forms. In addition to tax law, there are some other areas of the law where public policy has compelled the enactment of statutory provisions introducing the notion of piercing the corporate veil. Among those legal areas are banking law, consumer protection law, securities law, antitrust law, and labor and employment law.

For most of the Latin American jurisdictions, the doctrine of piercing the corporate veil has found its way into the legal system by way of statutes where applicability is limited to particular areas of the law rather than as a legal principle of general application. Thus, the next step and challenge for these jurisdictions, is to follow the footsteps of the Brazilian legal system, and to push the application of the piercing the corporate veil doctrine as a proposition of general application. Under this approach the doctrine would be placed beyond the boundaries of the notion of public policy, and become available to private creditors. This evolution may be reached either under a statutory scheme, and thus, within the most conservative tradition of civil law countries, or through the development of case law. Even within a country of a deep rooted civil law tradition, such as Spain, the doctrine was created by case law rather than by statute.¹²⁸

VI. TRENDS IN THREE LATIN AMERICAN COUNTRIES

A. Mexico

The Mexican legal system shares the general proposition of separate existence of business entities and the limited liability of its *socios*.¹²⁹ Mexico is an example of an early acceptance of a legal technique aiming to impose liability upon the *socios* of a business entity, but yet hesitant about the application of the doctrine, i.e., seeking to pierce the corporate veil.

Being a country within the civil law tradition, any legal analysis does not begin with case law or notions of equity, but with positive law. As early as 1940, Mexico passed a federal statute,¹³⁰ that, within the realm of public offering of shares of stock provided a legal remedy to hold liable the

128. Jorge Angell, *Piercing the Corporate Veil: A Spanish Perspective* 15 COMP. L. Y.B. INT'L BUS. 341, 341-42 (1993).

129. L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.).

130. Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas [L.E.R.V.P.A.S.A.][Law Establishing Requirements for the Public Offering of Shares of Corporations], *repealed*, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 1 de febrero de 1940 (Mex.), *cited in* Walter Frisch Philipp, *La Abrogación de la Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas* [Abrogation of the Law Establishing Requirements for the Public Offering of Shares of Corporations] 1 REVISTA DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO 79, 79-82 (1990), *available at* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/1/dtr/dtr5.pdf> (last visited Oct. 5, 2007).

shareholders of a publicly held corporation for corporate debt.¹³¹ That statute is now repealed.¹³² Article 13 of the now repealed statute established the personal and unlimited liability of any person who controlled the operation of a *Sociedad Anónima* for any wrongdoing attributable to the same, regardless if such a person was the owner or not of the majority of the shares of stock.¹³³ The legal provision had two pivotal concepts, first, control by the part of a person,¹³⁴ and second, *actos ilícitos*—wrongdoings—by the part of the business entity. Those concepts were so ample that the provision could have been interpreted to encompass several situations in which the piercing of the corporate veil was appropriate. On one hand, the statute did not define and did not restrict the meaning of “control.” In fact, it did not use any modifier nowadays widely used, such as “effective” or “actual” control, in an attempt to confine this concept. On the other hand, as to the *actos ilícitos*—wrongdoings—the statute did not limit such concept to a specific category.¹³⁵ It used a generic term to leave the doors open for judicial construction.

Despite the early acknowledgement by Mexican positive law of this legal technique, it was not until 1983, 43 years after its enactment,¹³⁶ that the Mexican Supreme Court finally applied Article 13 to a case before the Court.¹³⁷ In this decision the Mexican Supreme Court accepted the *doctrina de la develación de la sociedad anónima*, a term which was first introduced by a Mexican author in 1972¹³⁸ and that remains as the term of general acceptance within Mexico. The Court even held that the application of

131. See generally *id.*

132. *Id.*

133. “Las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la compañía.” *Id.* art. 13.

134. The word *persona* [person] in this context may be read as both individual and also legal entity; thus, the now repealed legal provision could have been interpreted to reach out liability by the part of an individual or also within a corporate group setting, hence between parent, subsidiaries or affiliate corporations.

135. L.E.R.V.P.A.S.A., 1 de febrero de 1940 (Mex.).

136. An author reports that this judicial opinion was the only one that applied Article 13 until its abrogation. See Philipp, *supra* note 130.

137. SOCIEDADES ANONIMAS, RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA ILIMITADA DE LA PERSONA O PERSONAS QUE CONTROLAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS. ALCANCE DEL ARTICULO 13 DE LA LEY QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS PARA LA VENTA AL PUBLICO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANONIMAS, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia [Third Chamber of the Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 175–180 Cuarta parte, septiembre de 1983, Tesis Aislada, Página 148 (Mex.), available at <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=240388&cPalPrm=DEVELACION,&cFrPrm=> (last visited July 28, 2007).

138. Philipp, *supra* note 130, at 80 n.3.

Article 13, and thus of the doctrine, was not restricted to the limited scope of the statute within which it was enacted, namely publicly held corporations, but on the contrary, was a doctrine of general application of every *Sociedad Anónima*.¹³⁹ Perhaps the reason why Article 13 had not been used before by Mexican practitioners and courts was because of its enactment within the context of publicly held corporations law. In a way, it seems that the Mexican Supreme Court was indicating that the proper role of Article 13 was as legislation relevant to business entities in general, rather than specifically being a statute dealing with public offering of shares of stock.

Despite this remarkable declaration on the part of the Mexican Supreme Court, which was opening the doors for the use of the doctrine, there are no reports of further application of Article 13 by the Mexican courts.¹⁴⁰ Then, according to a decree published on January 14, 1988 the *Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas* was repealed¹⁴¹ eliminating this already scarcely used doctrine.

After this early and unsuccessful attempt to introduce the doctrine into the Mexican legal system, authors and practitioners correctly note that its current development in Mexico is scarce, and perhaps its application is idle at the moment.¹⁴² Once again the dogma of the separate existence and limited liability by the part of the *socios* receives preeminent application regardless of any abusive use of the corporate privilege. It is still said that in Mexico the corporate veil is a firm separation between the assets and debts of the corporations and those of their stockholders.¹⁴³

However, the pierce-the-veil legal avenues still receive great attention in Mexico. On one hand, there are some specific areas of the law containing legal provisions allowing piercing the corporate veil. That is the case of the relatively new *Ley del Mercado de Valores*.¹⁴⁴ The context for the application of this statute is limited specifically to *sociedades anónimas*

139. The judicial opinion did not deal, though, with the other kind of business entity widely used in México, which is the *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, also known by its acronym of *S. de R.L.*

140. See Philipp, *supra* note 130, at 81.

141. See *id.*

142. Romelio Hernández, *Rasgando el Velo Corporativo en México* [*Piercing the Corporate Veil in México*], <http://hnh-law.com/rasgandoelvelo.htm> (last visited July 29, 2007).

143. Jorge Robles Madrigal, *¿En qué Consiste el Velo Corporativo?* [*What is the Corporate Veil?*], available at http://rt-abogados.com/docs/AMCHAM_Articulo_2003Oct08JRM.pdf (last visited July 29, 2007).

144. *Ley del Mercado de Valores* [L.M.V.] [Stock and Securities Market Law], Diario Oficial de la Federación [D.O.], 30 de diciembre de 2005 (Mex.) available at <http://leyco.org/mex/fed/89.html> (last visited Oct. 5, 2007).

bursátiles, namely, business entities which have shares of stock which are publicly traded in the stock market. Article 3 of this legislation establishes the concept of groups of corporations,¹⁴⁵ which will be considered as an entity by itself for purposes of the application of the rules providing for disclosure of information, accounting and transactions provided in the statute.¹⁴⁶ According to Article 3, the core concept in allowing its application is the exercise of control. Article 2(X) of the statute defines business group—*grupo empresarial*—requiring ownership, either direct or indirect in the shares of stock of other corporations.¹⁴⁷

Another example of the application of the doctrine specifically limited to banking and finance law, is the *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras*¹⁴⁸ whereby Article 28 calls for the liability of a controlling corporation for the debt of its subsidiaries.¹⁴⁹ Article 15 of the statute describes controlling financial corporations as those which have more than half of the shares of stock with voting rights over subsidiaries of financial corporations.¹⁵⁰ Neither bad faith, nor wrongdoing, is required for this liability, but while this liability is unlimited, it is also *subsidiaria* in the sense that the assets of the original debtor must be insufficient to cover the corporate debt. Only then will the liability reach the controlling corporation.

A major development concerning this doctrine within the Mexican legal system is still awaiting political debate within the Mexican parliament. There is a specific bill, yet to be discussed and approved, providing a statutory scheme for the doctrine. Indeed, in November 2002, it was filed before the Mexican federal legislative branch the draft of the *Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria*.¹⁵¹ This prospective piece of legislation would provide an explicit and comprehensive statutory scheme accepting the specific remedy of the disregard of the separate existence of a legal entity.

145. Known in the civil legal system as *unidad económica*. *Id.* art. 3.

146. *Id.*

147. L.M.V., art. 2(X), 30 de diciembre de 2005 (Mex.).

148. *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* [L.R.A.F.] [Regulation of Financial Groups Law], Diario Oficial de la Federación [D.O.], 18 de julio de 1990 (Mex.), available at <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/186.pdf> (last visited Oct. 5, 2007).

149. *Id.* art. 28.

150. *Id.* art. 15.

151. *Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria* [L.D.P.J.S.] [Disregard of the Juridical Personality of Business Entities Law], draft, Gaceta Parlamentaria, 21 de noviembre de 2002 (Mex.), available at http://www.senado.gob.mx/content/sp/sp/content/gaceta/content/ordinaria/58/content/131/gaceta79.doc#iniciativas_2 (last visited July 30, 2007).

According to this bill both the judiciary and administrative authorities might apply the remedy, and thus, disregard the separate existence of business entities¹⁵² for purposes of imposing liability upon their underlying members.¹⁵³ Characteristic of the civil law tradition, the draft tries to define a clear concept of the remedy, and to establish general principles applicable to it. Article 9 of the draft indicates that, for the remedy to be applicable, a three pronged analysis must be satisfied:

- a) Objective element;
- b) Subjective element;
- c) Resulting element;

In a way, the bill tries to resemble the prongs of the U.S. legal doctrine.

The first of those elements, the objective element, refers to the absolute control exercised over the entity by the part of its underlying members.¹⁵⁴ The draft brings an array of criteria and examples as to what may constitute absolute control over an entity by the part of an underlying member. Among those criteria and examples, the draft points to the decision and direction process of the entity, the concentration of its shares of stock by a controlling entity or within a corporate group, the identity of its directors and officers, the use of its assets by the part of the controlling entity, and finally, any other indicia pointing to such absolute control.¹⁵⁵

As to the second element, the subjective element, requires a showing of fraudulent conduct aiming to defraud creditors or to circumvent a public policy statute.¹⁵⁶ The Act also brings a list of examples and legal presumptions as to what is legal fraud and what is fraudulent conduct against third party creditors. Some examples of fraudulent conduct against third party creditors includes the allocation of debt into the entity; the use of its assets; the granting of non-secured loans; and finally, also within this inquiry, any other indicia pointing to fraudulent behavior.¹⁵⁷ Finally, the third element of this legal remedy, the resulting element, requires that either

152. *Id.* art. 3. Article 3 of the bill establishes that it is applicable to every entity (except some governmental entities such as the Federation, Municipalities, States, among other excepted governmental entities). Thus, the application of the prospective legislation would be beyond the realm of business entities.

153. *Id.* art. 7.

154. *Id.* arts. 10, 12.

155. *Id.* art. 13.

156. L.D.P.J.S., art. 14, 21 de noviembre de 2002 (Mex.).

157. *Id.* art. 20.

injury would result or public policy would be frustrated should the disregard of the form not be granted.¹⁵⁸

The referenced bill has not been approved by the Mexican legislature, and it is not clear as to when its approval will be reached. Nevertheless, a remarkable aspect of this recent development is the fact that an equitable doctrine born in the U.S. legal system is trying to make its way into the Mexican Civil Law system, but only through positive law. Hence, in a way, civil law is accepting influence from U.S. case law, but only through codification of the latter.

B. Argentina

Argentina is one of the Latin American countries where legal theories aiming to disregard the separate existence of business entities have had more attention by the legal community.¹⁵⁹ Articles, books, collective works and symposiums regarding the subject are abundant in Argentina.¹⁶⁰ The theory is usually referred to by various Spanish terms, namely, *inoponibilidad de la sociedad*,¹⁶¹ *desestimación de la personalidad jurídica*,¹⁶² *penetración de la persona jurídica*,¹⁶³ *redhibición de personalidad*.¹⁶⁴ Even the English term “disregard” is used by both the judiciary¹⁶⁵ and authors¹⁶⁶ while referring to the origin of the doctrine in the U.S.

Despite the lack of a specific statutory scheme, as early as 1972, the judiciary in Argentina started to accept the possibility of disregarding the

158. *Id.* art. 15.

159. See generally Marcelo Gustavo Barreiro, *Otra Vez Sobre la Inoponibilidad Societaria y el Fraude Laboral*, available at <http://www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000925.pdf> (last visited July 30, 2007).

160. E.g., Efraín Hugo Richard, *Personalidad Jurídica. Inoponibilidad* in RESPONSABILIDAD Y ABUSO EN LA ACTUACIÓN SOCIETARIA 263 (Ricardo A. Nissen et al. eds., 2002), available at <http://www.acader.unc.edu.ar/artpersonalidadjuridica.pdf> (last visited October 20, 2007).

161. E.g., Leandro J. Caputo, *Oponibilidad de la Personalidad Jurídica* (2004), available at <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0166.pdf> (last visited July 30, 2007).

162. E.g., Hilda Zulema Zárate, *Personalidad Jurídica y su Desestimación*, available at www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarate.pdf (last visited July 30, 2007).

163. Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Doctrina de la Penetración de la Persona Jurídica*, (2002), available at <http://www.asociacion.org.ar/resenia/uno.html> (last visited July 30, 2007).

164. Hugo Richard, *supra* note 160, at 303.

165. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 31/08/2005, “Avila, Carlos Alberto v. Benjamín Gurfein S.A. y otros / recurso extraordinario” (Arg.), available at <http://www.scba.gov.ar/falloscomp/SCBA/2005/08-31/L81550.doc> (last visited Aug. 30, 2007).

166. Jorge D. Grispo, *Inoponibilidad de la Personalidad Societaria* 9, available at <http://www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf> (last visited Aug. 30, 2007); see also Hugo Richard, *supra* note 160, at 309.

separate existence of business entities for purposes of imposing liability to its underlying *socios*, especially when they were a corporate group. A landmark decision, known as *Swift-Deltec* initiated this trend.¹⁶⁷ In *Swift-Deltec*, an Argentinean subsidiary of a transnational corporate conglomerate was subject to bankruptcy.¹⁶⁸ The Argentinean Supreme Court reversed the Court of Appeals' ruling, and upheld the prior trial court decision which had declared liability on all of the corporations forming the corporate group, which were either incorporated in Argentina or abroad, for the debt of the Argentinean subsidiary subject to bankruptcy.¹⁶⁹ After *Swift-Deltec* and before the 1983 legislative reform,¹⁷⁰ the Argentinean judiciary was abundant in decisions which allowed the disregard of the separate existence of business entities for purposes to impose liability, either over another business entity within the setting of a corporate group, or over an individual.¹⁷¹

Eleven years after *Swift-Deltec*, in 1983, the Argentinean federal legislative branch passed a reform of *Ley de Sociedades Comerciales* [Business Entities Act].¹⁷² Article 2 of this statute provides that the *sociedades* are separate entities within the extent indicated in the statute.¹⁷³ This restrictive language used by the statute to refer to the separate existence of the corporations is deemed by some authors as an initial limitation to the corporate privilege within the Argentinean legal system.¹⁷⁴ Under this approach, Article 2 creates a mere technical resource—the corporation—to seek results in the business realm.¹⁷⁵ However, this technical resource is merely a legal fiction and it is not in reality pre-

167. See Salvador María Lozada, *A Treinta Años de "Swift-Deltec": Los Deberes Incumplidos de los Bancos Extranjeros*, LE MONDE DIPLOMATIQUE, Mar. 4, 2002, available at http://www.legalmania.com.ar/actualidad_general/art_salvador_lozada.htm (last visited Aug. 1, 2007).

168. See generally *id.*; see also Eduardo M. Favier Dubois, *La Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria como Limite al Globalismo en la Argentina del Siglo XXI* 6 (2001), available at http://www.legalmania.com/derecho/desestimacion_personalidad_juridica.htm (last visited Aug. 1, 2007).

169. See Dubois, *supra* note 168.

170. See *infra* note 172.

171. See generally Gabriel Tosto, *Algunas Notas Sobre la Desestimación de la Personalidad Jurídica en la Jurisprudencia Laboral*, http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-algunas_notas_desestimacion.htm (last visited October 20, 2007).

172. Law No. 19.550, Mar. 30, 1984, [25397] B.O. (Arg.), available at <http://www.cnv.gov.ar/LeyesYReg/Leyes/19550.htm> (last visited July 30, 2007).

173. *Id.* art. 2. "*La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley [A corporation is a subject of law to the extent established in this Law].*" *Id.*

174. E.g., Hilda Zulema Zárate, *supra* note 162.

175. *Id.*

existent to the rule of law.¹⁷⁶ Thus the separate existence is not a prerogative that deserves deference per se, but only in light of the goal sought by the fiction that allows the creation of the entity.

However, what is really remarkable in the mentioned legislative reform is the inclusion of a specific provision allowing the disregard of the separate existence of business entities.¹⁷⁷ This major development, back in 1983, did put the Argentinean legal system ahead of other Latin American countries. Article 54 of the Argentinean *Ley de Sociedades Comerciales* provides that the activities of a corporation used to seek a purpose beyond the corporate goals, as a mere instrument to defraud the law, the public policy or the good faith, or to frustrate rights of third persons, will be imputed directly to its *socios* or to the controlling persons who facilitated such activities, who will be liable in solidum and without limitation for the resulting damage.¹⁷⁸

Authors in Argentina have pointed out that Article 54 is the inclusion into the Argentinean legal system of the U.S. legal doctrine of the disregard of corporate existence, and thus, allows for piercing the corporate veil.¹⁷⁹ However, some authors vigorously refute this assertion.¹⁸⁰ Authors begin the analysis of this legal technique with the admonition regarding its restrictive character of the institute¹⁸¹ in the sense that the disregard of the separate existence of a corporation is a remedy which is feasible only in exceptional cases. Thus, the separate existence and the separate liability of corporations is still the general proposition applicable in the Argentinean legal system.¹⁸²

According to Article 54, the first element for the application of the disregard doctrine is related to the goal sought by the conduct under scrutiny. That conduct must be either aimed to achieve a goal beyond the

176. *Id.*

177. See Caputo, *supra* note 161.

178. Law 19.550, art. 54, Mar. 30, 1984, (Arg.).

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Id.

179. M. & M. Bomchil Abogados, *La Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria y el Artículo 54, Tercer Párrafo, de la Ley 19.550 de Sociedades Mercantiles* 3(B)(1), available at <http://www.bomchil.com/cas/articulos/LA%20INOPONIBILIDAD%20DE%20LA%20PERSONA%20JUR%20C3%8DDICA%20.pdf> (last visited July 30, 2007).

180. *Id.*

181. See Caputo, *supra* note 161.

182. E.g., Efraín Hugo Richard, *supra* note 160, at 309.

goals of the corporation,¹⁸³ or used as a mere instrument to facilitate the offense of the law and the public policy or the good faith of the public, or to defraud the rights of third parties.¹⁸⁴ The first possibility, namely, the corporation is used for goals beyond the purposes of the corporation, deserves specific mention. Such statutory language can be tied with the language of Article 1 of the statute,¹⁸⁵ which indicates that a *sociedad comercial* may be formed with the purpose of devoting itself to the production or trade of goods and services.¹⁸⁶ Therefore, it seems that the Argentinean version of the piercing the corporate veil doctrine relies on the very foundation and justification of the corporate privilege, namely, to favor commercial exchange. Under this interpretation, the corporate privilege does not deserve deference per se, and may be disregarded. As mentioned, the statute also brings as possible scenarios, allowing triggering of the doctrine, transgression of the law and public policy, to deceive good faith and to defraud third party creditors. As to the effects of the remedy, the statute makes possible to find liable not only those *socios* that participated in the conduct under scrutiny, but also other persons that, while lacking the condition of stockholders, exercise control over the corporation.

It could be said that the Argentinean statutory language is so broad that it is for the courts to decide how far they want to extend the application of this law. For example, within the area of labor and employment law there are plenty of judicial decisions disregarding the separate existence of business entities.¹⁸⁷ The disregard theory is used profusely within this public policy realm to protect the rights of employees against their employers who, in an attempt to maximize profits, try to adopt various corporate forms to either shield themselves from liability or to circumvent the strict rules of this legal discipline.¹⁸⁸ However, even within this area of the law the application of the doctrine is still considered an exceptional remedy which must be limited to specific cases.¹⁸⁹

183. In Spanish, that portion of the statute literally reads: "consecución de fines extrasocietarios . . ." Law No. 19.550, art. 54, Mar. 30, 1984 (Arg.).

184. See generally M. & M. Bomchil Abogados, *supra* note 179.

185. *Id.*

186. Law No. 19.550, art. 1, Mar. 30, 1984 (Arg.). "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas." *Id.*

187. See Tosto, *supra* note 171.

188. *Id.*

189. Diana Cañal, *Desestimación de la Forma de la Persona Jurídica en el Derecho del Trabajo*, available at <http://www.aal.org.ar/pon3-00.asp> (last visited July 31, 2007).

Some examples where the Argentinean judiciary has decided to disregard the corporate entity are where there is fraud against a statutory obligation, for example, not reporting the hiring of workers,¹⁹⁰ depletion of the corporate assets,¹⁹¹ or undercapitalization of a corporation.¹⁹² Remarkably, the broad language used within the statutory scheme of the Argentinean legal system will allow the courts to adapt and to shape the remedy. The early adoption of the doctrine by Argentina will bring, as a result, other Latin American countries to follow in the footsteps of the Argentinean version of the disregard doctrine.¹⁹³

C. Venezuela

As with any other country within the civil law tradition, any analysis of the subject in Venezuela must start with the available statutory scheme. The Venezuelan Commercial Code is the general statute dealing with corporations.¹⁹⁴ Article 201 of the Commercial Code establishes the separate existence of business entities,¹⁹⁵ and when dealing with *Sociedades Anónimas* and *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, it also points out that the liability of the *socios* is limited to the assets of the entity.¹⁹⁶ There is no statute with general reach within the Commercial Code that deals with the possibility of the disregard of the separate existence of a business entity. However, there are special statutes dealing with specific areas of the law, where public policy is present.¹⁹⁷ Some of those areas are tax law,¹⁹⁸ capital markets and securities law,¹⁹⁹ unfair trade practices law,²⁰⁰ labor and

190. *Pagos en negro* [black payments] is a frequent practice in Argentina by which an employer avoids to register an employee as a worker to circumvent a number of legal obligations, such as payment of social security dues, severance payments, among other obligations. See Tosto, *supra* note 171.

191. *Id.*

192. *Id.*

193. See Zerpa, *supra* note 102.

194. CÓD.COM. No. 475, arts. 200–358, 21 de diciembre de 1955 (Venez.).

195. See also Zerpa, *supra* note 102.

196. *E.g.*, CÓD.COM. No. 475, arts. 201(3)–201(4), 21 de diciembre de 1955 (Venez.).

197. See generally Carlos Eduardo Acedo Sucre & Luisa T. Acedo de Lepervanche, *Los Grupos de Sociedades Desde la Óptica del Derecho de Obligaciones* [Agrupations of Corporations under Obligations Law] § 2, available at http://www.menpa.com/PDF/2006_Grupos_de_sociedades_y_derecho_de_obligaciones_LAL_CEAS.pdf (last visited on July 20, 2007).

198. Código Orgánico Tributario [CÓD. ORG. TRIB.] [Organic Tax Code], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 37.305, 17 de octubre de 2001 art. 16 (Venez.).

199. Ley de Mercado de Capitales [L.M.C.] [Capital Markets Law], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 36.565, art. 67, 22 de octubre de 1998 (Venez.), available at <http://www.leyesvenezolanas.com/lmc.htm> (last visited Oct. 5, 2007).

employment law,²⁰¹ and banking and finance law.²⁰² The main goal of these statutes is to allow the interpretation, either by an administrative authority or the judge to disregard the separate entity feature especially within the corporate group setting for the purpose of the application of the specific statutory provisions within a special area of the law. Again, it has been noted that the piercing of the corporate veil doctrine is more likely to be accepted within the realm of corporate groups, rather than in regard of individual shareholders.²⁰³ Thus, the doctrine has been limited as a technique to have affiliates and subsidiary corporations deemed as only one entity.

Aside from the applicable statutory scheme, which still does not provide a proposition of general application, Venezuela is facing a major reformation of the doctrines concerning the disregard of the corporate veil.²⁰⁴ There are trends which seek to abandon a purely literal and formalistic approach to the interpretation of the legal rules within the realm of corporate entities.²⁰⁵ As a Venezuelan Supreme Court Justice once stated, the separate existence of business entities was not a reality prior to the legal rule, but merely a technical resource to reach economic goals.²⁰⁶ On the other hand, there is resistance from some authors to accept this new doctrine, claiming that within a positive system, as a general principle of business entities law, the preeminence of the hermetic nature of the juridical personality.²⁰⁷

200. Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia [L.P.P.E.L.C.] [Promotion and Protection of Free Competition Law], [G.O.] No. 34.880, 13 de enero de 1992, art. 15 (Venez.), available at <http://www.procompetencia.gov.ve/lppelc.html> (last visited Oct. 5, 2007).

201. Ley Orgánica del Trabajo [L.O.T.] [Labor and Employment Law], [G.O.] No. 5.152 Extr., 19 de junio de 1997, art. 177 (Venez.), available at http://www.analitica.com/bitbio/congreso_venezuela/ley_del_trabajo.asp (last visited Oct. 5, 2007); see also Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo [R.L.O.T.] [Regulation of the Labor and Employment Organic Law] [G.O.] No. 38.426, 28 de abril de 2006, art. 22 (Venez.), available at http://www.analitica.com/bitbio/venezuela/reglamento_ley_trabajo.asp (last visited Oct. 5, 2007).

202. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras [L.G.B.I.F.] [Banks and Other Financial Institutions General Law], [G.O.] No. 5.555 Extr., 13 de noviembre de 2001, art. 161 (Venez.), available at <http://www.leyesvenezolanas.com/lgbif.htm> (last visited Oct. 5, 2007).

203. Carlos Lepervanche Michelena, *La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo [The Lifting of the Corporate Veil Theory]*, in ENSAYOS JURIDICOS EN CELEBRACION DE LOS 90 AÑOS DEL ESCRITORIO TINOCO, TRAVIESO, PLANCHART & NUÑEZ [JURIDICAL ESSAYS IN CELEBRATION OF THE 90TH ANNIVERSARY OF THE LAW FIRM TINOCO, TRAVIESO, PLANCHART & NUÑEZ] 101, (Caracas, 2004).

204. "Levantamiento del Velo Corporativo" is the most common term used in Venezuela for the doctrine.

205. Zerpa, *supra* note 102.

206. *Id.*

207. Francisco Hung Vaillant, *La Denominada Doctrina del Levantamiento del Velo por Abuso de la Personalidad Juridica [The So Called Piercing of the Corporate Veil Doctrine for Abuse of the*

A pivotal step for the doctrine in the country is the landmark judicial opinion known as *Transporte Saet, S.A.*²⁰⁸ issued on May 14, 2004, by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela (*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*). In *Saet* a subsidiary corporation named Transporte Saet La Guaira, C.A. was sued by a former employee on the grounds of unpaid severance payment.²⁰⁹ The trial court found for the plaintiff and ordered the defendant and its parent corporation, Transporte Saet, S.A., to pay the monies owed to the plaintiff.²¹⁰ The parent corporation sought relief by means of an exceptional constitutional writ (*amparo constitucional*) filed before the relevant court of appeals on the grounds that procedural due process was denied because as a separate entity, it had not been sued, and had not been served into the judicial procedure.²¹¹ The court of appeals granted the parent corporation the relief sought. However, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal reversed the court of appeals decision, and upheld the trial court's decision to execute its order against the assets of the parent corporation.²¹² In short, the Chamber allowed the lower court to pierce the corporate veil of the subsidiary by reaching out for the assets of the parent company.

In *Saet*, under the umbrella of the public policy present within labor and employment law, the Venezuelan Supreme Tribunal found that it is too common that business firms incorporate into two or more separate entities with the very purpose of diluting liability.²¹³ The Chamber indicated that, while the existence of those business groups may be legitimate, if they are intended to defraud third party creditors, such as employees, or to defraud statutory provisions, the goal of the group is illegal, and thus, the liability of any of the members of the group may not be divisible between the different corporations of the group.²¹⁴ To justify the acceptance of the concept of corporate groups, and thus, the piercing of the corporate veil, the Chamber

Juridical Personality], in 2 EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI [PUBLIC LAW AT THE BEGINNING OF THE XXI CENTURY], ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARIÁS 2035, 2038 (Inst. de Derecho Público ed., 2003).

208. Tribunal Supremo de Justicia [T.S.J.] [Supreme Court of Justice], Sala Constitucional, 14/5/2004, "Transporte Saet, S.A.," Exp. 03-0796 (Venez.), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/903-140504-03-0796%20.htm> (last visited July 13, 2007) [hereinafter T.S.J. "Transporte Saet"].

209. *Id.* at 2.

210. *Id.*

211. *Id.* at 2-3.

212. *Id.* at 21.

213. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, "Transporte Saet, S.A.," Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* note 208.

214. *Id.*

looked into an array of special statutes.²¹⁵ These statutes, while limited in scope, point to the issue of corporate groups through the concept of controlling corporations.²¹⁶ The Chamber identifies four general criteria to determine whether or not a corporate group is present.²¹⁷ They are:

- 1) The decisive interest that one corporation may have over the other;
- 2) Control by one corporation over the other;
- 3) The economic unit formed by two or more corporations when their stockholders and/or officers and directors are the same persons;
- 4) Significant influence that one corporation may have over other to affect, to an important degree, the financial and operational policies of the latter.²¹⁸

The *Saet* decision enumerates its own “laundry list” of applicable features of corporate groups revealing the case-by-case nature of the issue. Among that list are the ideas of control, either direct or indirect, and even through straw persons, preeminence of ownership over the stock, similar corporate names,²¹⁹ and lack of autonomy by the part of the controlled corporation.²²⁰ Finally, as to features of corporate groups *Saet* points to the permanent nature of them.²²¹ At the outcome, the *Saet* decision held that under the special statutes mentioned²²² the corporate groups are liable for the debts owed by any of the corporations within the group and that the separate entity was to be disregarded under those circumstances.²²³ *Saet* does not require evidence of any wrongdoing or specific fraud as a prerequisite for this common liability.

215. See *supra* notes 198–202.

216. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* note 208.

217. *Id.* at 8.

218. *Id.*

219. *Id.* Just like in *Saet*, where the controlling corporation was named Transporte Saet, S.A. while the controlled corporation was Transporte Saet La Guaira, S.A., which references its locality.

220. *Id.* at 8–12.

221. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* note 208.

222. See *supra* notes 198–202.

223. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* note 208.

Interestingly enough is the dissenting opinion by one out of the five Justices of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal.²²⁴ The dissenting vote strongly criticizes the opinion of the majority, pointing out that this legal technique is not contemplated as a general proposition within the positive law of the country.²²⁵ According to the dissenting opinion, only a statutory scheme could create a remedy of this nature, and even in light of a special statute providing for it, its application should be construed under a restrictive approach.²²⁶ It is also interesting that some Venezuelan scholars have started to voice their concern and to reject the general application of the *levantamiento del velo corporativo* without a statutory scheme supporting it,²²⁷ showing strong opposition to the general application to *Saet* and agreeing with the approach of its dissenting opinion.²²⁸ Further, under this school of thought, one scholar, while noting the origins of the doctrine in the U.S. stated that the disregard of the legal entity is a dangerous idea when taken outside the U.S. law context, because it equals legal uncertainty.²²⁹ The Venezuelan approach is beginning to resemble its U.S. counterpart in the sense that it is getting an uncertain nature, surrounded by metaphor, and lacking a clear shape.

The *Saet* decision was specifically issued within the realm of a labor and employment law case. However, its language is so broad that it has served to justify the general application of the doctrine of the *levantamiento del velo corporativo*, beyond the specific statutes²³⁰ which allow such application. The result of *Saet* is a reshaping of the subject of the separate entity and the separate liability of corporations in Venezuela. Judges and practitioners now use the term *levantamiento del velo corporativo* with familiarity, but similar to its U.S. counterpart, as a blurry category whose extent is far from being well-defined. For instance, a family judge granted temporary relief within a divorce procedure by disregarding the separate entity status of a company that was part of the community property but that was entirely controlled by the husband.²³¹ On the other hand, a civil court

224. *Id.* at 22–41.

225. *Id.* at 25.

226. *Id.* at 25–26.

227. *Sucre & Lepervanche, supra* note 197, § 3.

228. *Id.*

229. ALFREDO MORLES HERNANDEZ, CURSO DE DERECHO MERCANTIL—LAS SOCIEDADES MERCANTILES [COMMERCIAL LAW COURSE—COMMERCIAL BUSINESS ENTITIES] 886–87 (Universidad Católica Andrés Bello 2004).

230. *See supra* notes 198–202.

231. Tribunal Supremo de Justicia [T.S.J.] [Supreme Court of Justice], Sección de Protección de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, 21/12/2006, “Porras Diaz, Gardenia v. Meola

denied considering the piercing of the corporate veil of a corporation in a fast-track judicial collection procedure²³² because it held that veil-piercing is a “complex technique” which cannot be used without the benefits of a full trial.²³³ Within a few years, the subject has become a major point of interest within the Venezuelan legal community, and it is likely to be only the starting point of a change in the legal thought of a country where the underlying transactions will take preeminence over mere forms adopted by individuals to circumvent legal results.

VII. CONCLUSION

With the influence of U.S. common law, civil law legal systems are starting to develop legal techniques aimed at disregarding the separate entity of corporations, and thus, pierce the corporate veil for purposes of liability of members and shareholders. New generations of lawyers, judges and legislators are eager and enthusiastic about putting an end to a tenet—absolute separate existence and separate liability—that has served to, artificially and unjustifiably, defraud interests of public policy and creditors. Some of the legal avenues which are being used are, in fact, the result of judicial interpretation which is a remarkable step for countries within the civil law tradition. Statutory schemes are also being put into place by the legislative branch, first within the realm of public policy areas, but then also at the reach of private creditors whose rights are also worthy of protection.

Nevertheless, the principle of limited liability is not in crisis, but has been revised to contain it to its original and true boundaries. The rule that limited liability applies to a true separate corporate entity is still in force, but there are new legal avenues to contest this rule when the corporate privilege is being abused in detriment of public policy and private creditors. Separate entity and separate liability are not inexpugnable tenets where debtors can easily defraud public policy and legitimate creditors. The next challenge for Latin American practitioners and judges will be to delineate

Salerno, Angelo,” Exp. BH06-X-2006-000255 (Venez.), available at <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/1092-21-BH06-X-2006-000255-.html> (last visited July 20, 2007).

232. *Procedimiento por Intimación*, which is a procedure especially intended to collect monies owed by the defendant without the need of a full trial on the grounds that the amount owed is already liquidated. See Código de Procedimiento Civil [CÓD. PROC. CIV.] [Code of Civil Procedure], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 4.209, arts. 640–52, 18 de septiembre de 1990 (Venez.).

233. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa [Court of First Instance in Civil, Corporate, and Transit Matters in the Second Circuit of the Judicial District of the State of Portugal], 29 de octubre de 2004, available at <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/1140-29-23830-.html> (last visited July 19, 2007).

clear boundaries of this doctrine, an endeavor that, even after more than one hundred years of tradition, has not been accomplished within the U.S. common law system, the very system where the tradition was first delineated.

EL COMERCIO ÉTICO DE OBJETOS CULTURALES: LA ÉTICA Y LEY EN LA INDUSTRIA DE LA SUBASTA DE ANTIGÜEDADES

Kimberly L. Alderman*

I.	INTRODUCCIÓN.....	648
II.	NOCIONES GENERALES	649
	A. <i>Preocupación Sobre el Comercio Ilícito en la Industria de la Subasta de Antigüedades</i>	650
	B. <i>El Modelo Actual: Leyes Internacionales y Domésticas Diseñadas Para Contener el Comercio Ilícito de Antigüedades</i>	652
	C. <i>Carencias del Modelo Actual: Por qué las Leyes Fracasan al Tratar de Prevenir el Comercio Ilícito de Antigüedades o al Abordar Adecuadamente Los Daños a los Creadores Culturales</i>	658
III.	ÉTICA DE LAS CASAS DE SUBASTA.....	661
	A. <i>¿Por qué Prevenir el Comercio Ilícito es una Preocupación Ética?: Protegiendo Culturas Creadoras y Preservando Restos Culturales</i>	661
	B. <i>La Tensión Entre los Esquemas Legales y Éticos</i>	664
	C. <i>Beneficios Prácticos y de Negocios de un Modelo Ético Suplementario</i>	665
	D. <i>El Surgimiento de Estrategias Éticas en la Industria de la Subasta de Antigüedades</i>	667
IV.	CONCLUSIÓN	670

SUMARIO:

Este artículo considera desde una perspectiva ética el papel que las casas de subasta juegan como facilitadoras del comercio ilícito de antigüedades. El artículo evalúa las leyes que regulan la industria de la subasta de antigüedades, y explica por qué no pueden prevenir el comercio

* Kimberly L. Alderman. Asistente legal del Juez Francis J. D' Eramo, Corte Superior de las Islas Vírgenes, St. Croix. B.A. 2002, Universidad de Maryland en College Park, honores departamentales. J.D. 2006, Escuela de Leyes de la Universidad de Howard, *cum laude*. Admitida a la práctica en las Islas Vírgenes. Debo las gracias a la Profesora Marsha Echols de la Escuela de Leyes de la Universidad de Howard por complacer mi interés en el asunto y por ayudar en la etapa conceptual del trabajo original, Profesor Reginald Robinson de la Escuela de Leyes de la Universidad de Howard por introducirme correctamente a la escritura académica y por proporcionar inspiración profesional durante la fase de composición, y al Juez D' Eramo, porque repaso el bosquejo final buscando lógica dañada o el idealismo excesivo (espero haber reducido al mínimo ambos).

de propiedades culturales ilegalmente excavadas y exportadas. El artículo discute que las casas de subastas deberían desarrollar prácticas centradas en la ética en lugar de centrarse en esquemas regulatorios, explica por qué esta solución mejoraría también los intereses de preservación cultural y protegería creadores culturales y observa posibles beneficios comerciales dentro de un modelo ético.

I. INTRODUCCIÓN

Por dos décadas la discusión académica y los artículos populares por igual se han mantenido a favor de estrictas regulaciones gubernamentales respecto de subastas para ayudar a contener el comercio ilícito de antigüedades.¹ A pesar de la respuesta gubernamental y la cooperación de la industria de la subasta, el comercio ilícito de objetos culturales y de restos arqueológicos aún prospera.² Las casas de subastas intentan cumplir con las leyes sobre objetos culturales y voluntariamente ejecutan políticas internas para manejar el riesgo. Las mismas simplemente aún no pueden evitar la reputación de ser quienes perpetúan el comercio ilícito sobre propiedades culturales.³ A pesar de los mejores esfuerzos de las casas de subasta, la industria de la subasta es todavía causalmente responsable de la crisis cultural en el florecimiento del mercado negro de antigüedades.⁴

Si bien, en la comunidad de negocios internacional, el interés en la ética comercial ha aumentado continuamente.⁵ Esta tendencia debería inspirar a las casas de subasta a que reevalúen las estrategias que emplean para reducir la facilitación del comercio ilícito de objetos culturales. Las soluciones hasta este momento se han centrado casi exclusivamente en esquemas legales

1. Ver generalmente Paige L. Margules, Nota, *International Art Theft and the Illegal Import and Export of Cultural Property: A Study of Relevant Values, Legislation, and Solutions* (*Hurto de Arte Internacional y la Importación y Exportación Ilegal de Propiedad Cultural: Un Estudio de Valores, Llegislación y Soluciones Relevantes*), 15 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 609 (1992).

2. Ver generalmente PETER WATSON & CECILIA TODESCHINI, *THE MEDICI CONSPIRACY: THE ILLICIT JOURNEY OF LOOTED ANTIQUITIES FROM ITALY'S TOMB RAIDERS TO THE WORLD'S GREATEST MUSEUMS* [*LA CONSPIRACIÓN DE MEDICI: EL VIAJE ILÍCITO DE ANTIGÜEDADES SAQUEADAS DE LOS ITALIANOS ATRACADORES DE TUMBAS A LOS MUSEOS MÁS GRANDIOSOS DEL MUNDO*] (2006).

3. Ver generalmente Stephen Farrell & Dalya Alberge, *Sotheby's Cuts Antiquity Sales Over "Smuggling"* (*Sotheby's Rebaja las Ventas de Antigüedades Por "Contrabando"*), THE TIMES (LONDON), 19 de julio de 1997, en 1. Ver también Julie Rickerd, *Revealing the Rot of a Venerable Auction House* (*Revelando la Putrefacción de una Casa de Subasta Venerable*), THE FINANCIAL POST, 21 de febrero de 1998, § 3, en R5.

4. Ver Chauncey D. Steele IV, Nota, *The Morgantina Treasure: Italy's Quest for Repatriation of Looted Artifacts* (*El Tesoro de Morgantina: La Búsqueda de Italia por la Repatriación de Artefactos Saqueados*), 23 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 667, 683 (2000). Ver generalmente PETER WATSON, *SOTHEBY'S: THE INSIDE STORY* (*LA HISTORIA DE SOTHEBY'S*) (Random House, Inc. 1997).

5. Considere el nacimiento de la Responsabilidad Social Corporativa. Muchos líderes de corporaciones, desde McDonalds a Coca-Cola, están ahora considerando el impacto de sus prácticas de negocio en la sociedad y el planeta en su totalidad. Las iniciativas de la Responsabilidad Social Corporativa toman forma de los declaraciones de política para activar programas para atenuar los daños de producción.

regulatorios. El enfoque en iniciativas legales, sin embargo, ha obscurecido innecesariamente la importancia de las consideraciones éticas que surgen del comercio ilícito de antigüedades. Discutiré aquí que si las casas de subastas desarrollan políticas internas motivadas por consideraciones éticas, adicionalmente a las motivadas en esquemas legales regulatorios, las mismas detendrían más eficazmente el comercio ilícito e incidentalmente recibirían beneficios comerciales.

Para soportar esta tesis, discutiré, en la Parte II de este artículo, que muchas propuestas a soluciones de orden legal son intrínsecamente defectuosas e ineficaces porque el cumplimiento de leyes extranjeras respecto a objetos culturales no necesariamente fomenta la meta de la preservación cultural y puede, en algunos casos, obrar en contra de la protección del creador cultural. Ofreceré antecedentes sobre la ley y de la industria de antigüedades y además proporcionaré una visión general de las leyes diseñadas para restringir el comercio ilícito de objetos culturales. Luego explicaré por qué estas leyes no han podido abordar adecuadamente la crisis cultural causada por el comercio ilícito.

En la Parte III, discutiré que las casas de subastas deberían desarrollar estrategias éticas suplementarias a las estrategias legales porque al hacerlo ayudarían a manejar los riesgos relativos a responsabilidad y de mala publicidad y a restaurar sus imagen de marca. Explicaré por qué la preservación y la protección de los creadores culturales son intentos éticamente valiosos y exploraré el surgimiento de iniciativas éticas en la industria de la subasta de antigüedades. El tema de la Parte III es la tensión subyacente entre el acercamiento legal y el ético.

Finalmente, en la parte IV, concluiré que en tanto las casas de subastas definan su comportamiento ético de acuerdo a sus obligaciones legales, las mismas continuarán facilitando el comercio ilícito de antigüedades, fallando amplamente en manejar riesgos evitables o en mejorar sus imágenes de marca.

II. NOCIONES GENERALES

En esta sección, abordaré los esfuerzos reguladores actuales para prevenir el comercio ilícito de antigüedades, incluyendo leyes domésticas e internacionales. Las casas de subasta llevan a cabo la mayoría de sus ventas de antigüedades en los Estados Unidos y en el Reino Unido, y por lo tanto les daré especial atención a estas naciones de mercado.⁶ Luego explicaré porqué el actual marco jurídico fracasa al intentar detener el comercio ilícito de

6. Naciones de mercado son aquellas en las cuales las antigüedades son vendidas. Naciones de origen son donde los objetos culturales originan. Ver Lisa J. Borodkin, Nota, *The Economics of Antiquities Looting and a Proposed Legal Alternative (La Economía del Saqueo de Antigüedades y una Propuesta Alternativa Legal)*, 95 COLUM. L. REV. 377, 385 (1995).

antigüedades, o abordar adecuadamente daños que las culturas creadoras sufren debido al comercio ilícito.

A. Preocupación en la Industria de la Subasta de Antigüedades Sobre el Comercio Ilícito

El siglo veinte presenció un creciente interés académico respecto al comercio ilícito de antigüedades. Los académicos exigieron que las casas de subasta, que hasta el momento habían funcionado en gran parte sin ningún control, asuman obligaciones más importantes para ayudar a detener el comercio ilícito de propiedades culturales. Las propuestas incluyeron un estándar más alto en cuanto al de investigar el origen de los objetos,⁷ requisitos de divulgación al mismo nivel que los aplicables a los museos⁸ y la suspensión de la posibilidad de las casas de subasta de exigir contractualmente a los compradores a renunciar a las garantías bajo el Código de Comercio Uniforme (UCC por sus siglas en inglés).⁹ Estas propuestas exigieron que el gobierno promulgase legislación que regula la industria de la subasta de antigüedades.

Han habido varios casos de alto perfil en el siglo veinte que colocaron al comercio ilícito de propiedades culturales a la vanguardia en noticias y discusiones académicas. La controversia que rodeó la petición de Grecia para que Gran Bretaña devolviera las Canicas de Elgin destacó preocupaciones nacionalistas sobre problemas de propiedad cultural.¹⁰ La Iglesia Ortodoxa Griega demandó para así evitar que Christie's subastase el manuscrito de Arquímedes Palimpsest en 1998.¹¹ En 1995, la policía Suiza clausuró en Ginebra cuatro almacenes mantenidos por Giacomo Medici, de quien se sospechaba era el genio tras una extensa operación que envió de contrabando fuera de Italia artefactos saqueados.¹²

7. Ver Julia A. McCord, Note, *The Strategic Targeting of Diligence: A New Perspective on Stemming the Illicit Trade in Art (Las Estrategias Dirigidas a la Aplicación: Una Nueva Perspectiva para Prevenir el Comercio Ilícito de Arte)*, 70 *IND. L.J.* 985, 1002-07 (1995); Brenna Adler, Comentario, *The International Art Auction Industry: Has Competition Tarnished its Finish? (La Industria Internacional de Subasta de Arte ¿Tiene la Competencia detenido el comercio ilícito de arte?)*, 23 *Nw. J. INT'L L. & BUS.* 433, 444 (2003) (citando Dawson v. G. Malina, Inc., 463 F. Supp. 461, 467 (S.D.N.Y. 1978)).

8. Ver McCord, *supra* nota 7, en 1004.

9. William W. Stuart, *Authenticity of Authorship and the Auction Market (Autenticidad de la Autoría y del Mercado de Subasta)*, 54 *ME. L. REV.* 71, 74 (2002).

10. John H. Merryman, *Thinking About the Elgin Marbles (Pensando en las Canicas de Elgin)*, 83 *MICH. L. REV.* 1881, 1908 (1985).

11. Ver Greek Orthodox Patriarchate v. Christie's, Inc., 1999 U.S. Dist. Ct. LEXIS 13257 (S.D.N.Y. 1999). Ver también RICHARD B. CUNNINGHAM, *The Archimedes Palimpsest (El Arquímedes Palimpsest)*, en *ARCHAEOLOGY, RELICS, AND THE LAW [ARQUEOLOGÍA, RELIQUIAS Y LA LEY]* 506-20 (2d ed. 2005).

12. Ver WATSON, *supra* nota 4, en 290-91.

Si bien, la Convención de UNIDROIT de 1995 sobre Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados¹³ respondió a las preocupaciones de la comunidad internacional en cuanto al comercio ilícito e intentó dar vigor a leyes extranjeras relativas al patrimonio.¹⁴ Sin embargo, solamente unos cuantos estados han firmado la Convención y el marcado aumento de leyes de patrimonio nacionales ha diluido el carácter general de las demandas de patrimonio.

En el 2000, un escándalo sobre fijación de precios en la industria de la subasta cambió el escrutinio público sobre la participación de las casas de subastas en el comercio ilícito de antigüedades hacia potenciales violaciones a leyes de protección a la competencia.¹⁵ Aunque la presión para reformar las prácticas de la industria de la subasta para prevenir el comercio ilícito lo ha disminuido en gran parte, el tráfico ilegal de propiedad cultural sigue siendo un mercado negro lucrativo, con ganancias estimadas de U.S. \$4 billones al año.¹⁶ Esto implica el segundo mercado negro más provechoso, siguiendo el tráfico de drogas.¹⁷

Las casas de subasta, como los agentes de bienes raíces, son agentes de ventas para sus clientes. Esta relación excluye a menudo la responsabilidad

13. *Ver generalmente* Instituto Internacional para la Unificación de Derechos Privados (UNIDROIT): Acto Final de la Conferencia Diplomática para la Adopción del Borrador de la Convención para el Retorno Internacional de Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados, 24 de Junio de 1995, 34 I.L.M. 1322.

14. *Ver* NEIL BRODIE ET AL., STEALING HISTORY: THE ILICIT TRADE IN CULTURAL MATERIAL [ROBANDO HISTORIA: EL COMERCIO ILÍCITO DE MATERIAL CULTURAL] 8, 31 (2000). Sobre el tema de las leyes del patrimonio, los autores explican:

Algunos países han tomado ciertas categorías de materiales, más notablemente antigüedades y material paleontológico, dentro de propiedad del Estado. La exportación ilegal de esta propiedad del Estado es entonces considerada hurto. Como este robo es generalmente considerado como una ofensa criminal es de interés para todos los países actuar contra esto, así que la policía de un país puede tomar acción para recuperar el material robado por otro país, y contar con que sus esfuerzos sean correspondidos de vuelta. Inevitablemente, hay problemas aquí también. Un gobierno puede tomar el patrimonio cultural de su país como propiedad del Estado aprobando un Decreto sobre patrimonio, pero tal ley no será reconocida internacionalmente como teniendo un efecto retrospectivo. De esta manera, material removido de un país antes de la aprobación de una ley no se pueda reclamar como robado. Como la mayoría del material comercializado ilícitamente es removido ilegalmente, y por lo tanto secretamente, es muy difícil demostrar que fue removido después de la aprobación de una ley de patrimonio, y que de hecho no dejó al país algún tiempo atrás.

15. *Ver generalmente* CHRISTOPHER MASON, THE ART OF THE STEAL: INSIDE THE SOTHEBY'S—CHRISTIE'S AUCTION HOUSE SCANDAL [EL ARTE DEL ROBO: DENTRO DEL ESCÁNDALO DE LAS CASA DE SUBASTAS DE SOTHEBY'S—CHRISTIE'S] (2004).

16. *Ver* Christine Adler & Kenneth Polk, *The Illicit Traffic in Asian Antiquities (El Tráfico Ilícito de Antigüedades Asiáticas)* (material inédito presentado por el Comité Oficial Australiano en la Conferencia), disponible en <http://www.savingantiquities.org/pdf/Asian.pdf> (última visita 11 de noviembre de 2007).

17. *Ver id.* *Ver también* Aisha Labi & Simon Robinson, *Looting Africa: Theft, Illicit Sales, Poverty and War Are Conspiring to Rob a Continent of Its Rich Artistic Heritage (Saqueando a África: El Hurto, las Ventas Ilícitas, la Pobreza y la Guerra Están Conspirando para Privar a un Continente de su Rica Herencia Artística)*, 31 TIME PACIFIC, 6 de agosto de 2001, disponible en <http://www.time.com/time/pacific/magazine/20010806/art.html> (última visita el 17 de octubre de 2007).

por facilitar el comercio ilícito.¹⁸ Los esfuerzos para prevenir el comercio ilícito en naciones de mercado se centran a menudo en requisitos relativos a auditorías previas a una compra (*due diligence* en inglés),¹⁹ pero estos requisitos se aplican a los compradores y vendedores, no a sus agentes. Cuando una casa de subastas subasta un artículo, la misma no está ofreciendo el objeto para la venta, sino que por lo contrario ofrece los derechos que el dueño actual ostenta.²⁰ Los vendedores a menudo no son espontáneos en divulgar información que evitaría que la casa de subastas incluya en la venta su artículo.²¹ Las casas de subastas son legalmente responsables por traficar antigüedades ilícitas solamente si la casa tiene conocimiento de que el título es defectuoso (i.e., que el artículo es de legitimidad disputada).

B. *El Modelo Actual: Leyes Internacionales y Domésticas Diseñadas Para Contener el Comercio Ilícito de Antigüedades*

La primera convención internacional a propósito de objetos culturales fue la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, adoptada en 1954 como respuesta al saqueo Nazi de obras de arte.²² Esta convención acumuló un apoyo internacional substancial, blandiendo actualmente 116 estados partes en la misma.²³ Como ni los Estados Unidos ni el Reino Unido han firmado la Convención de La Haya, la misma no afecta la industria de la subasta de antigüedades en estas dos principales naciones de mercado.

Otro acuerdo internacional con aplicabilidad limitada es la Convención de UNIDROIT, que entró en vigor en 1995.²⁴ Esta Convención procura dar

18. Ver Aaron M. Boyce, Nota, *A Proposal to Combat the Illegal Trafficking of Pre-Columbian Artifacts (Una Propuesta para Combatir el Tráfico Illegal de Artefactos Pre-Colombinos)*, 3 HISP. L.J. 91, 102-03 (1997).

19. Ver generalmente Stephen L. Foutty, Desarrollo Reciente, *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.: Entrenchment of the Due Diligence Requirement in Replevin Actions for Stolen Art* (Desarrollo Reciente, *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.: Atrinchamiento del Requisito de la Diligencia Debida en las Acciones de Replevin por Arte Robada*), 43 VAND. L. REV. 1839 (1990).

20. Ver Robin Morris Collin, *The Law and Stolen Art, Artifacts, and Antiquities (La Ley y el Arte, Artefactos, y Antigüedades Robados)*, 36 HOW. L.J. 17, 21 (1993).

21. Considere la discusión del busto Romano en la Parte III de este artículo.

22. Ver Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas [UNESCO], Convención para la Protección de Objetos Culturales en Caso de Conflicto Armado con las Regulaciones para la Ejecución de la Convención 1954, El Hague, 14 de mayo de 1954, S. Treaty Doc. No. 106-1, 249 U.N.T.S. 215. (CONFORME CON 21.4)

23. UNESCO, Convención para la Protección de Objetos Culturales en Caso de Conflicto Armado con Regulaciones para la Ejecución de la Convención, El Haya, 14 de mayo de 1954, <http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?KO=13637&language=E> (última visita el 19 de septiembre de 2007).

24. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT): Acta Final de la Conferencia Diplomática para la Adopción del Borrador de la Convención para la Devolución de Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados, 24 de junio de 1995, 34 I.L.M. 1322.

más fuerza a las leyes domésticas de patrimonio de las naciones de origen.²⁵ Sin embargo, no ha podido generar el apoyo esperado, y solamente veintiocho estados partes han suscrito el acuerdo.²⁶ Las naciones de mercado principales, al saber, que los Estados Unidos y el Reino Unido, no han suscrito al acuerdo, así que el mismo no tiene ningún impacto en las casas de subastas que funcionan en estas naciones de mercado.

Se debe comparar el amplio éxito de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, cual fue más un intento general para refrenar el comercio ilícito de propiedad cultural.²⁷ Los Estados Unidos y el Reino Unido están entre los más de 100 Estados participantes en el tratado.²⁸ El lenguaje en la Convención de la UNESCO es amplio y vago y definitivamente requiere legislación decisiva.

El Congreso de los Estados Unidos implementó la Convención de UNESCO en 1983 mediante la promulgación de la Ley de Implementación de la Convención de la Propiedad Cultural (CCPIA por sus siglas en inglés).²⁹ Cuando los gobiernos extranjeros enfrentan la necesidad urgente de detener el saqueo de sitios arqueológicos en sus países de origen, el CCPIA autoriza al gobierno hacer acuerdos bilaterales de emergencia para restringir las importaciones. Los acuerdos hechos al amparo del CCPIA obligan a los estados participantes a evitar importación de artefactos robados de otras naciones y a ayudar a la devolución de objetos culturales robados. Esto autoriza al gobierno de los Estados Unidos a retener la propiedad cultural robada en manos de partes privadas que posiblemente son inocentes. Si una casa de subastas está ofreciendo para la venta un objeto cultural que una parte extranjera asevera que es objeto de un acuerdo o de una restricción hecha al amparo del CCPIA, la Oficina del Procurador General (Attorney's General Office en inglés) puede obligar a la casa a retener la pieza hasta que se determine si el objeto está, verdaderamente, sujeto a captura.

25. Ver Adler, *supra* nota 7, en 460.

26. Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (La Convención UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados)*, <http://www.unidroit.org/english/implement/i-95.pdf> (última visita el 6 de junio de 2007).

27. UNESCO, Convención sobre los Medios para Prohibir y Prevenir la Importación, Exportación y Transferencia de la Posesión de Objetos Culturales Ilícitas, art. 1, 823 U.N.T.S. 231.

28. UNESCO, Convención sobre los Medios para Prohibir y Prevenir la Importación, Exportación y Transferencia de la Posesión de Objetos Culturales Ilícitas, París, 14 de noviembre de 1970, *List of the 102 State Parties (Lista de los 102 Estados Participantes)*, disponible en http://www.unesco.org/culture/laws/1970/html_eng/page3.shtml (última visita el 6 de junio de 2007).

29. Convención sobre los Medios para Prohibir y Prevenir la Importación, Exportación y Transferencia de la Posesión de Objetos Culturales Ilícitos, 14 de noviembre de 1970, arts. 1, 11,806 U.N.T.S. 234-36.

Los Estados Unidos tiene actualmente acuerdos bilaterales activos ³⁰ promulgados conforme a la CCPIA con Bolivia,³¹ Camboya,³² Colombia,³³ Chipre,³⁴ El Salvador,³⁵ Guatemala,³⁶ Honduras,³⁷ Italia,³⁸ Malí,³⁹ Nicaragua,⁴⁰ y Perú.⁴¹ Si bien, los términos específicos de cada acuerdo difieren, generalmente prevén prohibiciones de emergencia para unas clases particulares de objetos que han robado, o que han sido ilegalmente exportados en masa. Una vez más, estos acuerdos bilaterales afectan incidentalmente a las casas de subastas cuando a la propiedad destinada a subasta se le califica como sujeta a la restricción.

Los Estados Unidos y México, por ejemplo, suscribieron en 1970 un acuerdo bilateral que se centraba en la protección de la propiedad cultural.⁴² El acuerdo prevé el retorno de artefactos de importancia histórica y nacional que hubiesen sido robados y permite a cada país utilizar todos los medios legales para el retorno, a petición, de un artefacto protegido.⁴³ El objetivo primario de este tratado es proteger la propiedad cultural Mexicana. Las

30. Para una lista actualizada de restricciones de importación actuales y expiradas, ver Department of State de los E.E.U.U., Oficina de Asuntos Educativos y Culturales, *Chart of Emergency Actions and Bilateral Agreements (Lista de las Medidas de Urgencia y Acuerdos Bilaterales)*, disponible en <http://exchanges.state.gov/culprop/chart.html> (última visita el 11 de junio de 2006).

31. Material Arqueológico y Etnológico de Bolivia, 66 Fed. Reg. 63,490-99 (7 de diciembre de 2001).

32. Restricciones Impuestas a la Importación sobre Materiales Arqueológicos de Camboya, 19 C.F.R. § 12 (2003).

33. Memorandum de Entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Colombia con respecto a la Imposición de Restricciones a la Importación de Material Arqueológico de la Cultura Pre-Colombina y Cierta Material Eclesiástico de el Época Colonial de Colombia. Ver Restricciones a la Importación Impuesta a Ciertos Materiales Arqueológicos y Etnológicos de Colombia, 71 Fed. Reg. 13,757-66 (17 de marzo de 2006).

34. Restricciones Impuestas a la Importación de Material Arqueológico Pre-Clásico y Clásico de Origen Chipre, 67 Fed. Reg. 47,447-50 (19 de julio de 2002). Ver también Restricciones de Importación Impuestas de Material Eclesiástico Bizantino y de Ritual Etnológico de Chipre, 64 Fed. Reg. 17,529-31 (12 de abril de 1999).

35. Artefactos Pre-Hispánicos de El Salvador, 60 Fed. Reg. 13,352-61 (10 de marzo de 1995).

36. Restricciones Impuestas a la Importación de Artefactos Arqueológicos de Guatemala, 62 Fed. Reg. 51,771-74 (3 de octubre de 1997).

37. Restricciones Impuestas a la Importación de Material Arqueológico Originario de Honduras, 69 Fed. Reg. 12,267-71 (16 de marzo de 2004).

38. Restricciones Impuestas a la Importación de Material Arqueológico Originando en Italia y que Representaban los Períodos Romanos Pre-Clásicos, Clásicos, e Imperiales, 66 Fed. Reg. 7,399-02 (23 de enero de 2001).

39. Restricciones Impuestas a la Importación de Artefactos Arqueológicos de Malí, 62 Fed. Reg. 49,594-97 (23 de septiembre de 1997).

40. Restricciones Impuestas a la Importación de Material Arqueológico de las Culturas Pre-Hispánicas de la República de Nicaragua, 65 Fed. Reg. 64,140-42 (26 de octubre de 2000).

41. Material Arqueológico y Etnológico de Perú, 62 Fed. Reg. 31,713-21 (11 de junio de 1997).

42. Tratado de la Cooperación entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos Facilitando la Recuperación y Retorno de los Objetos Arqueológicos, Históricos y Culturales Robados, U.S.-Mex, July 17, 1970, 22 U.S.T. 494 [en lo sucesivo Tratado de U.S.-México].

43. Ver Boyce, *supra* nota 18, en 121.

categorías de los objetos protegidos son muy amplias e incluyen artefactos pre-Colombinos así como coloniales.⁴⁴

En este tratado, los Estados Unidos y México acuerdan reconocer demandas soberanas de cada uno por la propiedad de ciertos bienes culturales. En *U.S. v. McClain*, la Corte del Quinto Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos reconoció en 1972 como válida la demanda de México por la posesión de todo el material arqueológico.⁴⁵ En *McClain*, el gobierno sometió a juicio a los acusados bajo la Ley de Propiedad Nacional Robada de 1934 (NSPA por sus siglas en inglés) por la exportación no autorizada de artefactos pre-Colombinos que se encontraban bajo el amplio reclamo de propiedad de México. La corte de *McClain* sostuvo que las autoridades pueden procesar contrabandistas por comerciar efectos robados bajo la NSPA cuando ilegalmente exporten un artefacto fuera de una nación de origen cuando la legislación de patrimonio de ese país declare que el objeto es propiedad del gobierno.⁴⁶

Esta decisión judicial fue utilizada en el caso más reciente de *U.S. v. Schultz*.⁴⁷ En *Schultz*, el distribuidor acusado vendió antigüedades Egipcias que habían sido exportadas ilegalmente. Un trato involucró una escultura de una cabeza Egipcia que se vendió a un coleccionista por un millón doscientos dólares americanos. Si bien el acusado sabía que la cabeza había sido ilegalmente exportada de Egipto en 1991, el mismo le dijo al comprador que la pieza había estado en una colección privada desde los años veinte.⁴⁸ Como quiera Egipto aprobó una ley en 1983 estableciendo que todas las antigüedades eran propiedad del gobierno, en el momento que la cabeza fue exportada sin autorización en 1991, estaba siendo robada de la nación

44. Por ejemplo, el Art. I de el tratado para delimitar la propiedad protegida como:

(a) Objetos de arte y artefactos de la Cultura pre-Colombina de los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos de notable importancia para el patrimonio nacional, incluyendo stelae y figuras arquitectónicas tales como al relieve y murales;

(b) Objetos de Arte y Artefactos religiosos de las épocas coloniales de los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos de notable importancia para el patrimonio nacional;

(c) Documentos de los archivos oficiales de el período hasta el 1920 en que son de relevante importancia histórica: éstas son las propiedades de los gobiernos federales, estatales, o municipales o sus instrumentalidades, incluyendo porciones o fragmentos de tales objetos, artefactos y archivos.

Ver Tratado de U.S.-México, *supra* nota 42, art. 1; Compare la extensa categoría de objetos protegidos pro el Tratado entre Estados Unidos de América y México y la reducida categoría de artefactos protegida de Mali. "Material Arqueológico ubicados en la region de el Valle de el Rio Niger y la Escarpada de Bandiagara (Cliff), Mali, fechada cerca de el período Neolitic aproximadamente en el Siglo XVIII...." Ver Import Restrictions Imposed on Archaeological Artifacts from Mali (Restricciones de Importación Impuestas en los Artefactos Arqueológicos de Malí), 62 Fed. Reg. 49,594-95 (23 de septiembre de 1997).

45. *U.S. v. McClain*, 545 F.2d 988 (1977).

46. *Id.* en 996.

47. *U.S. v. Schultz*, 333 F.3d 393 (2003).

48. *Id.* en 396; Los cuentos inauditos de colecciones privadas desatendidas, áticos de abuelas, y de sótanos polvorientos son comunes en el comercio de antigüedades.

Egipcia.⁴⁹ El acusado fue enjuiciado exitosamente por negociar propiedad robada bajo el NSPA, y la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos afirmó la pena citando a *McClain*.⁵⁰ Como resultado de esto, si los empleados de las casas de subastas fueran a negociar a sabiendas⁵¹ antigüedades ilegalmente exportadas o robadas, los mismos podrían ser procesados penalmente bajo el NSPA. Discutiblemente, esto puede de hecho tener el efecto contrario al deseado, al motivar a los empleados de las casas de subastas a no hacer las indagaciones necesarias que puedan enterarles de su participación en una venta ilícita.

Además de las leyes domésticas decretadas según la Convención de UNESCO, hay tres leyes que el Congreso (de los Estados Unidos) ha decretado para abordar la crisis de la propiedad cultural en los Estados Unidos. Específicamente, la Ley de Antigüedades de 1906, la Ley de Protección de los Recursos Arqueológicos de 1979 (ARPA por sus siglas en inglés) y la Ley de Repatriación y Protección de los Sepulcros Indio-Americanos de 1990 (NAGPRA por sus siglas en inglés).

En 1906 el Congreso decretó la Ley de Antigüedades para proteger los recursos arqueológicos en tierras federales y tribales.⁵² La misma dispone de multas hasta U.S.\$ 500.00 y un máximo de noventa días de encarcelamiento para cualquiera que intente “apropiar, excavar, dañar, o destruir” cualquier potencial “objeto antiguo.”⁵³ Antes del ARPA, este era el mecanismo primario que protegía la propiedad cultural de los indígenas Norteamericano, pero no protegió la propiedad cultural encontrada en tierras privadas.⁵⁴ ARPA aumentó las penalidades de la Ley de Antigüedades y abordó específicamente restos humanos.⁵⁵ En el NAGPRA, el Congreso reconoció los derechos sobre la propiedad de los indígenas Norteamericanos sobre la propiedad cultural encontrada en lugares de entierro en tierras federales y tribales, y penalizó el tráfico de restos de indígenas Norteamericanos y artículos culturales.⁵⁶ Estas tres leyes internas de la propiedad cultural son limitadas y específicas en cuanto a su objeto y protegen sólo la propiedad y

49. Ver Schultz, *supra* nota 47, en 398–99.

50. *Id.* en 403.

51. Ver La Ley de Objetos Nacionales Robados, 18 U.S.C. § 2315 (1934) (incluye un requisito de intencionalidad (mens rea es el término latino utilizado en los Estados Unidos) de “saber” el objeto ha sido robado).

52. Ver La Ley de Antigüedades Americanas de 1906, 16 U.S.C. §§ 431–33 (1988).

53. Ver Stephanie Ann Ades, *The Archaeological Resources Protection Act: A New Application in the Private Property Context* (La Ley de Protección de Recursos Arqueológicos: Una Nueva Aplicación en el Contexto de la Propiedad Privada), 44 CATH. U.L. REV. 599, 604–05 (1995).

54. *Id.* en 604.

55. Ver Kelly E. Yasaitis, *NAGPRA: A Look Back Through the Litigation* (NAGPRA: Una Mirada Atrás Sobre El Pleito), 25 J. LAND RESOURCES & ENVTL. L. 259, 265 (2005).

56. Ver Will R. Ripley, *Nota, You're Not Native American—You're Too Old!* *Bonnichsen v. United States Exposes the Native American Graves Protection and Repatriation Act* (¡Usted no es Indio Americano—Usted es Demasiado Viejo!) *Bonnichsen v. Estados Unidos Expone la Ley de Repatriación y Protección de los Sepulcros Indio Americano*, 9 J. GENDER RACE & JUST. 137, 142 (2005).

los restos humanos culturales de los indígenas Norteamericanos encontrados en tierras federales o tierras tribales. Si una tribu hace un reclamo sobre un artículo que está para subasta, ciertamente puede ser confiscado. Aún más, si una transacción es parcialmente completada, se le puede requerir a la casa de subastas revertir partes de la misma o reembolsar el precio pagado para facilitar la resolución apropiada del conflicto.

El sistema político único de la Unión Europea (EU por sus siglas en inglés) facilita una regulación más amplia del comercio ilícito de antigüedades que la regulación de los Estados Unidos y del Reino Unido. Por ejemplo la Directiva de la Unión Europea en el Retorno de Objetos Culturales⁵⁷ dispone el retorno de objetos arqueológicos que han sido removidos ilegalmente de un país miembro de la EU. Para calificar, los objetos deben ser “tesoros nacionales que poseen valor artístico, histórico o arqueológico.”⁵⁸ Los mismos deben entrar en una de las categorías de artefactos listada o formar una parte integral de una colección pública. La directiva define como removimiento ilegal el incumplimiento de las reglas vigentes en el territorio de donde el objeto fue removido o el incumplimiento de las condiciones de la autorización temporal. Esta directiva aplica a todos los países en la Unión Europea, permitiendo una regulación amplia y coherente y opera prácticamente como un acuerdo internacional automático entre todos los miembros de la EU.

Además de esta Directiva, las leyes domésticas que gobiernan la importación del arte en la EU impone restricciones adicionales en el comercio de antigüedades. Gran Bretaña, por ejemplo adoptó en diciembre de 2003, la Ley de Negociaciones de Objetos Culturales.⁵⁹ Esta ley hace ilegal manejar un objeto después de 2003 a sabiendas que fue removido ilegalmente de su sitio, pero no requiere una auditoría de compra (*due diligence* en inglés) para descubrir el origen de un objeto.⁶⁰

Hasta ahora regulaciones domésticas y acuerdos internacionales sobre la propiedad cultural han tenido sólo un impacto incidental en las operaciones de las casas de subastas. Hasta el punto que poseedores de propiedad cultural son requeridos a veces renunciar a reclamar artefactos, sólo los titulares de derechos sufren una pérdida económica. Una casa de subastas puede ser objeto de inconvenientes al serle requerido que conserve un artículo sujeto a

57. Ver Consejo 141—Directiva 93/7/EEC, 1993 O.J. (L 74), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0007:EN:HTML> (última visita el 17 de octubre de 2007).

58. *Id.* en art. 1.

59. Ver Dealing in Cultural Objects Act (Ley de Negociaciones con Objetos Culturales), 2003, c. 27 (Eng.).

60. Ver John Windsor, *Antiquities are Now Sought After by Interior Designers as Fashionable—and Affordable—Art (Las Antigüedades Ahora son Buscadas por los Diseñadores Interiores como Arte de Moda - y Asequible)*, THE OBSERVER, 6 de junio de 2004, disponible en <http://observer.guardian.co.uk/cash/story/0,6903,1232178,00.html> (última visita el 3 de octubre de 2007).

la resolución de una disputa, o avergonzada si la prensa la representa de una mala manera. De otro modo, las casas de subastas enfrentan pocas o ningunas consecuencias negativas por ser los facilitadores individuales más grandes del comercio ilícito de propiedad cultural.

C. *Carencias del Modelo Actual: Por qué las Leyes Fracasan al Tratar de Prevenir el Comercio Ilícito de Antigüedades o al Abordar Adecuadamente Los Daños a los Creadores Culturales*

Como fue indicado antes, las casas de subastas son agentes de ventas para sus clientes y no tienen el título a la propiedad que ellos ponen para la subasta.⁶¹ Las casas de subastas convocan compradores potenciales como un servicio a los vendedores y facilitan la determinación de un precio de mercado justo. Este modelo de negocio no impone legalmente la imposición de un estándar elevado de auditoría en cuanto a la legitimidad de artículos consignados. Los vendedores están obligados a divulgar a las casas de subastas de dónde provinieron los objetos, pero no hay requisito legal para las casas de subastas de hacer ninguna investigación para corroborar las aseveraciones de los compradores.

A diferencia de los bienes raíces, no hay un sistema predominante de títulos para antigüedades. En lugar de ello, las casas de subastas idean categorías de artículos que tienen altas probabilidades de haber sido obtenidos ilícitamente, o que están sujetos a restricciones de importación. Las categorías son basadas en el origen aparente de los objetos. Si un artículo entra una de estas categorías, la casa le requiere al vendedor proporcionar papeleo que evidencie procedencia⁶², y que demuestre que el vendedor obtuvo legalmente el objeto. Un permiso de exportación de la nación de origen es satisfactorio. Las casas imponen voluntariamente estos requisitos de papeleo de procedencia para aminorar, primero, la probabilidad que estén

61. Ver Borodkin, *supra* nota 6, en 386. Ver generalmente MASON, *supra* nota 15, para una analysis profunda de los funcionamientos internos de la industria de la subasta.

62. Ver Hans Kennon, *Take a Picture, it May Last Longer If Guggenheim Becomes the Law of the Land: The Repatriation of Fine Art (Tome una Fotografía, ella Puede Durar Más Si Guggenheim se Convierte en la Ley de la Tierra: La Repatriación de Arte Fina)*, 8 ST. THOMAS L. REV. 373, 382-83 n.45 (1996). En nota, 45 Sr. Kennon define procedencia como sigue:

Un comentarista observó que la "procedencia" es un término de arte pero tiene definiciones que varían. "En el DICCIONARIO DE LAS ARTES (M. Wolf ed. 1951), procedencia es 'documentos, descripciones, cuentas, recibos. . . suministrado por el artista al vender una pintura. . . estableciendo que la obra de arte es genuina y no una copia o una falsificación. . . .' En HUDSON DICCIONARIO DE TÉRMINOS DEL ARTE (E. Lucie-Smith Thames ed. 1984), es un 'record de toda propiedad y localizaciones anteriores sabidas de una obra de arte como dado en un *raisonné* de catálogo.'" Jessica L. Darraby, *Current Developments in International Trade of Cultural Property: Duties of Collectors, Traders and Claimants (Progresos Actuales en el Comercio Internacional de Objetos Culturales: Deberes de Colectores, Comerciantes y Demandantes)*, en THE LAW AND BUSINESS OF ART [LA LEY Y NEGOCIO DEL ARTE] (Practising Law Institute 1990).

facilitando un comercio ilegal y, segundo, reclamos potenciales de gobiernos extranjeros o terceras partes privadas con respecto a artículos en su cuidado.

Por ejemplo, las casas de subastas requieren que los artículos Egipcios con una fecha de compra después de 1973 (el año en que Egipto firmó la Convención de UNESCO) tengan papeleo de procedencia aceptable. Si un vendedor puede mostrarle a la casa de subastas que ellos compraron su artefacto Egipcio antes de 1973, entonces están exentos del requisito de mostrar procedencia

Sin embargo, es difícil para una casa de subastas saber cuándo el papeleo de compra es falsificado o es manipulado. Esto explica parcialmente por qué los estudios repetidamente muestran que cerca del noventa por ciento de antigüedades subastadas por las casas fueron excavadas o exportadas ilegalmente.⁶³ Sin embargo, a pesar de estos números angustiantes, la realidad es que incluso si un objeto fue excavado o exportado ilegalmente, puede ser todavía posible venderlo legalmente.

Si un artefacto ilegalmente exportado llega a una nación de mercado que no tiene un acuerdo internacional con la nación de origen para imponer recíprocamente las leyes de patrimonio del uno al otro, entonces la ley local no prohibiría la venta del artículo. Para ilustrar, asumiendo que el país ficticio de Nadus tiene una ley nacional de patrimonio que reclama como propiedad pública a toda propiedad cultural descubierta después de una cierta fecha (este tipo de ley funciona como una prohibición en exportaciones de antigüedades). La ley de Nadus no tiene fuerza en los Estados Unidos a menos que las dos naciones hayan suscrito un acuerdo internacional para imponer las leyes de propiedad cultural de uno al otro. Cuándo un artefacto de Nadus que fue exportado ilegalmente aparece en el mercado de los Estados Unidos, no hay prohibición legal en la venta del artículo ya que los Estados Unidos no ha concordado en imponer las leyes de patrimonio de Nadus.⁶⁴

El artefacto de Nadusean hipotéticamente ilustra que la ley existe sólo como un concepto hasta el punto que personas creen que existe. Al mover un artefacto ilegalmente excavado unas pocas millas al oeste, a través de fronteras de país, su posición como “ilegal” puede ser curada. Por cada país en el que una persona puede comerciar el artículo, un mecanismo separado de la aplicación legal es necesario. Esto ilustra uno de los problemas abstractos primarios con el movimiento para prevenir el comercio ilícito de propiedades culturales: las personas a menudo conectan conceptualmente una posición ilegal al objeto mismo, que es inexacto y confunde el problema. En la

63. Ver WATSON, *supra* nota 4, en 304. Ver también Richardo J. Elia, *Digging Up Dirt: An Antiquities Case Unearths Corruption (Desenterrando Sucio: Un Caso de Antigüedades Descubre Corrupción)*, THE WALL STREET JOURNAL, 20 de Junio de 2002, disponible en <http://www.opinionjournal.com/la/?id=110001867> (última visita el 17 de octubre de 2007).

64. Ver generalmente Boyce, *supra* nota 18.

realidad, la ley sólo puede proscribir conducta de una persona, no impone una posición ilegal permanente en un artículo.

Un artículo manchado no lleva consigo la apariencia de haber sido obtenido ilegalmente o exportado, así que características físicas sin nada más revelan raramente un objeto de ser la fruta de actos ilegales. Una cabeza terracota, Nigeriana ilegalmente exportada aparenta como una cabeza terracota, Nigeriana legalmente exportada. Hay cargas en ambos el comprador y el vendedor de ayudar de tratar este desafío, pero éstos requieren que los vendedores sean eminente y que los compradores sean melindrosos en la investigación.

Si bien, el vendedor es obligado a revelar lo que él sabe de la procedencia del artículo, esto a menudo no sucede (considere la historia del busto Romano en Parte III de este artículo). El comprador, por otro lado, es requerido a ejercitar la diligencia debida, que requiere que ella consulte los registros de las artes saqueadas y robadas.⁶⁵ El Registro de la Pérdida del Arte es utilizado extensamente pero no es muy detallada, y objetos ilegalmente excavados no son listados como ya son previamente desconocidos.⁶⁶ Estas cargas en el comprador y el vendedor no son comunes a todas transacciones de propiedad, y no son hechas a la medida con el mercado ilícito de antigüedades en mente.

¿ En los casos donde es legal vender un objeto, y discerniendo si fue obtenido ilegalmente es casi imposible, y las cargas en los compradores y vendedores son mínimas, en dónde deja esto a las casas de subastas? Ellas son todavía el embotellamiento por donde hay un porcentaje substancial del paso de antigüedades,⁶⁷ y el mercado de la subasta puede de hecho ser el lugar más eficiente de tratar y agarrar los objetos que han sido robados, exportados ilegalmente, o han sido saqueados. Las casas de subastas responden que ellos no tienen los recursos para realizar las investigaciones completas en cada objeto consignado para cerciorarse que los compradores les han dicho la verdad. El deber que las casas de subastas deben a sus clientes es de solamente promover los objetos consignados y cuidar de ellos apropiadamente.

De una perspectiva de la política, el esquema de logística de imponer una obligación elevada en las casas de subastas no se conforma a las nociones de un sistema legal orientado a la propiedad. Si las casas de subastas son las únicas entidades que tienen la habilidad de legitimizar el mercado o no (una

65. Ver generalmente Marilyn E. Phelan, *Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork (El Alcance de la Investigación de la Diligencia Debida en Obteniendo Título a las Obras de Arte Valiosas)*, 23 SEATTLE U. L. REV. 631 (2000).

66. Ver BRODIE ET AL., *supra* nota 14, en 52. Esta sección del artículo depende mucho en esta publicación.

67. Treinta a cuarenta por ciento de las antigüedades de todo el mundo pasan a través de las casas de subasta, haciendo esta la porción más pública del mercado de antigüedades. Ver WATSON, *supra* nota 4, en 304.

noción discutible, pero a menudo tomada por dada en las discusiones pro-regulación), los deberes que surgen de ser un agente de ventas no corresponde a las necesidades percibidas del comercio ilícito de antigüedades. Mientras que las leyes actuales han demostrado ser inadecuadas al prevenir el comercio en antigüedades ilícitas, o para dirigir adecuadamente el daño a las culturas de creador, un vehículo alternativo que puede ayudar los defectos del trato en la industria ha surgido por manera de ética.

III. ÉTICA DE LAS CASAS DE SUBASTA

En años recientes el concepto de ética de negocios ha recibido atención considerable. Esta noción requiere que las compañías se vuelvan más conocedoras del impacto de sus prácticas de negocios en la sociedad en su totalidad y muchos negocios han hecho modificaciones a sus operaciones para ser mas responsables social y éticamente. La ética de negocios convierte asuntos previamente manejados por las área legales en campañas de relaciones públicas precisamente diseñadas para atenderlos. Esto permite a los negocios manejar los riesgos preventivamente antes de que se conviertan en problemas reales. La ética de negocios se ha convertido más internacional en alcance y función, y dominante a través de diversas industrias. Sin embargo, la industria de subastas todavía no ha adoptado la noción de ética de negocios. Como punto inicial, es necesario definir el papel ético que las casas de subastas deben asumir con respecto al comercio ilícito de antigüedades.

A. *¿Por qué Prevenir el Comercio Ilícito es una Preocupación Ética?: Protegiendo Culturas Creadoras y Preservando Restos Culturales*

La preservación cultural es éticamente digna por el impacto que la pérdida cultural tiene en individuos y comunidades. Cuando una comunidad pierde sus recursos culturales debido al saqueo y la exportación ilegal, la vida cultural de sus miembros sufre. La eliminación de restos arqueológicos de una cultura creadora quita a los individuos su derecho al patrimonio cultural.⁶⁸ La declaración de Estocolmo, publicada por el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS por sus siglas en inglés), reconoce el derecho al patrimonio cultural como un derecho humano fundamental.⁶⁹ Similarmente, el Consejo del Convenio del Marco sobre el Valor del

68. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los derechos humanos se basan en la dignidad humana inherente. El derecho delineado que es el más relevante a la ética de objetos culturales es el derecho de participar completamente en la vida cultural. Ver Universal Declaration of Human Rights (Declaración Universal de Derechos Humanos), G.A. Res. 217A, art. 27, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. Mtg., U.N. Doc A/810 (12 de diciembre de 1948).

69. Ver Declaración de ICOMOS, Universal Declaration of Human Rights (Declaración Universal de Derechos Humanos), (11 de septiembre de 1998), disponible en http://www.international.icomos.org/e_stocdec.htm (última visita el 16 de octubre de 2007).

Patrimonio Cultural para la Sociedad⁷⁰ reconoce el derecho de las personas al patrimonio cultural. La Declaración de los Derechos de la Gente Indígena de las Naciones Unidas⁷¹ va aun más lejos y sugiere que la gente indígena debe tener control autónomo sobre los recursos culturales dentro de su territorio local.⁷²

El descubrimiento de artefactos culturales no es solamente conocimiento y objetos, pero adicionalmente una afirmación de raíces.⁷³ En países donde comúnmente las personas son de ascendencia étnica mixta, la arqueología es motivo de orgullo nacional común. El pasado da a la gente “confianza y un sentido de virtud especial.”⁷⁴ Además, los objetos culturales son palpables, recuerdos fácilmente accesibles de los logros.⁷⁵ Por cada artefacto que una cultura creadora pierde debido al robo o al contrabando, algunas personas son negadas del orgullo, la virtud y la confianza que habría resultado del cuidado del artefacto.⁷⁶ Algunos arqueólogos han argumentado que remover restos arqueológicos perjudica la psique colectiva de una cultura creadora, y roba una parte de su identidad.⁷⁷

En algunas culturas, la eliminación de objetos venerados de su ubicación tradicional es un acto de profanación (por ejemplo, cuando los templos son mutilados para remover tallados o las tumbas son destruidas por saqueadores que buscan tesoros). Históricamente, las culturas opresivas y dominantes han destruido las reliquias culturales de culturas minoritarias para quitarles poder. Un ejemplo es la destrucción de las figuras de los Budas de Bamiyan por musulmanes puritanos en Afganistán en el 2001.⁷⁸ Cuando objetos sagrados son removidos por exportación o destrucción deliberada, el derecho de un grupo a su patrimonio cultural es negado en varios grados.

70. Consejo del Convenio de la Estructura Europea sobre el Valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad, 27 de octubre de 2005, arts 1,4, C.E.T.S. 199 [en lo sucesivo Convenio de la Estructura].

71. Declaración de los Derechos de la Gente Indígena, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2.1993/29/AnnexI (Aug. 23, 1993) (*preparado por* Erica-Irene A. Daes).

72. *Id.* en art. 3.

73. Karl Meyer, *The Plundered Past (El Pasado Saqueado)*, en *ARCHAEOLOGY, RELICS, AND THE LAW* 172 (Richard B. Cunningham ed., 2005).

74. *Id.* en 171–72.

75. *Ver generalmente* BRODIE ET AL., *supra* nota 14.

76. Obviamente, las culturas creadoras o las naciones de origen son se a veces acusadas de no tomar buen cuidado de objetos culturales como lo haría el dueño de una antigüedad ilícita en una nación de mercado. Las preocupaciones éticas discutidas adjunto compensan los peligros del cuidado inadecuado, en gran parte porque es posible tratar este problema educando mejor a culturas creadores sobre métodos de preservación. Permitir que los “ricos” continúen pelando a los “no ricos” de recursos culturales bajo la premisa que las naciones de origen no están cuidando adecuadamente por sus recursos culturales es ofensivamente paternalista (y evocadoras de la mentalidad del Destino Manifiesto (*Manifest Destiny* en inglés) que ya que los indígenas norteamericanos “no utilizaban” la tierra por los estándares Europeos pues no tenían derecho a ella).

77. *Ver* BRODIE ET AL., *supra* nota 14, en 11–12.

78. *Ver* Kwame Anthony Appiah, *Whose Culture Is It? (¿De Quién es la Cultura?)*, *THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS*, 9 de febrero de 2006.

Si la gente tiene un derecho humano fundamental al patrimonio cultural,⁷⁹ también justamente deberían beneficiarse de sus recursos culturales. Los saqueadores reciben pequeñas cantidades de dinero por objetos culturales no renovables que al final se venden por precios muy altos.⁸⁰ Los objetos son vendidos en el mercado occidental y circulan por muchos años generando dinero. Nada de este dinero vuelve a las culturas creadoras. En esta manera, el comercio de objetos saqueados socava la base económica de una comunidad, removiendo de la cultura creadora un recurso no renovable y la oportunidad de la ganancia sostenible.

El removimiento ilegal de restos culturales, debido al saqueo o a la exportación ilegal, también quita la oportunidad de estudiar un artefacto de modo significativo. Si un artefacto es excavado de modo inexperto, el relato arqueológico de contexto usualmente queda dañado o destruido, a menudo eliminando irremediablemente el potencial para aprender de su excavación.⁸¹ El valor social y el propósito original de un objeto pueden ser perdidos por completo, impidiendo que los antropólogos y arqueólogos añadan a su base de conocimiento histórico.⁸² Además, cuando un artefacto es extraído de sus alrededores naturales, hay un riesgo superior de descomposición y destrucción debido a cambios en el ambiente.

Excavar y exportar preventivamente es quitarles a las personas de la cultura creadora la oportunidad de redescubrir su historia a causa del contexto y el significado perdido. En un mundo donde la globalización está lentamente y sistemáticamente diluyendo las diferencias culturales y étnicas entre poblaciones, las fuentes de conocimiento sobre el pasado de un pueblo se convierten preciosas, porque retienen un sentido de identidad. La eliminación de objetos sagrados del cuidado de una cultura creadora perjudica la moral porque los miembros de la comunidad pierden algo psicológicamente precioso. Cuando los colonizadores Europeos de Norte América querían desmoralizar a los indígenas, los desnudaban y les cortaban el cabello. La eliminación de manifestaciones físicas y tangibles de conexiones culturales socava la propia identidad de una comunidad. Facilitar el comercio de objetos cuya pérdida desmoralizó a un pueblo es comerciar la misma desmoralización.

79. Convenio de la Estructura, *supra* nota 70 en art. 6 (afirma que el derecho a un patrimonio cultural es fundamental).

80. Ver BRODIE ET AL., *supra* nota 14, en 13–14 (citando el ejemplo de una tortuga fósil comprada de su descubridor por \$10 en Brasil, más adelante generando \$16,000 cuando vendida en Europa).

81. Ver BRODIE ET AL., *supra* nota 14, en 8, 11.

82. Ver Christopher Chippindale & David W. J. Gill, *Material Consequences of Contemporary Classical Collecting (Consecuencias Materiales de la Colección Clásica Contemporánea)*, 104 AM. J. OF ARCHAEOLOGY 463, 504 (2000).

B. *La Tensión Entre los Esquemas Legales y Éticos*

Existe una tensión inherente entre la ley y la ética en argumentos que abogan por una regulación aumentada de la industria de subastas como manera de prevenir el comercio ilícito de propiedades culturales. Esta tensión llevo al persistente fracaso de las soluciones legales en dirigir adecuadamente los problemas éticos de la crisis de antigüedades ilícitas. Discutiblemente, la regulación legal puede hasta frustrar los objetivos éticos de la preservación cultural y la protección de culturas creadoras. Bajo la ley extranjera, las leyes de patrimonio que son culturalmente insensibles pueden entrar en conflicto con los objetivos éticos de culturas creadoras minoritarias. Nacionalmente, el modelo de propiedad predominante se ha probado inadecuado para proteger los intereses de esas culturas creadores que carecen de un interés de propiedad legalmente reconocido.

La discucion academica del comercio ilicito de antigüedades a menudo frenan a las partes de llevar a cabo transacciones ilegales de moral restringida. El resultado de las iniciativas de correlacion legal con preocupaciones éticas es, sin embargo, mal entendido. Las leyes sobre Recursos de Patrimonio Nacional, por ejemplo, no siempre protegen al creador de culturas. Las Leyes Patrimoniales son leyes de propiedad, y algunas veces estas leyes benefician al gobierno más que a los ciudadanos. Los gobiernos a veces trazan fronteras nacionales sin tener en cuenta el pasado y presente de los grupos territoriales etnicos. Algunas administraciones tienen que atacar a los grupos étnicos que incidentalmente cayeron dentro de las fronteras de los países. Los intereses del creador de cultura puede entrar en conflict directo con los intereses gubernamentales servidos por la Ley de Patrimonio Nacional.⁸³

Vistos en el contexto apropiado, el comercio ilícito de antigüedades y el comercio poco ético de antigüedades se convierten en dos categorías distintas que coinciden parcialmente. Si un gobierno nacional se apropia de una propiedad cultural a través de una ley de patrimonio extensa, y la cultura creadora no recibe compensación, una acción legal puede ser poco ética. Considérese que durante el holocausto, los Nazis expropiaron propiedad cultural de los nacionales judíos a través de, según el régimen reinante, acciones legales.⁸⁴

Los esfuerzos actuales para contener el comercio ilícito no consideran completamente que los intereses de las leyes de propiedad cultural y las éticas de la preservación no coinciden necesariamente. Distinguiendo entre las

83. *Ver generalmente* Appiah, *supra* nota 78.

84. El arte tomada de las víctimas del Holocausto hoy se considera "robada," pero no fue robada bajo los estándares locales del tiempo. *Ver generalmente* Alia Szopa, *Hoarding History: A Survey of Antiquity Looting and Black Market Trade (Historia de la Valla Publicitaria: Un Encuesta del Saqueo de Antigüedades y el Comercio del Mercado Negro)*, 13 U. MIAMI BUS. L. REV. 55 (2004). *Ver también* Phelan, *supra* nota 65.

preocupaciones legales y las éticas de lo ilícito, las casas de subastas pueden apropiarse remedios para ambos. Hasta que las casas reconocen esta distinción, los esfuerzos para provenir el comercio no podrán proteger adecuadamente los creadores culturales o tratar el daño causado por el comercio ilícito de propiedad cultural.

C. *Beneficios Prácticos y de Negocios de un Modelo Ético Suplementario*

El manejo de riesgos protege el nombre comercial de una compañía y a veces motiva a los comercios a desarrollar modelos éticos para las operaciones de negocios. Las principales casas de subastas han estado trabajando por más de 200 años para construir reputaciones que permanecen demasiado frágiles en vista de cuan importantes son para el negocio. Un escándalo de corrupción puede estropear severamente la buena reputación y la imagen de marca de una compañía.⁸⁵

La representante de una de las principales casas de subastas me contó la historia de un busto Romano que estaba en subasta en una casa ubicada en Nueva York. El vendedor le dio a la casa de subastas documentos que indicaban que el artículo era de procedencia legítima. El día antes de la subasta, el Ministro de Justicia vino a la casa de subastas y dijo que Italia había presentado una demanda de repatriación por el artículo. Juntos, los empleados de la casa de subastas y el Ministro de Justicia inspeccionaron el artículo. El objeto parecía ser el mismo que aparecía en fotos de un busto Romano robado de un museo Italiano, pero habían documentos de origen legítimo archivados. La casa de subastas y el Ministro de Justicia llegaron a un acuerdo que la subasta podría proceder, pero que la casa no podría aceptar fondos por la venta del artículo, y no podrían dispensarlo de su cuidado hasta que la disputa fuera resuelta.

Cuando el vendedor fue interrogado con más detalles sobre el origen del busto, el explicó que había heredado el artículo de su padre. El reveló que su padre había comprado el busto, lo había donado a un museo, que luego fue robado del objeto, y de alguna manera el busto había vuelto a la posesión de su padre. El vendedor supuso que tal vez los documentos mostrando legitimidad eran de la primera vez que su padre adquirió el objeto. En ese caso, los documentos de venta eran de hecho legítimos, así que sin la demanda de repatriación de Italia de último momento, la casa de subastas no podría haber sabido sobre la secuencia de eventos que convirtieron en erróneos los documentos de buena procedencia.⁸⁶

85. *Ver generalmente Appiah, supra* nota 78.

86. Si hubiese la casa de subasta realizado una investigación externa, pudo haber encontrado el busto en uno de los registros de las artes robadas. Tal investigación es el deber del comprador, sin embargo. Si las casas de subasta realizaran investigaciones para verificar independientemente cada demanda hecha por sus vendedores, aun cuando las demandas son apoyadas por documentación apropiada, minaría la naturaleza de la relación del agente-cliente.

La casa de subastas cooperó por completo con el Ministro de Justicia para ayudar a resolver la disputa para que el objeto pudiera ser devuelto a su dueño legítimo. El busto fue enviado de vuelta para Italia, y el Ministro de Justicia elogió en privado a la casa de subastas por su cooperación. El prometió que diría cosas buenas sobre ellos en el comunicado de prensa. La representante me confesó que estaba desilusionada pero no sorprendida cuando leyó el siguiente titular en el periódico *New York Times*: “[Nombre de la casa de subastas] Trata de Vender Busto Robado.”

Los empleados de la casa de subastas estaban decepcionados que el Ministro de Justicia y la prensa los pintaron de villanos a pesar de sus mejores esfuerzos por realizar los negocios de una manera legítima y cooperar con las autoridades cuando surgió una disputa. Cuando la representante contó la historia, hasta sonaba dolida. Además de desminuir la moral de los empleados, cada titular incitante perjudica la reputación de una compañía, y obliga relaciones públicas a reparar el daño.

Las casas de subastas actualmente se centran casi exclusivamente en la conformidad legal. Cuando yo le pregunté a una casa si tenían algún tipo de política corporativa de responsabilidad social, el representante fue rápido al responder, “Nuestra compañía trata todo lo posible para cumplir las leyes de patrimonio de todas las naciones de origen.”⁸⁷ En respuesta a una pregunta sobre el papel de la ética en reducir el comercio ilícito de propiedad cultural, el abogado de una casa diferente respondió, “Nosotros cumplimos con todas las reglas de subasta de la ciudad de Nueva York, y sus substanciales reglas éticas y también las leyes para la protección del consumidor.” Estas respuestas se centran en consideraciones legales como substitutos de consideraciones éticas, y no reconocen la diferencia entre las dos.

Al enfatizar su dedicación a la conformidad legal cuando se le está preguntando de asuntos éticos, las casas de subastas dan apoyo a la noción de que las soluciones legales resuelven eficientemente los problemas sociales del comercio ilícito. Incluso si una casa de subasta obedece las leyes de propiedades culturales de cada source nation, incluyendo estas que son demasiado extensas, que están publicadas en idiomas extranjeros y poco conocidos, o que no pueden ser ejecutadas en los Estados Unidos, no obstante, la casa puede facilitar el comercio ilícito de propiedad cultural y resultar en daños sociales.

87. Si no hay tratado o ley doméstica que efectúa las leyes de una nación de origen, entonces no hay deber legal para que las casas de subasta hagan cumplir esas leyes extranjeras. Mientras tanto, muchas de estas leyes de patrimonio no son adaptadas a las preocupaciones éticas, así que es ilógico conformarse con ellas para satisfacer demandas éticas. No está enteramente claro porqué las casas de subasta intentan hacer cumplir las leyes de patrimonio de las naciones de origen cuando esas leyes no tienen ningún efecto legal. Es probable que la red de tratados, vigente y no vigente, combinado con las leyes de patrimonio desarrollándose en las naciones de origen, hacen difícil para que los abogados de las casas de subastas sigan qué leyes tienen efecto legal en un momento en particular, y cuáles es exactamente ese efecto legal.

Una estrategia basada en conformidad legal también falla al atenuar la opinión pública de que las prácticas de negocio de las casas de subastas son egoístas y poco éticas. Las casas de subastas, sin duda alguna, facilitan el comercio ilícito de antigüedades.⁸⁸ Si, por el contrario, las casas de subasta considerarán la preservación cultural y la protección de las culturas creadoras como objetivos éticos importantes, el público podría a su vez considerar a las casas como protectoras del interés público, en vez de partidarias de un mercado injusto y aristocrático que se satisface meramente con la conformidad legal. Por ende, si las casas de subastas adoptaran un modelo ético suplementario, gozarían también de las ventajas de un negocio de menor riesgo y de una mejor y más beneficiosa imagen pública.

D. *El Surgimiento de Estrategias Éticas en la Industria de la Subasta de Antigüedades*

Las casas de subastas mayores han respondido a la crítica pública y el riesgo creciente de la culpabilidad revisando sus políticas internas para ir más allá de los requisitos regulativos locales y nacionales.⁸⁹ Ellos han reconocido que ellos son los facilitadores primarios de este cuasi-mercado negro.⁹⁰ A pesar del deseo de las casas de subastas de ir más allá de mera conformidad, las demandas hechas de ellos por gobiernos extranjeros están oscuras, fragmentadas y a veces imposibles de efectuar a causa del desmedido alcance. Esto deja a las casas de subastas en una lucha constante para conformarse con las regulaciones, a pesar de no siempre saber cómo, y los deja en el riesgo constante que cualquier transacción aparentemente inocua podría tener como resultado titulares inevitables y dañinos, o hasta culpabilidad civil.⁹¹

Ha habido debate substancial en cuanto a qué deber ético las casas de subastas tienen de investigar más allá de lo que sus clientes les dicen.⁹² Sin

88. Muchas compañías, sin embargo, permiten actividad ilícita y aún evaden o escapan culpabilidad y la condenación del público. (E.g., las compañías que fabrican o distribuyen los papel para envolver, silenciadores de armas, detectores de radar, o alcohol.). Estas otras compañías e industrias, ocasionalmente, se burlan activamente de la ley a favor de alguno interés público anunciado.

Considere la bebida de energía que fue retirada del mercado debido a la presión del FDA por el nombre inflamatorio de la bebida—"Cocaína." Cuando la bebida fue devuelta a los estantes, estaba bajo el nombre de "Censurado," burlándose de lo que ellos afirmaron era una violación de los derechos libres del discurso. Esta compañía utilizó la noción del discurso libre para alinearse con el público contra la administración de la regulación excesiva.

Las casas de subasta podrían crear una imagen para sí mismos como protectores del interés público marcándose contra las enfermedades sociales del mercado ilícito, aun cuando la ley es inadecuada proteger los creadores de cultura y servir los intereses de la preservación cultural.

89. Ver generalmente Tony Thorncroft, *Art World Gives Tomb Raiders the Cold Shoulder (El Mundo del Arte Trata con Frialdad a los Saquedores de Tumbas)*, THE FINANCIAL TIMES, 9 de mayo de 2003, en 21.

90. Ver Steele, *supra* nota 4, en 668-69.

91. Considere la discusión del busto Romano en la Parte III, Sección D, de este texto.

92. Ver Appiah, *supra* nota 78.

embargo, es difícil para ellos hacerlo porque información de artefactos robados e ilegalmente exportados está dispersada extensamente y no siempre fácilmente accesible.⁹³ Es difícil para una casa de subastas descubrir el origen de un artículo específico incluso si ellos realican una investigación completa.⁹⁴ Aún más, las casas explican que ellos no tienen los recursos para operar su propia Interpol.⁹⁵ A pesar de los ingresos altos, las casas de subastas tienen los márgenes de ganancias bajos. Dados los recursos limitados, las casas de subastas discuten que lo mejor que ellos pueden hacer es:

- 1) Indagaciones completas de vendedores;
- 2) Requerir papeleo de procedencia para artículos potencialmente protegidos y;
- 3) Publicar sus catálogos completamente para proporcionar una manera para partidos privados y gubernamentales buscar objetos específicos.⁹⁶

Aunque no hay requisito legal de hacerlo, las casas publican catálogos que ilustran los artículos para la subastas. Christie's constante manda copias de los catálogos a naciones de origen antes de que una subasta empiece. Esto da a las naciones de origen la oportunidad de examinar fotos de los objetos y cerciorarse que no los que ellos han estado buscando. Christie's pone también las subastas próximas en su página de internet en una base de datos investigable llamado LotFinder.⁹⁷ Semejantemente, Sotheby's y Bonhams tienen las páginas de internet libremente accesibles donde ellos publican fotos de objetos que serán vendidos en subastas próximas.⁹⁸

93. Han habido numerosos argumentos para crear un solo registro del arte internacional dominante y antigüedades robada e ilegalmente exportada, pero en este momento hay muchos registros diferentes, y la cantidad de recursos requeridos para un país para entrar detalles completamente investigables para cada objeto perdido en una bases de datos es tan substancial que es imposible para muchas naciones de origen. Ver generalmente Laura McFarland-Taylor, *Tracking Stolen Artworks on the Internet: A New Standard for Due Diligence*, 16 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 937 (1997).

94. Ver Tarquin Preziosi, *Applying a Strict Discovery Rule to Art Stolen in the Past (Aplicando una Regla Estricta del Descubrimiento del Arte Robada en el Pasado)*, 49 HASTINGS L.J. 225, 243 (1997).

95. Interpol es una organización internacional de policía con 186 países miembros. Especializa en crímenes de una naturaleza internacional, inclusive crímenes de propiedad (i.e., localizando arte y antigüedades robadas).

96. McFarland-Taylor, *supra* nota 93 en 965–68. Ver Preziosi, *supra* nota 94, en 243.

97. LotFinder, Christie's, Christie's Home Page (Página Principal de Christie's), http://www.christies.com/LotFinder/lfsearch_coa/Search.aspx?noresults=true (última visita 11 de junio de 2007).

98. Sotheby's, Catalogue Desk (Escritorio del Catálogo de Sotheby's), <http://www.sothebys.com/app/live/pub/PubLanding.jsp> (última visita 11 de junio de 2007). Bonhams, Suscripciones de Catálogo, <http://www.bonhams.com/cgi-bin/public.sh/pubweb/publicSite.r?sContinent=USA&screen=indexUSA> (última visita 11 de noviembre de 2007).

La publicación anticipada de catálogos es una de las muchas políticas internas que las casas de subastas han implementado que va más allá de la conformidad legal estricta y ayuda a manejar el riesgo. Las casas demandan también más documentación de vendedores de lo que es requerido bajo la ley. Mientras que mucha de esta regulación voluntaria es motivada para evitar los problemas legales y de relaciones públicas, un espíritu de la moralidad ha surgido como resultado.

El Código de Sotheby's de Conducta de Negocio y Ética forma parte de su papeleo de Control Corporativo y esta disponible al público en la sección de relaciones de inversionista de la página de internet de Sotheby's.⁹⁹ El Código de Sotheby's pretende establecer una cultura de ética para las acciones sus de empleados internamente y externamente. Con una mente hacia lo que es bueno para el negocio, Sotheby's dirige a sus empleados a hacer lo que es ético obedeciendo todas leyes. Alenta "conducta ética," apoyando "los estándares éticos," reportando "la conducta poco ética," y tomando "decisiones éticas," aunque nunca define el término "ético." Conducta a la que el Código se refiere incluye específicamente la conformidad con las leyes, negociación justa, la confidencialidad, los conflictos de intereses, operaciones ilegales gracias a información confidencial (*insider trading* en inglés) y denuncia de conducta ilegal. El Código de Sotheby's dispone de la conducta ética y obligaciones legales coextensivamente, pero indica, que en este momento, el interés de Sotheby's en el anterior es creado en gran parte de su responsabilidad bajo el posterior.

El Código de Sotheby's es un esfuerzo curativo de dirigir las prácticas previas de la industria de la subasta. En un escándalo en el 1997, por ejemplo, los informes noticieros acusaron a Sotheby's de Londres de facilitar a sabiendas el saqueo y exportación ilegal de artefactos protegidos fuera de India, Italia, y Egipto.¹⁰⁰ Los *Times of London* alegó que Sotheby's "activamente se burlaba de las leyes de varios países."¹⁰¹ Como resultado, Sotheby's ha modificado su colección de la antigüedades y sólo subasta artículos de procedencia indudable en Londres.¹⁰² Si un objeto no tiene procedencia establecida, Sotheby's únicamente subasta el artículo fuera de su local en Nueva York.¹⁰³

Al hablar con las casas de subastas, y al revisar el material disponible al público, yo no pude descubrir mucho más del reconocimiento consciente de la obligación ética en la parte de las casas de subastas. La mayoría de lo que encontré con respecto a la ética tuvo que ver con preocupaciones de la leyes

99. Sotheby's, Sotheby's Code of Business Conduct & Ethics (Código de Sotheby de la Conduca & Ética de Negocios), http://www.sothebys.com/about/investorrelation/bus_ethics_conduct.html (última visita 11 de junio de 2007).

100. Ver Farrell & Alberge, *supra* nota 3.

101. *Id.*

102. *Id.*

103. *Id.*

de protección de competencia (*antitrust* en inglés), en respuesta al escándalo de fijación de precios de Sotheby's-Christie's.¹⁰⁴ Pregunté a una representante de la casa de subastas lo que ella pensaba era la obligación ética de su compañía, específicamente con respecto al comercio ilícito. Después de pensarlo, ella respondió, "No crear ni aumentar un mercado de artículos desenterrados impropriamente." Eso es un lugar excelente para empezar.

IV. CONCLUSIÓN

A pesar de la regulación legal y la cooperación de parte de las casas de subastas, el mercado negro de antigüedades continúa imperturbable. Cada año sitios nuevos son abiertos por los saqueadores, y la herencia de los creadores culturales es también erosionada por cada artefacto perdido. Una figura de terracota de Djenne-jeno robada, que pasa sigilosamente por los funcionarios de aduana Malianos no es trágico porque el Estado acaba de perder un artículo de "importancia nacional," sino porque tras la globalización y la usurpación del desarrollo la gente del Bozo pierde cada vez más de su identidad cultural cada año.¹⁰⁵ La figura de terracota va a la subasta y termina arriba del gabinete de objetos curiosos de un ejecutivo, mientras que el creador cultural lucha y muere de hambre y olvida de donde ellos vinieron. Contemplado a través de esta luz, las preocupaciones éticas son más grandes que una simple violación de las leyes de patrimonio extranjeras.

Las soluciones legales al próspero mercado negro de antigüedades hacen poco para tratar las consecuencias sociales del comercio, y a veces trabajan en contra de otras preocupaciones éticas. Si bien, las casas de subastas definen su comportamiento ético por sus obligaciones legales, no podrán manejar detalladamente el riesgo y renunciarán a oportunidades de mejorar su imagen de marca de fábrica. Cuando las casas de subasta pongan en práctica estrategias éticas suplementarias a éstas centradas en regulaciones conforme a la ley, habrá dos resultados. En primer lugar, los intereses de la preservación cultural serán fomentados y los creadores culturales protegidos mejor porque las iniciativas éticas tratan preocupaciones sociales si bien éstas centradas regulaciones conforme a la ley no lo hacen. Segundo, las casas de subasta estarán mejor equipadas para combatir la mala prensa, restaurar sus imágenes de marca de fábrica, y manejar los riesgos asociados con la subasta de antigüedades. De ambas maneras, un marco ético suplementario es una respuesta adaptada a la crisis de la preservación cultural creada por el comercio ilícito de objetos culturales.

104. *Ver generalmente* Appiah, *supra* nota 78.

105. *Ver id.* (discutiendo leyes de patrimonio Malianas).

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: GOBIERNO Y CONTROL GLOBAL SOBRE EL SISTEMA GLOBAL DE POSICIONAMIENTO Y GALILEO

*Sang Wook Daniel Han**

I.	EL SISTEMA GLOBAL DE POSICIONAMIENTO—APROXIMACIÓN A SU ESTRUCTURA DE GOBIERNO Y CONTROL	673
II.	GALILEO—APROXIMACIÓN A SU ESTRUCTURA DE GOBIERNO Y CONTROL.....	677
III.	RESPONSABILIDAD	681
IV.	RESPONSABILIDAD—RESPONSABILIDAD LEGAL	683
V.	PARTICIPACIÓN NO DECISORIA	689
VI.	TRANSPARENCIA	690
VII.	LEGITIMIDAD	692
VIII.	ESTRUCTURAS ALTERNATIVAS DE GOBIERNO Y CONTROL PARA GNSS	693
IX.	CONCLUSIÓN	696

El Sistema de Posicionamiento Global (GPS por sus siglas en inglés) es un sistema, basado en el espacio, de posicionamiento, navegación y de horario (PNT por sus siglas en inglés) originalmente desarrollado en los inicios de los años 70 por el Departamento de Defensa del gobierno de los Estados Unidos.¹ Fue originalmente planeado para propósitos militares, tales como guiar misiles en forma precisa a sus objetivos y localizar y coordinar unidades amigas. Sin embargo, cada vez más el GPS es también usado para numerosos propósitos civiles—como navegación de vehículos, trenes, aviones y barcos, telecomunicaciones, búsqueda y rescate, mediciones terrestres y marinas de distintas clases y optimización de transferencia de electricidad a través de líneas eléctricas.² Con el incremento de la

* Abogado, Yulchon, Corea; Maestría en Leyes, Escuela de Derecho de la Universidad de New York; grado conjunto LLB (con Honores) / BA (Estudios Políticos) LLB Mención Honorífica, Universidad de Auckland, Nueva Zelandia. Al autor le gustaría agradecer a los Profesores de Derecho Benedict W. Kingsbury y Richard B. Stewart de la Escuela de Derecho de la Universidad de New York, quienes supervisaron este artículo.

1. Para una breve cobertura de la historia del desarrollo del GPS, *ver generalmente* Thomas A. Herring, *The Global Positioning System [El Sistema de Posicionamiento Global]*, 274 SCI. AM. 44 (1996).

2. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE, U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, THE FUTURE OF THE GLOBAL POSITIONING SYSTEM [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA, DEPARTAMENTO DE DEFENSA DE LOS EE.UU., EL FUTURO DEL SISTEMA DE POSICIONAMIENTO GLOBAL], en 4 (2005).

importancia del GPS en la vida ordinaria, ha habido una creciente preocupación por el dominio unilateral del gobierno y control del GPS por parte del gobierno de los Estados Unidos. Existe el temor de que las fuerzas armadas de los Estados Unidos puedan descontinuar o degradar las señales del GPS por razones de seguridad nacional, o que a algunos países les sea denegado arbitrariamente el acceso al sistema GPS por parte del gobierno de los Estados Unidos,³ a pesar de que éste ha negado en forma enfática tal posibilidad.⁴

Estas preocupaciones que tocan temas de soberanía, así como atractivos de carácter económico, impulsaron a la Unión Europea a desarrollar su propio sistema espacial de PNT, llamado Galileo, el cual se espera que esté totalmente operacional en el año 2008. Con el advenimiento de Galileo, el sistema global de navegación por satélite ruso (GLONASS por sus siglas en inglés), a saber, la contrapartida preexistente rusa al GPS, tiende a despertar de su letargo y mejorar sus capacidades. El GPS también tiende a mejorar sus capacidades operacionales y estructura de gobierno y control.

A la luz del gran impacto de los sistemas de PNT sobre la vida civil, así como los grandes cambios que cada sistema está experimentando, este artículo examinará el nivel de responsabilidad del GPS y de Galileo como entidades administrativas globales bajo el marco del Derecho Administrativo Global (GAL por sus siglas en inglés). Este artículo analizará la estructura interna de gobierno y control del GPS y de Galileo y analizará los estándares de transparencia, participación pública y responsabilidad adoptados por cada entidad.⁵ Dado que el GPS es una entidad administrativa doméstica que toma decisiones sobre temas con implicaciones globales y que Galileo es una administración híbrida a través de un arreglo público-privado,⁶ este artículo analizará cuál es la estructura de gobierno y control global que se adaptará mejor al venidero Sistema Global de Navegación por Satélite (GNSS por sus siglas en inglés)—bien se trate de una institución formal de orden multilateral o una estructura propia que responda al libre mercado.

3. Paul B. Larsen, *Issues Relating to Civilian and Military Dual Uses of GNSS* [Temas Relacionados con la Dualidad de los Usos Civiles y Militares del GNSS], 17 SPACE POL'Y 111, 111 (2001).

4. *Ver* Spaced Based Positioning, Navigation, and Timing, National Executive Committee, Frequently Asked Questions [Posicionamiento, Navegación y Horario basado en el Espacio, Comité Ejecutivo Nacional, Preguntas Frecuentes], <http://pnt.gov/public/faq.shtml> (última visita el 29 de agosto de 2007). El Departamento de Defensa apoyó oficialmente al funcionamiento civil hace varios años (SPS Especificación de la señal / Estándar de Desempeño) para hacer al GPS disponible para propósitos civiles. *Ver* THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 10.

5. Para cobertura sobre el Derecho Administrativo Global, *ver generalmente* Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law* [El Surgimiento del Derecho Administrativo Global], 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 15 (2005).

6. *Ver id.* en 20–22.

I. EL SISTEMA GLOBAL DE POSICIONAMIENTO—APROXIMACIÓN A SU ESTRUCTURA DE GOBIERNO Y CONTROL

La Fuerza Aérea de los Estados Unidos financia y opera el GPS, el cual consiste en más de veinticuatro satélites GPS y estaciones de monitoreo ubicadas alrededor del mundo.⁷ Las señales de navegación son transmitidas continuamente desde cada uno de los satélites GPS a los usuarios alrededor del mundo, quienes reciben y procesan las señales para determinar su posición y hora con una precisión de unos pocos metros y algunos nanosegundos.⁸ La señal civil es accesible gratuitamente por todo el mundo y la señal militar está encriptada para el uso exclusivo por parte de las fuerzas militares de los Estados Unidos y de sus aliados.⁹ Así como su uso civil actual resulta extenso, su uso potencial tiene amplias implicaciones para el transporte, energía, topografía, seguridad pública, ingeniería y ciencia, ambiente, búsqueda y rescate, recreación y múltiples áreas de negocio.¹⁰

La estructura de gobierno y control del GPS ha sido multi-departamental dentro del gobierno de los Estados Unidos.¹¹ El GPS ha sido controlado y gobernado por un Comité Ejecutivo Nacional del Sistema PNT basado en el espacio (el Comité), el cual es presidido conjuntamente, desde diciembre del 2004, por representantes de los Departamentos de Defensa y de Transporte, reflejando así la dualidad de sus usos civiles y militares. Representantes del Departamento de Defensa, Departamento de Transporte, Departamento de

7. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2.

8. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 26. Para temas relacionados con el GPS y la privacidad, *ver generalmente* Kristen E. Edmundson, *Global Positioning System Implants: Must Consumer Privacy Be Lost in Order for People to Be Found? [Implantes en el Sistema de Posicionamiento Global: ¿Debe Perderse la Privacidad del Consumidor Para Encontrar a las Personas?]*, 38 IND. L. REV. 207 (2005).

9. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2. El GPS provee dos niveles de servicio: el Servicio de Posicionamiento Estándar (SPS por sus siglas en inglés) y el Servicio de Posicionamiento Preciso (PPS por sus siglas en inglés). El primero está disponible para todos los usuarios del GPS alrededor del mundo sin cobros directos. El PPS es un servicio encriptado disponible para el uso militar de los EE.UU. MARTIN U. RIPPLE & ALEXIS VIDAL, ION GNSS 18TH INT'L TECH MEETING OF THE SATELLITE DIVISION [ION GNSS - DÉCIMO OCTAVA REUNIÓN INTERNACIONAL TECNOLÓGICA DE LA DIVISIÓN DE SATÉLITES], NEW U.S. GPS POLICY FROM A EUROPEAN PERSPECTIVE [NUEVA POLÍTICA DE LOS EE.UU. EN CUANTO AL GPS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA] 407, 408 (2005), <http://satjournal.tcom.ohiou.edu/issue9/PDF/New%20US%20GPS%20Policy.pdf> (última visita el 20 de octubre de 2007).

10. *Ver* EUROPEAN SPACE AGENCY, GALILEO: THE EUROPEAN PROGRAMME FOR GLOBAL NAVIGATION SERVICES [AGENCIA ESPACIAL EUROPEA, GALILEO: EL PROGRAMA EUROPEO PARA SERVICIOS GLOBALES DE NAVEGACIÓN] 15–19 (Andrew Wilson ed., 2005).

11. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 12.

Estado, Departamento de Comercio, Departamento de Seguridad Nacional, Alto Mando Militar Conjunto y de la Administración Nacional del Espacio (NASA por sus siglas en inglés) participan en las reuniones del Comité. El Comité está asesorado por una Junta Asesora Independiente patrocinada por la NASA y la Oficina de Coordinación del Comité es manejada por el Departamento de Comercio, el cual provee de un canal de comunicación para las inquietudes sobre políticas relativas a PNT y mantiene una página en Internet relativa a PNT.¹²

La política relativa a PNT requiere que el Comité se reúna al menos dos veces por año, y de hecho, el Comité tuvo cuatro reuniones entre su primera reunión en febrero del 2005 y junio del 2006. La política relativa al PNT requiere que el Comité preste consideración apropiada a intereses relativos a seguridad y a intereses civiles cuando se trata de tomar decisiones relativas al GPS y requiere coordinar programas relativos a PNT de Departamentos en particular así como sus solicitudes, presupuestos y políticas.¹³

Recientemente la Junta de Ciencias para la Defensa ha realizado una revisión interna del GPS.¹⁴ Un reporte subsecuente de una Comisión de Tarea (Reporte) publicado en octubre del 2005, indicó que la estructura de gobierno y control es un problema serio que enfrenta el GPS.¹⁵ El Reporte señaló la ausencia de una arquitectura comprensiva de gobierno y control sobre el GPS¹⁶ y la ausencia de una autoridad de comando, jerarquía y clara atribución de responsabilidades.¹⁷

El Reporte revela muchos aspectos importantes acerca del gobierno y control del GPS que son de importancia para el análisis de atribuciones de responsabilidades bajo el Derecho Administrativo Global. Primero, además de las redes de monitoreo del propio gobierno de los Estados Unidos, las cuales miden la confiabilidad de la señal militar, el Reporte recomienda un

12. *Ver* NATIONAL EXECUTIVE COMMITTEE FOR SPACE BASED POSITIONING, NAVIGATION, AND TIMING [COMITÉ EJECUTIVO NACIONAL PARA POSICIONAMIENTO, NAVEGACIÓN Y HORARIO BASADO EN ESPACIO], <http://pnt.gov/orgchart.pdf> (última visita 20 de octubre de 2007).

13. NATIONAL EXECUTIVE COMMITTEE FOR SPACE BASED POSITIONING, NAVIGATION, AND TIMING [COMITÉ EJECUTIVO NACIONAL PARA POSICIONAMIENTO, NAVEGACIÓN Y HORARIO BASADO EN ESPACIO], U.S. SPACE-BASED POSITIONING, NAVIGATION, AND TIMING POLICY [POLÍTICA DE LOS EE.UU. DE POSICIONAMIENTO, NAVEGACIÓN Y HORARIO BASADO EN ESPACIO] (2004), <http://pnt.gov/policy> [en lo sucesivo Política PNT] (última visita 11 de octubre de 2007).

14. La Junta de Ciencias para la Defensa, que es una de los autores del Reporte, es un comité federal independiente asesor del Departamento de Defensa de los EE.UU. Para información general sobre esta Junta, *ver* Defense Science Board Report—More Changes Called for in “The Future of GPS” [Reporte de la Junta de Ciencias para la Defensa—Más cambios exigidos en “El Futuro del GPS”], <http://www.gpsworld.com/gpsworld/article/articleDetail.jsp?id=267154> (última visita 20 de octubre de 2007).

15. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 9.

16. *Id.* en 13.

17. *Id.* en 13, 72.

monitoreo directo, independiente y continuo por las ya existentes redes de monitoreo del GPS de orden civil, comercial y científicas sobre las señales de uso civil.¹⁸ Históricamente, la información de monitoreo proveniente de fuentes civiles ha sido ignorada por el gobierno de los Estados Unidos debido a dudas sobre la integridad y confiabilidad de tales fuentes, pero tales dudas han sido disipadas por la operación exitosa y prolongada de tales fuentes civiles.¹⁹

El Reporte también recomienda la conservación de la información histórica para medir su funcionamiento y para actualizar el “Estándar de Funcionamiento Civil del GPS” (*GPS Civil Performance Standard* en inglés) que ha sido definido por profesionales del gobierno de los Estados Unidos muchos años atrás. El Reporte recomienda la medición de información histórica respecto del Estándar de Funcionamiento Civil del GPS también para señales de uso civil.²⁰

Segundo, el Reporte recomienda el fortalecimiento de la efectividad de la Oficina de Coordinación del Comité y la designación de una sólo autoridad centralizada dentro de la Oficina del Secretario de la Defensa. La autoridad centralizada sería responsable de todas las políticas relativas al GPS y supervisaría asuntos, incluyendo relaciones claramente definidas con el Alto Mando Militar y Servicios, relativos a la operación y adquisiciones del GPS.²¹

Tercero, el Reporte advierte la percepción de que las fuerzas armadas ejercen influencia indebida en las decisiones que afectan la función civil del GPS.²² El Reporte sugiere que tal percepción es falsa y también indica que los usuarios no están institucionalmente organizados a un nivel suficiente que justifique sus necesidades por encima de las necesidades de las fuerzas armadas.²³ Los mecanismos alternativos de gobierno y control para evitar tal percepción han sido investigados, pero el Reporte añade que tan drástico cambio requiere de la cooperación del poder legislativo de los Estados Unidos y de su Poder Ejecutivo, así como de los usuarios del GPS.²⁴

Cuarto, a pesar de que no está especificada en el Reporte, se percibe una ausencia de garantía del servicio y de un mecanismo para asegurar

18. *Id.* en 17, 50, 76. Hay distintas redes regionales y globales de estaciones de monitoreo de la señal civil, operadas por organizaciones gubernamentales y científicas que incluyen el Sistema Diferencial de GPS Global (GDGPS por sus siglas en inglés) y el Servicio Internacional del GPS (IGS por sus siglas en inglés). *Ver también id.* en 51–52.

19. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 53.

20. *Id.* en 54.

21. *Id.* en 22.

22. *Id.* en 12, 70.

23. *Id.* en 70.

24. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 12.

responsabilidad. Ejemplos incluyen accidentes de aviación o naufragios de tanqueros de petróleo debido a interrupciones o fallas en la señal. Los mecanismos de imposición de responsabilidad son considerados incompatibles con el objetivo militar del GPS y el gobierno de los Estados Unidos no desea incurrir en costos adicionales por eventuales responsabilidades, debido a que los Estados Unidos provee del GPS libre de costos mientras que sufraga entre U.S.\$200,000,000.00 y U.S.\$300,000,000.00 por año para mantener el GPS y hacer mejoras al mismo.²⁵ Respecto a la responsabilidad, el Reporte simplemente indica que cada Departamento es separadamente responsable por la explotación del GPS para sus propios objetivos.²⁶

Quinto, la percepción del GPS como una necesidad para propósitos militares y razones de seguridad, trajo oposición de parte del gobierno de los Estados Unidos en cuanto a compartir el control y operación del GPS con alguna otra entidad.²⁷ Esta percepción en particular se está tornando cada vez más problemática a la luz de la aceleración de su uso para propósitos civiles. “[L]os Estados Unidos [Departamento de Defensa] no anticipó que su GPS sería secuestrado por la economía civil.”²⁸ La percepción que el GPS está siendo dominado por las fuerzas armadas se refleja en la Política Nacional para PNT, que requiere que el Secretario de Estado notifique “como resulte apropiado” a gobiernos extranjeros y a organizaciones internacionales la interferencia en el servicio del GPS causada por gobiernos extranjeros o por actividades comerciales.²⁹

Sexto, el Departamento de Transporte de los Estados Unidos ha establecido el Servicio de Información de Navegación (*Navigation Information Service* en inglés) el cual está destinado a ser el punto de contacto para usuarios civiles del GPS. El servicio es operado y mantenido por la Guardia Costera de los Estados Unidos. El Comité de Enlace del Servicio Civil del GPS (*Civil GPS Service Interface Committee* en inglés, CGSIC por sus siglas en inglés) opera como el foro mundial para la interacción efectiva entre los usuarios civiles del GPS y las autoridades de los Estados Unidos. El CGSIC fue establecido para identificar las necesidades

25. Larsen, *supra* nota 3, en 111.

26. THE DEFENSE SCIENCE BOARD TASK FORCE [COMISIÓN DE TAREA DE LA JUNTA DE CIENCIAS PARA LA DEFENSA], *supra* nota 2, en 71–72.

27. Larsen, *supra* nota 3, en 114. Para ejemplos del temor de algunas personas por riesgos militares relativos al GPS, y de esta forma, perspectivas en cuanto a la necesidad del control militar sobre el GPS, ver generalmente Irving Lachow, *The GPS Dilemma: Balancing Military Risks and Economic Benefits* [El Dilema del GPS: Balanceando Riesgos Militares y Ventajas Económicas], 20 INT'L SEC. 126 (1995).

28. Langhorne Bond, *The GNSS Safety and Sovereignty Convention of 2000 AD* [La Convención de la Seguridad y de la Soberanía del GNSS del año 2000 DC], 65 J. AIR L. & COM. 445, 447 (2000).

29. Ver Política PNT, *supra* nota 13.

de los usuarios civiles del GPS para apuntalar el programa de alcance (*outreach program* en inglés) del Departamento de Transporte. Al cumplir esta responsabilidad, el CGSIC reporta sus actividades al Comité Ejecutivo Nacional de PNT basado en el Espacio (*National Space-Based PNT Executive Committee* en inglés) de los Estados Unidos.³⁰ La reunión del 2005 fue asistida por unas 100 personas, que incluyeron oficiales de superior jerarquía de los Estados Unidos, personal militar, académicos y usuarios.³¹ Sin embargo, el reporte de la reunión parece indicar que los temas discutidos de más importancia fueron temas técnicos relativos al GPS y no temas relativos a su gobierno y control.

II. GALILEO—APROXIMACIÓN A SU ESTRUCTURA DE GOBIERNO Y CONTROL

Al contrario del GPS, el cual es enteramente administrado por agencias regulatorias y departamentos públicos estadounidenses, el sistema Galileo de la Unión Europea está administrado por una asociación de carácter público-privado a través de un acuerdo contractual. La Unión Europea ha establecido la Autoridad Supervisora de Galileo (la Autoridad),³² la cual será responsable del manejo y regulación de los intereses públicos relativos al programa europeo de GNSS.

El Concesionario de Galileo (Concesionario), el cual será un consorcio resultado de una fusión, y el cual la Autoridad seleccionará, le será atribuido el derecho exclusivo de uso de la infraestructura de Galileo por veinte años.³³ En retorno, la organización sufragará al menos dos tercios de los costos de construcción de la infraestructura. La infraestructura será propiedad de la Autoridad bajo régimen de propiedad pública. El contrato entre el Concesionario y la Autoridad establecerá claramente las responsabilidades, roles y riesgos a ser compartidos entre el sector público y el sector privado. El Concesionario será responsable de finalizar el despliegue del sistema Galileo, operarlo y explotarlo comercialmente y promover el desarrollo de su aplicación. El Concesionario estará autorizado a subcontratar varios servicios de valor agregado, así como servicios especiales tales como servicios de

30. PETER RAMM, REPORT ON OVERSEAS TRAVEL [REPORTE SOBRE VIAJES AL EXTRANJERO], en 2 (2005), [http://www.dpi.vic.gov.au/CA256F310024B628/0/437D6766DD60F21ECA25714C0011E2CE/\\$File/ION+2005+Conference_PeterRamm_20050927.pdf](http://www.dpi.vic.gov.au/CA256F310024B628/0/437D6766DD60F21ECA25714C0011E2CE/$File/ION+2005+Conference_PeterRamm_20050927.pdf) (última visita el 22 de marzo de 2008).

31. *Id.*

32. Una Agencia Comunitaria creada por Reglamento del Consejo 1321/2004, 2004 O.J. (L 246).

33. D. Brocklebank, J. Spiller & T. Tapsell, *Galileo—An Organizational Challenge for Europe* [Galileo—Un Desafío Organizacional para Europa], 18 INT. J. SATELL. COMM. 259, 265 (2000) (disposiciones del servicio relativas a políticas de competencia/implicaciones de control de precios deben ser consideradas ya que el Concesionario de Galileo mantendrá virtualmente un monopolio).

lanzamiento, servicios de despliegue de infraestructura y operaciones y servicios de mantenimiento.³⁴

Galileo es la primera asociación público-privada europea y la primera infraestructura pública propiedad de instituciones europeas.³⁵ Ya ha lanzado su primer satélite experimental GIOVE A en diciembre del 2005 y los primeros cuatro, de treinta satélites, están programados para ser lanzados en el 2008. Galileo tendrá cinco grupos de servicios diferenciados —Servicio Abierto libre de cargos, Servicio autenticado para Seguridad-de-Vida, Servicio Comercial encriptado y garantizado, Servicio Público Regulado encriptado y resistente a atascos y Servicio de Búsqueda y Rescate cercano a tiempo real.³⁶ El Concesionario fue seleccionado en junio del 2005 con los principales términos del contrato a ser fijados a finales del 2006. Se espera que el acuerdo final sea firmado a finales del 2007.

La Unión Europea ha firmado múltiples acuerdos de cooperación internacional con China, Israel, Ucrania, India, Marruecos y Corea del Sur, entre otros.³⁷ Tales acuerdos apuntan a crear un marco de cooperación a gran escala para actividades industriales y de investigación (particularmente estandarización), monitoreo regional de integridad y participación financiera en Galileo. Por ejemplo, los tres primeros acuerdos con China son relativos al desarrollo de sistemas de aplicación en piscicultura, estudios especiales de la ionosfera para el aumento de servicios regionales de Galileo y la estandarización de servicios de localización.³⁸

34. El Concesionario (Compañía Operativa de Galileo) subcontratará los servicios de puesta en marcha a Arianespace, el despliegue de infraestructura a Industrias Galileo y las operaciones y mantenimiento a la compañía de operaciones, Dr. Stefan Sassen, TeleOp GmbH: Status of the Galileo Concession and the Operations Concept [TeleOp GmbH: Situación del Concesionario de Galileo y del Concepto de Operaciones], disponible en http://allsat.de/download/ALLSAT_allgemein/ALLSAT_OPEN/2006/01_Dr_Stefan_Sassen_TeleOp_GmbH.pdf (última visita el 29 de octubre de 2007). Ver Dr. Stefan Sassen, Director Gerente, TeleOp GmbH: Status of the Galileo Concession and the Operations Concept [TeleOp GmbH, Situación del Concesionario de Galileo y del Concepto de Operaciones], (22 de junio de 2006).

35. Comisión de las Comunidades Europeas, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Taking stock of the GALILEO programme* [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Examinando el programa de GALILEO], en 2, COM (2006) 272 final (6 de julio de 2006), disponible en http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/galileo/documents/doc/comm_pdf_com_2006_0272_en.pdf (última visita el 11 de octubre de 2007).

36. AGENCIA ESPACIAL EUROPEA, *supra* nota 10, en 22–23.

37. Comisión de las Comunidades Europeas, *supra* nota 35, en 9.

38. Guan Xiaofeng, *Nation inks three more Galileo contracts* [Nación entinta tres contratos más de Galileo], CHINA DAILY, 29 de julio de 2005, en 2, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-07/29/content_464340.htm (última visita 29 de octubre de 2007). Ver también *China Signs 3 Contracts Involving Galileo Program* [China Firma 3 Contratos Relativos al Programa Galileo], SATNEWS DAILY, 29 de julio de 2005, <http://www.satnews.com/stories2005/1077.htm> (última visita el 17 de marzo de 2008).

La asociación público-privada implica un tema crucial en cuanto a si el contrato puede asegurar rentabilidad a la compañía privada a pesar de que el objeto del contrato sea satisfacer intereses públicos. El contrato es un instrumento esencial que asegura que las obligaciones administrativas no se extiendan más allá de los límites de los principios legales y valores tradicionales del Derecho Administrativo Global. Esto es una necesidad en ausencia de los mecanismos existentes en el ámbito interno, tales como control parlamentario o judicial.

Si bien el hecho de que el contrato de Concesión para Galileo está aún bajo negociación impone la necesidad de cierta especulación en este artículo, el siguiente análisis puede destacar los estándares mínimos requeridos por el contrato y por la estructura de gobierno y control de Galileo, para que éste pueda ser considerado como suficientemente responsable bajo el Derecho Administrativo Global.

Primero, el contrato debe incluir un plan de monitoreo continuo de Galileo y los resultados deben ser accesibles a los usuarios y clientes de las aplicaciones basadas en Galileo.³⁹ El contrato también debe incluir el compromiso de la Autoridad en cuanto a que los usuarios recibirán advertencia oportuna en el caso de fallas en la señal y el derecho de la Autoridad a evaluar su cumplimiento, al tiempo que se obligue al Concesionario a entregar regularmente a la Autoridad un reporte relativo a tal cumplimiento. Tales mediciones de cumplimiento requieren la formulación de un estándar aceptable contra el cual el desempeño pueda ser comparado. La Autoridad planea formular estándares de aceptación global para las señales, consultando para ello organizaciones internacionales, tales como aquellas que están involucradas en la navegación aérea y marítima, así como a las autoridades nacionales correspondientes.⁴⁰

Segundo, es probable que el contrato incluya el derecho de auditar los reportes del Concesionario en cuanto a gastos y costos, bien por parte de la misma Autoridad, o a través de la Corte de Auditores Europea o un representante autorizado. El Concesionario puede también ser requerido a entregar a la Autoridad reportes financieros en forma regular.

Tercero, el contrato necesita especificar un procedimiento y un mecanismo para establecer responsabilidad. El establecimiento de responsabilidad puede estar basado parcialmente sobre acuerdos existentes (tales como la Convención de Chicago sobre Aviación Civil), nuevos acuerdos contractuales o pólizas comerciales de seguro de responsabilidad y seguros mutuales (tales como los fondos especiales para derrames petroleros).⁴¹ Se ha reportado que ambas partes han acordado que sean pólizas de seguro las que cubran la mayor parte del riesgo a través de un

39. AGENCIA ESPACIAL EUROPEA, *supra* nota 10, en 34.

40. *Id.* en 21.

41. D. Brocklebank *et al.*, *supra* nota 33, en 261.

fondo de contingencia/compensación.⁴² Sin embargo, hay desacuerdo sobre contingencias no aseguradas, y la Autoridad quiere que el riesgo sea compartido, al tiempo que el Concesionario se resiste a cualquier exposición a una responsabilidad ilimitada.⁴³

Demandantes potenciales en casos de responsabilidad (no asegurada) incluyen demandantes primarios (por ejemplo operadores de aviación), demandantes secundarios (pasajeros) y demandantes terciarios (terceras partes) así como partes demandadas, que podrían incluir a la Unión Europea, a la Autoridad Europea Espacial, gobiernos nacionales y a sus varias instrumentalidades, así como a otras organizaciones internacionales/regionales relacionadas. Diseñadores y fabricantes de equipos también podrían estar sujetos a responsabilidad si se prueba que un accidente fue causado por defectos.⁴⁴ Podría también extenderse responsabilidad a otros estados que acuerden y acepten el uso de Galileo para una aplicación de seguridad crítica en su propia jurisdicción, aceptando implícitamente responsabilidad en cuanto a asegurarse, en forma razonable, que el sistema es capaz de satisfacer tal aplicación.⁴⁵ El contrato necesita formular un mecanismo que establezca en forma clara responsabilidades para cada parte involucrada.

Cuarto, el método de administrar a través de contrato conlleva a una muy especial interrogante acerca del modo de resolver disputas. Si bien el contrato establecería la ley aplicable en caso de disputas, es probable que el mismo se refiera a arbitraje comercial de acuerdo a las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, o a una entidad similar para una relativamente rápida resolución de disputas en lugar de referirse a la Corte de Justicia Europea. En caso de arbitraje, el contrato podría también indicar que el laudo arbitral sería definitivo y vinculante sobre las partes.

Quinto, el contrato probablemente tendría una cláusula de confidencialidad que prohíba la divulgación a terceras partes o al público en general de información comercial y técnicamente sensible.

Sexto, el contrato prohibiría al Concesionario transferir sus derechos y obligaciones contractuales a otros actores comerciales, sin embargo, subcontratar estaría expresamente permitido, posiblemente sujeto a la aprobación por parte de la Autoridad. La subcontratación de servicios, tal como la certificación de la factibilidad de Galileo para un servicio en particular, podría ser beneficiosa en cuanto que aporta una evaluación

42. *Progress Amid Criticism: Challenging the Galileo Obstacle Course* [Progreso en Medio de Críticas: Desafiando el Curso de Obstáculos de Galileo], 1 n.7 INSIDE GNSS 16 (2006), *disponible en* <http://www.insidegnss.com/node/118> (última visita el 22 de marzo de 2008).

43. *Id.*

44. Brocklebank *et al.*, *supra* nota 41, en 267.

45. *Id.*

independiente de Galileo por parte de un tercero.⁴⁶ Sin embargo, la subcontratación en general conlleva la interrogante sobre en qué medida el Concesionario será imputable por alguna responsabilidad incurrida por subcontratistas.

Séptimo, el contrato incluirá el derecho de cancelar el mismo, lo cual conlleva a la interrogante de la factibilidad de tal posibilidad, dado el extremadamente alto costo de capital y experticia involucrados, así como un tema de relaciones públicas para Galileo que entrará en competencia con el GPS.

La administración por medio de contrato también implica importantes interrogantes teóricas desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global. El contrato, o al menos la porción correspondiente del mismo, regula la actividad del Concesionario para el beneficio del público como destinatarios finales, quienes pueden pactar con el Concesionario relaciones contractuales separadas. La teoría de la delegación bajo el derecho contractual no es directamente aplicable para este tipo particular de relaciones contractuales, porque es dudoso que los intereses de los delegantes y de los beneficiarios finales estén alineados. El surgimiento de Galileo y su estructura de gobierno y control destaca la necesidad de repensar la regulación de asociaciones público-privadas a través del modelo contractual, para de esta manera atender a las interrogantes sobre responsabilidad a nivel global.

III. RESPONSABILIDAD

La definición de responsabilidad a nivel del Derecho Administrativo Global es objeto de controversia. Si bien el análisis del significado exacto de este concepto está fuera del objetivo de este artículo, es importante recordar que no se puede aplicar ciegamente normas y mecanismos de responsabilidad aplicables en el ámbito nacional al ámbito global.⁴⁷ Keohane indica que el término responsabilidad, así como el estándar de responsabilidad a ser empleado, así como quiénes deben ser responsables y qué intereses deben representar los responsables, son conceptos inciertos y por consiguiente

46. *Ver generalmente* European GNSS Supervisory Authority, Tender Specifications Attached to Invitation to Tender: Invitation to Tender No. Tren/GSA/001/2006 Concerning Support to Galileo Certification [Autoridad Europea Supervisora del GNSS, Especificaciones de Licitaciones Anexadas a la Invitación a Licitación: Invitación a Licitación No. Tren/GSA/001/2006 Relativa a Soporte a la Certificación de Galileo], disponible en http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/tenders/doc/2006/s148_159082_specifications_en.pdf (última visita el 29 de octubre de 2007).

47. *Ver* Robert O. Keohane, *Accountability in World Politics [Responsabilidad en Política Mundial]*, 29 SCANDINAVIAN POL. STUD. 75, 85 (2006).

deben estar sujetos a deliberación pública informada y ajustada a principios.⁴⁸ Tal parece que hay un déficit concreto en este tema tanto en el GPS como en Galileo. La opinión pública no tiene un canal disponible hacia el Comité que gobierna el GPS para discutir aspectos relativos a responsabilidad, y mucho menos para discutir los términos del mismo. El contrato de Galileo es vinculante por veinte años, lo cual hace difícil adaptar esta necesidad de reevaluar nociones cambiantes de responsabilidad y realizar discusiones públicas respecto al mismo sin afectar la certeza del contrato.

Si bien el GPS y Galileo pueden considerarse que satisfacen, hasta cierto punto, la responsabilidad interna en beneficio de nacionales a través de delegación, el aspecto más notable acerca del GPS y de Galileo en relación a responsabilidad externa a nivel global es la disparidad en la relación de poder subyacente. Keohane indica que la responsabilidad implica una relación de poder y que para ser responsable debe haber limitaciones respecto de la autonomía y respecto del poder sobre otros.⁴⁹ Sin tales limitaciones, tales entidades podrían ignorar importantes intereses en beneficio de la sociedad. El GPS y Galileo están en una posición única porque ellos disfrutaban de un duopolio tecnológico (con excepción de GLONASS) sobre los sistemas de PNT en el mundo. Las desiguales relaciones de poder resultantes hacen difícil hacerlos responsables para con los usuarios. Además, Galileo encara un problema de cómo tomar en consideración, por intermedio del contrato, importantes intereses colectivos que son afectados. El GPS encara el problema de cómo tomar en consideración intereses colectivos ajenos a los Estados Unidos a través de sus agencias y departamentos regulatorios internos.

Para ayudar en el análisis de la responsabilidad, Grant y Keohane mencionan siete diferentes tipos de responsabilidad a nivel global,⁵⁰ de las cuales tres de ellas son relevantes para propósitos de este artículo. La primera es responsabilidad a través del libre mercado (*market accountability* en inglés). Se espera que los consumidores de servicios hagan responsable a la entidad administrativa con la amenaza que ésta pierda acceso al capital. El surgimiento de Galileo y el prospecto de competencia en cuanto al mercado de PNT coloca gran presión sobre el GPS en cuanto a mejorar su imagen pública y percepción de legitimidad, lo cual impulsó a una revisión interna del GPS, así como a una reforma a su estructura de gobierno y control que conllevó a la formación del Comité. La competencia en el lucrativo mercado

48. Allen Buchanan & Robert O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions* [*La Legitimidad de las Instituciones de Gobierno y Control Global*], 20 ETHICS & INT'L AFF. 405, 426-27 (2006).

49. Keohane, *supra* nota 46, en 79.

50. Ruth W. Grant & Robert O. Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics* [*Responsabilidad y Abusos de Poder en la Política Mundial*], 99 AM. POL. SCI. REV. 29, 35 (2005).

de PNT pondría mucha presión de mercado sobre ambas entidades para que las mismas sean percibidas como dando respuesta a exigencias públicas, bien directas o indirectas, de responsabilidad.

El segundo tipo es responsabilidad proveniente del entorno (*peer accountability* en inglés). El efecto es similar al de responsabilidad de mercado, excepto que la presión viene no de parte de consumidores, sino del lado de organizaciones similares. La presencia del GPS, Galileo y GLONASS, así como la eventual entrada de otros países como China o India, puede resultar en presiones y críticas de parte de cada entidad hacia otras, para así asegurar una actuación conforme a estándares de responsabilidad expresos o implícitos, ello en beneficio de la imagen de confiabilidad y coherencia de la industria como un todo.

El tercer tipo es responsabilidad pública de reputación (*public reputational accountability* en inglés).⁵¹ Con el creciente impacto y conocimiento de los sistemas de PNT entre el público y el creciente número de participantes en la industria, la importancia de unirse al “club” de GNSS por temas de reputación, prestigio y auto-estima probablemente incluirá más implicaciones por el nivel de responsabilidad esperado así como presiones sobre el GPS y Galileo.

IV. RESPONSABILIDAD—RESPONSABILIDAD LEGAL

La disponibilidad de vías para obtener compensación en caso de responsabilidad incurrida como consecuencia de acción o inacción de entidades administrativas constituye responsabilidad legal bajo el Derecho Administrativo Global. Los estándares de responsabilidad legal pueden incluir factores como la legitimación de la parte afectada para acceder a los mecanismos de responsabilidad legal, la disponibilidad de un foro para que la

51. *Id.* en 37. Keohane se refiere a estos tres mecanismos de responsabilidad como responsabilidad difusa en contraste con responsabilidad específica ya que aquella carece el poder de limitar la acción de otros. *Ver generalmente* Memorandum from Robert O. Keohane for the Nov. 17 Accountability Workshop: Global Administrative Law Seminar [Memorandum de Robert O. Keohane para el Taller de Responsabilidad del 17 de noviembre: Seminario de Derecho Administrativo Global], en 2-3 (1 de noviembre de 2006), *disponible en* <http://www.law.nyu.edu/kingsbury/fall06/globalization/Keohane%20comment%20on%20stewart%20memo%2011-1-06.doc> (última visita el 22 de marzo de 2008). Por otra parte, Stewart los llama “medidas de promoción de otras respuestas (*other responsiveness—promoting measures* en inglés) que pueden promover responsabilidad en lugar de mecanismos reales de responsabilidad. *Ver* Richard B. Stewart, *Accountability and the Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance* [Responsabilidad y el Disgusto de la Globalización: Los modelos de los EE.UU. y la Unión Europea para Regulaciones de Gobierno y Control (20 de septiembre de 2006) (artículo inédito, disponible en <http://www.law.nyu.edu/kingsbury/fall06/globalization/Stewart,Accountability9-20-06.doc>) (última visita el 22 de marzo de 2008). El artículo se centrará en los significados substanciales traslapados detrás de estos mecanismos y medidas.

parte afectada presente de manera significativa su caso, el efecto obligatorio y coercible de tal mecanismo y los recursos correspondientes a las partes.

El GPS carece de un mecanismo legal propio en el que un reclamo por responsabilidad puede ser procesado. Pero si bien la inmunidad soberana (*sovereign immunity* en inglés) impide reclamaciones por daños y perjuicios contra el gobierno de los Estados Unidos, existen varias leyes bajo las cuales los Estados Unidos ha renunciado a tal inmunidad. La ley más significativa es la Ley Federal de Reclamaciones por Daños (FTCA por sus siglas en inglés).⁵² De acuerdo a la FTCA el gobierno (de los Estados Unidos) ha renunciado a su inmunidad por reclamos de responsabilidad pecuniaria cuando el daño es causado por un acto u omisión culpable o ilegal de un empleado del gobierno quien actúa dentro del ámbito de sus funciones.⁵³ Las reclamaciones deben ser presentadas ante una corte federal, pero la responsabilidad se establece de acuerdo a la ley de la jurisdicción donde el hecho ocurrió. Sin embargo, hay tres excepciones relativas a la renuncia de inmunidad soberana por parte de los Estados Unidos.

La primera área en la que el gobierno de los Estados Unidos no ha renunciado a su inmunidad es cuando la acción gubernamental implica una función discrecional del gobierno.⁵⁴ Epstein destaca que los precedentes judiciales han establecido que esta función discrecional es diferente a funciones operativas.⁵⁵ En el caso del GPS, una vez que el gobierno de los Estados Unidos suministra la señal del GPS para un propósito en particular, puede ser responsable si una falla operacional de la señal es la causa próxima de un accidente (por ejemplo la degradación culpable de la señal sin aviso a los usuarios civiles).

52. 28 U.S.C. § 1346(b) (2000). *Ver generalmente* Jonathan M. Epstein, *Global Positioning System (GPS): Defining the Legal Issues of Its Expanding Civil Use* [*El Sistema de Posicionamiento Global (GPS): Definiendo los Problemas Legales de su Creciente Uso Civil*], 61 J. AIR L. & COM. 243 (1995).

53. 28 U.S.C. § 1346(b).

54. 28 U.S.C. § 2680(a) (2000).

55. Por ejemplo, en *Ingham v. United States*, 373 F.2d 227, 237 (2nd Cir. 1967), *cert. denied* 389 U.S. 931 (1967), el Segundo Circuito sostuvo que la omisión de un controlador de tráfico aéreo en cuanto a proporcionar predicciones precisas de clima era la causa próxima de un accidente aéreo y que no se trataba de una función discrecional. El tribunal razonó que si bien el establecimiento de un sistema de control de tráfico aéreo era una acción discrecional, una vez que el sistema se establece, los empleados estaban requeridos a actuar de una manera razonable y que el gobierno era responsable por la omisión de tal actuación. Epstein, *supra* nota 51, en 265. *Ver también* Brandon Eric Ehrhart, *A Technological Dream Turned Legal Nightmare: Potential Liability of the United States under the Federal Tort Claims Act for Operating the Global Positioning System* [*Un Sueño Tecnológico Convertido en una Pesadilla Legal: Responsabilidad Potencial de los Estados Unidos bajo la Ley Federal de Reclamaciones por Actos Ilícitos al Operar el Sistema de Posicionamiento Global*], 33 VAND. J. TRANSNAT'L L. 371, 391-415 (2000) (analizando la jurisprudencia sobre la excepción de la Función Discrecional de la FTCA).

Sin embargo, el problema en el contexto del GPS sería si la decisión correspondiente que conlleva a un hecho dañoso es tomada por un alto funcionario público o por un operario de computadoras de bajo rango.⁵⁶ Ehrhart opina que en una situación en la que la culpa resulta de la errada carga de datos de la estación estadounidense hacia el satélite, y dado que la carga de datos del GPS no está basada en el juicio subyacente de otra persona, quien toma decisiones sería el operario quien realiza la carga de los datos.⁵⁷ En tal caso, es relevante considerar el ámbito y tipo de poder discrecional concedido al empleado.⁵⁸ Mientras más amplio sea el ámbito, más serán las posibilidades de que sus funciones sean vistas como discrecionales. Asimismo, si el proceso decisorio implica consideraciones de interés público de parte de un alto funcionario llamado a tomar decisiones, o sirve a una función pública especial, también podrá ser vista como una función discrecional.⁵⁹

Un operario de GPS estaría simplemente siguiendo un procedimiento previsto para enviar datos a los satélites, cuyo proceso no requiere de amplias consideraciones de interés público.⁶⁰ Asimismo, es improbable que el operario sea un funcionario de superior jerarquía.⁶¹ Sin embargo, como quiera que Ehrhart considera al GPS principalmente al servicio de funciones militares, él considera que las actuaciones del operario del GPS sirven a una función gubernamental especial, relevando al gobierno de los Estados Unidos de reclamaciones por responsabilidad.⁶² En mi opinión, la visión de Ehrhart fue probablemente influenciada por una práctica del GPS previa al 2000 de acuerdo a la cual su señal civil había sido voluntariamente degradada por el gobierno de los Estados Unidos para preservar la integridad de las señales militares. Sin embargo, ahora que los niveles de las señales para civiles y militares son iguales y el que uso civil del GPS se está acelerando, hay una tendencia para apreciar la administración del GPS como una función comercial en lugar de una función gubernamental especial. De cualquier manera, Ehrhart indica que los tribunales en los Estados Unidos podrían aún respaldar a su gobierno y así desestimar reclamaciones porque las mismas podrían forzar al gobierno a revelar información crucial acerca de la operación del GPS que podría tener implicaciones militares y de seguridad.⁶³

La segunda área donde el gobierno de los Estados Unidos no ha renunciado a su inmunidad involucra demandas surgidas en un país

56. Ehrhart, *supra* nota 54, en 416.

57. *Id.* en 419–20.

58. Ehrhart aplica el estándar Berkovitz de Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531, 538 (1988). Ver Ehrhart, *supra* nota 54, en 417–20.

59. *Id.* en 417–18.

60. *Id.* en 419.

61. *Id.* en 420.

62. *Id.* en 422–23.

63. Ehrhart, *supra* nota 54, en 422–23.

extranjero,⁶⁴ lo cual conlleva a una interrogante sobre el rango de una reclamación surgida de un accidente o pérdida sufridos en un país distinto a los Estados Unidos. El tema crucial es el significado de la palabra “surgiendo” (*arising* en inglés). Puede que (tal término) no se esté refiriendo siempre a la escena del accidente o donde un daño ha ocurrido, sino donde ocurre el error que causa tal daño. Esta posición es avalada por precedentes judiciales,⁶⁵ lo cual sugiere que una reclamación pueda ser propuesta en contra del gobierno de los Estados Unidos si, por ejemplo, el error que causa el accidente o daño ocurre en la estación de GPS en los Estados Unidos al transmitir datos a los satélites.⁶⁶

La tercera área se relaciona a daños causados como consecuencia de actividades de combate de las fuerzas armadas durante tiempo de guerra.⁶⁷ Esta excepción puede absolver completamente al gobierno de los Estados Unidos de responsabilidad bajo la FTCA si degrada o desconecta la señal del GPS en momentos de emergencia nacional.⁶⁸

De esta manera, una reclamación de responsabilidad en contra del gobierno de los Estados Unidos podría ser legalmente procedente bajo la FTCA. Sin embargo, el establecimiento de la causa del daño como consecuencia de la integridad de la señal del GPS puede ser difícil de demostrar bajo la ley,⁶⁹ especialmente para un demandante privado. El prospecto de una larga y costosa batalla judicial en un tribunal extranjero podría también desestimular muchos demandantes no estadounidenses. La disponibilidad de datos históricos respecto de la señal, lo cual tiene implicaciones directas de transparencia, tendrá también un gran impacto en la posibilidad de éxito del demandante.

Así como la FTCA existen otros mecanismos para presentar una reclamación en contra del gobierno de los Estados Unidos.⁷⁰ Epstein se

64. 28 U.S.C. § 2680(k) (2000).

65. *Ver In re Paris Air Crash of Mar. 3, 1974*, 399 F. Supp. 732 (C.D. Cal. 1975), en el cual el hecho de que un accidente aéreo ocurrió en Francia no excluyó una demanda en los Estados Unidos porque el “acto” (aprobación errada de un certificado de inspección) ocurrió, según se alegó, en California. *Ver también* Epstein, *supra* nota 51, en 265–66; Ehrhart, *supra* nota 54, en 386–89 (análisis de una lista de casos incluyendo *United States v. Spelar*, 338 U.S. 217, 218–19 (1949), *Richards v. United States*, 369 U.S. 1, 3 (1962) y *Sami v. United States*, 617 F.2d 755, 757 (D.C. Cir. 1979), que sostuvo que el correspondiente “surgiendo” (*arising* en inglés) se refiere al situs del acto culpable y no al locus de los daños).

66. Ehrhart, *supra* nota 54, en 390–91.

67. 28 U.S.C. § 2680(j) (2000).

68. Epstein, *supra* nota 51, en 266.

69. *Id.*

70. *Ver id.* en 266–67 para las demandas permisibles bajo Suits in Admiralty Act [Ley de Demandas en el Derecho Marítimo], 46 U.S.C. app. §§ 741–52 (1988), *abrogada por* Pub. L. No. 109–304, § 6(c), 120 Stat. 1517 (2006), contra actos u omisiones culpables o ilícitas de los estados, que pueden ser relevantes en los accidentes marítimos o pérdidas causadas por culpa en el manejo del GPS.

refiere a la Ley de Reclamos Extranjeros (FCA por sus siglas en inglés)⁷¹ y a la Ley de Reclamos Militares (MCA por sus siglas en inglés).⁷² Estas dos leyes no renuncian a la inmunidad soberana *per se*, sino que proveen a los particulares de mecanismos administrativos para presentar reclamaciones por daños causados por las fuerzas armadas de los Estados Unidos. La FCA permite a las dependencias públicas acordar arreglos transaccionales respecto de demandas de habitantes de países extranjeros por daños no relacionados a combate causados por empleados civiles de los servicios armados de los Estados Unidos, sea o no que tales empleados estén actuando dentro del ámbito de su investidura oficial. Si bien los Estados Unidos ha sido muy liberal al pagar reclamos, el gobierno no tiene la obligación legal de hacerlo de esa forma. La MCA provee de un recurso legal similar para aquellos ciudadanos de los Estados Unidos y otros a quienes la FCA no les es aplicable, pero típicamente las entidades públicas han requerido que el miembro de las fuerzas armadas que cause el daño estuviese actuando en su condición oficial, actúe culpablemente y que la actuación no fuese una función discrecional.⁷³ En forma general, estas leyes no garantizan indemnización por responsabilidad generada por la inadecuada operación del GPS y están confinadas a situaciones relativas a las fuerzas militares.

Epstein evalúa si bajo el derecho internacional hay forma de medir la responsabilidad legal de los Estados Unidos por la inadecuada operación del GPS. Si bien no existe un tratado multilateral de aplicación directa que permita declarar a los Estados Unidos responsables por daños causados por una señal incorrecta,⁷⁴ el Convenio Sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales de 1972⁷⁵ prevé responsabilidad, sin necesidad de demostrar culpa, sobre quienes coloquen objetos en el espacio, cuando tales objetos causen daños en la superficie de la tierra o a aeronaves en vuelo.⁷⁶ Es improbable que esta Convención sea de utilidad para reclamantes porque la redacción de la Convención, las deliberaciones sobre la misma, así como comentaristas, sugieren que la Convención fue ideada para cubrir solamente daño físico directo a la superficie de la tierra causado por un vehículo de lanzamiento defectuoso o por un vehículo espacial o satélite que no se incinerase al reentrar a la atmósfera.⁷⁷ Los redactores no tuvieron la intención de incluir el tipo de daños causados por el GPS, lo cual es reforzado por el hecho de que en 1972 el GPS no existía.

71. 10 U.S.C. § 2734 (2000).

72. 10 U.S.C. § 2733 (2000).

73. Epstein, *supra* nota 51, en 268.

74. *Id.* en 268.

75. *Ver generalmente* Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, Mar. 29, 1972 [Convención sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, 29 de marzo de 1972], 24 U.S.T. 2389, 961 U.N.T.S. 178, 1972 U.S.T. LEXIS 262.

76. 1972 U.S.T. LEXIS en 5.

77. Epstein, *supra* nota 51, en 269.

Los documentos del Congreso también indican que los Estados Unidos interpretaron la Convención excluyendo “daños indirectos” o “interferencia electrónica.”⁷⁸ Hurwitz también expresa dudas en cuanto si la Convención podría aplicar a daños pecuniarios causados por satélites de transmisión directa o por el uso de sensores remotos para explotar recursos naturales de otro país.⁷⁹ Incluso, si una interpretación favorable a los reclamantes fuese adoptada, la Convención todavía jugaría un papel limitado para los mismos porque, primero, el gobierno de los Estados Unidos se podría rehusar a cumplir la Convención en base a preocupaciones de abrir las puertas a un sinnúmero de demandas y, segundo, sólo los países signatarios (de la Convención) podrían presentar demandas, no particulares.⁸⁰

En cuanto a Galileo, un esquema de pólizas de seguro podría ser el mecanismo primario de responsabilidad legal. Sin embargo, riesgos no asegurados podrían llevar a controversias entre la Autoridad y el Concesionario en cuanto quién debe asumir responsabilidad por los mismos. Tal como fue previamente objeto de especulación, el contrato podría tener una cláusula de resolución de controversias mediante arbitraje. En tal caso, interrogantes surgen en cuanto al mandato y a la legitimidad de los árbitros que tomarían tan importantes decisiones relativas a responsabilidad legal sobre una entidad administrativa con influencia e impacto tan extensivo en las vidas de las personas. Podrían existir interrogantes adicionales sobre ante quién los árbitros son a su vez responsables, y el arbitraje también podría tener implicaciones de participación del público, así como de transparencia, especialmente cuando es llevado a cabo en privado y bajo expertos comerciales privados en lugar de jueces. Tal problema podría ser resuelto si el contrato estableciese procedimientos breves para el establecimiento de tribunales especiales europeos en caso de controversias.

Otro punto aún por resolverse es la extensión de la responsabilidad legal por parte de los sub-contratistas. El esquema de pólizas de seguro de Galileo tiene que incluir la responsabilidad incurrida por un sub-contratista y de esta forma prevenir que los consumidores perjudicados se vayan con las manos vacías.

78. Epstein, *supra* nota 51, en 269 (citando Kevin K. Spradling, *The International Liability Ramifications of the U.S. NAVSTAR Global Positioning System* [Las Ramificaciones Internacionales por Responsabilidad del Sistema de Posicionamiento Global NAVSTAR de los EE.UU.], en PROCEEDINGS OF THE THIRTY-THIRD COLLOQUIUM ON THE LAW OF OUTER SPACE [RESULTAS DEL TRIGÉSIMO TERCER COLOQUIO SOBRE EL DERECHO DEL ESPACIO EXTERIOR] 93, 97 (1990)).

79. BRUCE A. HURWITZ, STATE LIABILITY FOR OUTER SPACE ACTIVITIES IN ACCORDANCE WITH THE 1972 CONVENTION ON INTERNATIONAL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY SPACE OBJECTS [RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR ACTIVIDADES EN EL ESPACIO EXTERIOR DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN DE 1972 SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS CAUSADOS POR OBJETOS ESPACIALES] 18–19 (1992).

80. Epstein, *supra* nota 51, en 270.

Sin embargo, el arreglo contractual de Galileo agrega valor en cuanto a responsabilidad legal ya que se manifiesta a si mismo como un instrumento de derecho privado más accesible al público a través de tribunales domésticos o instituciones de arbitraje privado. Asimismo, tal método contractual provee de flexibilidad para seguir caminos innovadores para establecer responsabilidad legal en comparación con tener que lidiar con actores burocráticos bajo el régimen del GPS.

Otra forma de responsabilidad para Galileo podría ser la posibilidad de que la Autoridad ponga fin al contrato con el Concesionario por no observar las disposiciones que implementen intereses y valores públicos. Sin embargo, la factibilidad de tal opción es dudosa dado el extremadamente alto costo de capital y experticia técnica involucrados en el proyecto Galileo.

V. PARTICIPACIÓN NO DECISORIA

Participación no decisoria puede ser vista como parte de un mecanismo para establecer responsabilidad o un mecanismo que promueve capacidad de respuesta por parte de la entidad correspondiente y de esta forma promovería el establecimiento de responsabilidad. Típicamente involucra la posibilidad de participar en sesiones donde una decisión pendiente sobre un tema es discutido, así como la posibilidad de presentar argumentos, participar en las consultas iniciadas por una organización y la posibilidad de votar en la propia decisión. La participación puede incrementar la capacidad de respuesta de la organización al aportar nuevos puntos de vista e información sobre el tema. Dependiendo del contexto, podría sustituir o complementar mecanismos de imposición de responsabilidad.

A pesar de que a menudo es difícil analizar qué es lo que realmente cuenta como verdadera participación en el gobierno y control de entidades administrativas, respecto del GPS es un ejercicio relativamente sencillo porque el GPS no concibe ninguna clase de participación del público en su gerencia. Los puntos de enlace provistos por el GPS tal como el Departamento de Transporte y las sesiones del CGSIC se encargan de temas técnicos involucrados en la operación del GPS y no temas de gerencia, gobierno o control. Esta carencia emana primeramente de la percepción del gobierno de los Estados Unidos en cuanto a la naturaleza del GPS como un instrumento crucial de carácter militar.

En cuanto a Galileo, la forma y extensión de la participación del público dependería de los términos del contrato. Esto implicaría interrogantes en cuanto a la forma de participación y quién tendría el derecho de hablar en nombre de los usuarios en los foros públicos de participación y sesiones de consulta garantizados contractualmente. Sin embargo, una carencia es ya evidente en este respecto—no ha habido participación directa del público en el diseño del contrato, lo cual podría haber permitido una más amplia participación del público para dar forma a los términos del contrato y a la

evaluación de su desempeño. Este aspecto es especialmente importante en cuanto a que este contrato sería difícil de ser repudiado por alguna de las partes debido al alto costo de capital y experticia involucrados. Aún más, ambos, GPS y Galileo, encontrarían dificultades para proveer mecanismos de participación de usuarios extranjeros, y mucho menos usuarios domésticos.

La posibilidad de presentar demandas legales en contra del gobierno de los Estados Unidos y en contra de la Autoridad Supervisora/Concesionario de Galileo podría verse como una forma de participación. Pero el estrecho ámbito de la FTCA y los previsiblemente extensos y costosos procedimientos legales también socavarían tal mecanismo de participación.

Otro gran dilema en cuanto a participación no decisoria para los sistemas PNT es respecto a la experticia técnica requerida por tales sistemas. La Complejidad técnica involucrada es tal que la deliberación razonada sobre su estructura de gobierno rápidamente encuentra problemas tecnológicos. Esto requiere de una sociedad civil pujante que intercambie interrogantes y respuestas para traducir estos problemas técnicos a una forma fácilmente comprensible por los usuarios.⁸¹

VI. TRANSPARENCIA

Transparencia puede también ser vista como parte de un mecanismo de responsabilidad o simplemente como una medida que promueve la capacidad de respuesta de la entidad correspondiente y de esta manera promueve responsabilidad. Transparencia provee información necesaria al público para evaluar el desempeño⁸² y para tomar acciones correctivas, así como también promover presión de entorno, de reputación y de mercado. También permite diálogo permanente sobre el papel de entidades administrativas particulares en el mundo. Sin embargo, también es importante que existan medios disponibles para que tal información sea interpretada en una forma fácilmente entendible por el público. Esto requiere, de nuevo, un papel activo de parte de la sociedad civil.

La estructura de gobierno y control del GPS también revela carencias en cuanto a transparencia. Debido a la percepción de su naturaleza como un instrumento militar, ningún reporte de las reuniones del Comité es hecho público. Respecto a los proyectos y planes de uso del GPS por cada Departamento, el Comité de Política Nacional solo prevé que el Departamento suministre información apropiada a la Oficina de Coordinación del Comité para asegurar transparencia entre las distintas agencias sobre el sistema PNT, pero no menciona nada sobre transparencia hacia el público.⁸³ Podría ser posible que la transparencia sea promovida por cada Departamento

81. Keohane, *supra* nota 46, en 85.

82. Buchanan & Keohane, *supra* nota 47, en 427-28.

83. Ver Política PNT, *supra* nota 13.

al hacer que la información del uso y manejo de la tecnología GPS en sus proyectos sea disponible, pero aún no revelaría información sobre la desbordante estructura de gobierno, control y manejo del sistema GPS en el Comité.

De otro lado, la asociación público-privada de Galileo enfrenta implicaciones negativas en cuanto a transparencia debido a la cláusula de confidencialidad en el contrato. Si bien información comercial y técnicamente sensible necesita protegerse por medio de confidencialidad, es importante que el contrato especifique mecanismos de información relativos a aspectos de gobierno, control y operación que sean puestos a disposición del público. Tal información puede incluir reportes de auditoría y reportes financieros del Concesionario, lo cual también tendría un impacto positivo sobre responsabilidad fiscal.

Hay algunos estándares que pueden sumar en beneficio de la transparencia bajo el Derecho Administrativo Global para ambos, GPS y Galileo. Primero, el monitoreo del desempeño por medio de las entidades y por medio de terceras partes independientes y la disponibilidad de los resultados haría el sistema más transparente. Como fue analizado antes, el gobierno de los Estados Unidos ha monitoreado solamente las señales militares y no ha utilizado estaciones civiles independientes de monitoreo. Sólo cuando el Comité adopte las recomendaciones del Reporte en cuanto al monitoreo de las señales civiles por el gobierno, así como por estaciones civiles independientes de monitoreo, el mismo dará satisfacción a este particular estándar de transparencia. De otro lado, Galileo promete monitoreo regular sobre cada señal, y dado a que es una asociación público-privada se espera que haga uso de estaciones civiles independientes de monitoreo.

Segundo, debe haber un estándar de referencia claro que sirva para medir el desempeño (en términos de integridad de la señal, entre otros) respecto del cual la información proveniente del monitoreo pueda ser comparada y su cumplimiento pueda ser medido. Hace muchos años atrás el gobierno de los Estados Unidos estableció, por medio de sus propios expertos, su propio Estándar Civil de Desempeño (*Civil Performance Standard* en inglés). Galileo planea formular un estándar internacionalmente aceptable discutiendo ello con las organizaciones internacionales y autoridades nacionales correspondientes. Poniendo de lado su factibilidad técnica, el Estándar Civil de Desempeño puede carecer de objetividad a los ojos de los usuarios, y el GPS debería formular el estándar internacional de desempeño en cooperación con Galileo y otras partes relacionadas. Los resultados de la medición de desempeño contra este estándar deberían estar disponibles por parte del público: el Reporte recomienda que el Comité de PNT debe producir una evaluación semanal de sus señales y el contrato de Galileo debería también adoptar este requisito.

Es importante destacar que el problema en cuanto a experticia también existe respecto a transparencia. La complejidad normativa como resultado de los aspectos tecnológicos involucrados significa que la disponibilidad de información no es fácil de traducir en dialogo razonado y en posibilidad de supervisión política o judicial, sin mencionar al público en general. El papel de la sociedad civil es de nuevo especialmente importante en el contexto de PNT por cuanto la disparidad en la relación de poder entre los Estados Unidos y la Unión Europea de un lado, y el resto del mundo, del otro lado, es tal que sus lagunas no son fáciles de llenar a través de ningún medio razonable.

VII. LEGITIMIDAD

Legitimidad no es parte de los mecanismos de responsabilidad. Un balance adecuado de responsabilidad puede llevar a percepciones de legitimidad de una entidad administrativa. Pero puede ser útil discutir la legitimidad del GPS y de Galileo, tal como son vistos por el público, para propósitos de este artículo.

Las condiciones de legitimidad cambian constantemente así como los estándares y contextos también están sujetos a cambio todo el tiempo. Cuando la percepción de legitimidad se incrementa el apoyo del público a la entidad también se incrementa.⁸⁴ Hasta la llegada de Galileo, la legitimidad importaba muy poco para el GPS porque los usuarios no podían sustraerse del monopolio del GPS. Pero el advenimiento de Galileo abre una nueva era de lucha por la legitimidad en el campo de PNT bajo el Derecho Administrativo Global.

Es también importante destacar que ser legítimo y ser percibido como legítimo son cosas diferentes.⁸⁵ Esto último puede ser tan crucial como lo primero. Por ejemplo, si bien la actual estructura y estatus del GPS puede ser legítimo por su carácter militar, irónicamente su propio carácter militar lleva al público a percibir la estructura de gobierno y control del GPS como algo menos que legítimo. El mismo aspecto puede también aplicar a Galileo. Si bien el gobierno y control por intermedio de un contrato puede ser legítimo reflejo de la asociación público-privada, también puede llevar al público a percibir que la Unión Europea está más preocupada en intereses económicos que en intereses públicos.

Un requisito en cuanto que la entidad correspondiente reciba acreditación por parte de una organización independiente también puede promover legitimidad en el sistema. El Comité de PNT tiene su propia Junta Consultiva proveniente de la NASA, la cual podría no ser totalmente independiente pero al menos proveería una acreditación de alto nivel al

84. Buchanan & Keohane, *supra* nota 47, en 406.

85. *Id.* en 407.

sistema GPS. El contrato de Galileo necesitaría confiar esta tarea a la Agencia Espacial Europea. Como quiera que el tema involucra una materia altamente técnica es difícil encontrar una organización independiente adecuada que sirva para acreditar el sistema. Esto de nuevo revela el contexto único de los sistemas PNT desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global.

VIII. ESTRUCTURAS ALTERNATIVAS DE GOBIERNO Y CONTROL PARA GNSS

Hay muchas variables que explican el desarrollo, adopción y funcionamiento de distintos mecanismos de responsabilidad en el contexto del GPS y de Galileo. Entre ellos está la competitividad en el campo de los PNT. Mientras la posición del GPS sea más competida por Galileo, será más probable que el GPS valore más la expectativa del público por responsabilidad y viceversa. Otra variable de explicación es la capacidad de voluntad por parte de los usuarios. El costo de oportunidad de salir del campo del PNT determina cuánta presión los usuarios pueden imponer sobre GPS y sobre Galileo para que éstos asuman responsabilidad.

La deferencia hacia la estructura interna de una entidad administrativa en particular es también una variable explicativa importante. Para el GPS más deferencia prestada a su carácter militar interno implica que es más probable que sea acaparado por una división (el Departamento de Defensa) en lugar de ser capaz de servir y acomodar una más amplia variedad de perspectivas e intereses. Igualmente para Galileo, más deferencia prestada a su Concesionario y a los intereses económicos significa que es más probable que el mismo sea acaparado por el Concesionario, posiblemente a las expensas de los intereses públicos.

La última variable explicativa a ser mencionada es la de avance tecnológico, la cual implica un mercado no equilibrado. El nivel de avance tecnológico disponible en este momento puede determinar la extensión de responsabilidad posible o potencial. Por ejemplo, en los años 90, el nivel de avance tecnológico fue tal que el GPS, cercano a un monopolio (debido al entonces rápido decline del GLONASS de Rusia) pudo libremente ignorar llamados de responsabilidad, transparencia o participación pública. Sin embargo, con el desarrollo de la tecnología, otros actores están capacitados para ingresar en el mercado en condiciones relativamente iguales, y conllevando de esta forma a más respuestas a tales llamados.

Estas variables explicativas indican qué tipo de estructura de gobierno y control alternativa está disponible y es conveniente para el GPS, Galileo y GNSS en general. El surgimiento de Galileo y el resurgimiento de GLONASS de Rusia, así como el eventual desarrollo de sistemas de PNT por

India, China y otros países,⁸⁶ y acuerdos internacionales de cooperación que están siendo firmados entre Galileo/GPS y otros países en relación al desarrollo de proyectos relacionados,⁸⁷ requiere de cierta especulación respecto del futuro de GNSS⁸⁸ y de la estructura alternativa más conveniente de gobierno y control.⁸⁹ Entre las opciones disponibles existen dos que son las que más destacan, a saber, de un lado una estructura de gobierno y control a través de la libre competencia y de otro lado gobierno y control por intermedio de una institución multilateral.

El gobierno y control por intermedio de una institución multilateral tiene una apariencia atractiva. Como quiera que el GPS está anidado en un esquema de gobierno y control doméstico y Galileo lo está significativamente en intereses económicos por intermedio de una asociación público-privada, una institución multilateral puede llevarlos a un nivel relativamente transparente. Una institución multilateral estaría diseñada para hacer que los estados miembros sean responsables entre sí, y si falla en tal intento, en beneficio de extraños, al institucionalizar un patrón de interrogantes y haciendo posible retener aprobación de medidas coercitivas. Tal institución podría imponer una severa responsabilidad por medio de reputación sobre cada una. También tiene, típicamente, responsabilidad fiscal y de supervisión sobre estados miembros. Los altos gerentes usualmente estarían sujetos a responsabilidad electoral hacia tales estados. La responsabilidad legal también sería satisfecha, hasta cierto punto, con normas sobre responsabilidad

86. Por ejemplo, la Organización de Investigación del Espacio de la India anunció planes para construir un sistema de navegación de satélites independientes compatible con el GPS. *Ver Next-Generation Air Traffic Controlled by GPS [El Tráfico Aéreo de la Próxima Generación Controlado por el GPS]*, 17, no. 6 GPS WORLD 14, 17 (2006), disponible en <http://www.nxtbook.com/nxtbooks/questex/gps0806/index.php> (última visita el 22 de marzo de 2008).

87. Por ejemplo, los Estados Unidos firmó una declaración conjunta con Japón el 18 de noviembre de 2004 y con Rusia el 14 de diciembre de 2004. Ripple & Vidal, *supra* nota 9, en 411. El acuerdo con Rusia hace llamados de cooperación para mantener la compatibilidad y promover la interoperabilidad del GPS y del GLONASS para usuarios civiles en todo el mundo (aunque no se observan resultados visibles). *Id.*

88. Para un ejemplo de la opinión de un tercer estado en cuanto a unirse al GNSS—Galileo, *ver* Werner Enderle, Miles Moody, Yanming Feng & Andrew Parfitt, Initiatives of the Australian Cooperative Research Centre for Satellite Systems/Queensland University of Technology for the Involvement in the European GNSS—Galileo [Iniciativas del Centro Cooperativo de Investigación Australiano para los Sistemas de Satélite/Universidad de Tecnología de Queensland para la Participación en el GNSS Europeo—Galileo], disponible en <http://www.gmat.unsw.edu.au/gnss2004unsw/ENDERLE,%20Werner%20P228.pdf> (última visita el 23 de septiembre de 2007).

89. En forma notable, en junio del 2004, los Estados Unidos y la Unión Europea firmaron un acuerdo sobre cooperación entre GPS—Galileo, incluyendo una promesa de trabajar en la compatibilidad técnica entre los dos sistemas. Agreement on the Promotion, Provision and Use of GALILEO and GPS Satellite-Based Navigation Systems and Related Applications [Acuerdo sobre la Promoción, Previsiones y Uso del los Sistemas de Navegación basados en Satélites, GALILEO y GPS, y Usos Relacionados], 26 de junio de 2004, Hein's No. KAV 7214. En cuanto a cooperación/cohabitación futura entre el GPS y Galileo, *ver* Ripple & Vidal, *supra* nota 9, en 410.

previstas en la Convención. Aún más importante, una institución multilateral podría facilitar que los sistemas GPS y Galileo sean vistos como un “bien público internacional”.

Sin embargo, específicamente por tales razones de imposición de responsabilidad con énfasis en normas de responsabilidad, sería improbable que los Estados Unidos o la Unión Europea estén dispuestos a impulsar, para no mencionar unirse, a tal institución multilateral,⁹⁰ y así, cualquier institución multilateral sobre sistemas de GNSS sin los Estados Unidos o la Unión Europea carecería de sentido en el presente periodo. De esta forma, para el caso que una institución multilateral se diseñe a su medida, la garantía de proveer una señal civil continua a todos debe estar acompañada de excepciones específicas, como causas militares, según sugiere Bond.⁹¹ También habría necesidad de incluir el reconocimiento de que las señales de GNSS están sujetas a interrupciones que no pueden ser controladas por las naciones proveedores o usuarias, siendo que el proveedor no sería responsable por tales.⁹²

Si bien una institución multilateral con tal diseño podría atraer la participación de los Estados Unidos y la Unión Europea, en mi opinión su beneficio desde una perspectiva del Derecho Administrativo Global es altamente dudosa. Existe un problema de desigualdad inherente de poder entre los que tienen la tecnología y los que no la tienen. Si bien una institución multilateral puede lucir como incrementado el papel del Derecho Administrativo Global a través de un aumento aparente de la participación del público y de la transparencia, hay un riesgo significativo en mi opinión que todo el proceso esté sujeto a manipulación por parte de los “poderosos” en tal forma que sólo refleje sus intereses. La casi total eliminación de la posibilidad de exigir responsabilidad también fortalecerá e institucionalizará aún más esta relación de poder desigual, y la institución multilateral en el contexto del Derecho Internacional (en el que el concepto de derecho interno de prueba y corrección (*checks and balances* en inglés) es casi inexistente) tan sólo será reflejo de ello. El concepto de “bien público internacional,” aún cuando resulta y suena atractivo, es difícil de ser materializado aquí porque quienes producen el sistema PNT disfrutan, respecto de otras partes, de ventajas exclusivas de orden militar, económico y científico que derivan de la propiedad exclusiva del sistema PNT y a las cuales ellos no renunciarán.

De otro lado, gobierno y control por intermedio del libre mercado tiene beneficios potenciales. La cooperación internacional sobre estandarización y certificación de productos y servicios, así como la cooperación sobre evaluación de desempeño y monitoreo son alcanzables no sólo a través de una institución multilateral omnicompreensiva sino a través de una institución

90. Larsen, *supra* nota 3, en 117.

91. Bond, *supra* nota 28, en 449.

92. *Id.* en 450.

mucho menos significativa y específica en cuanto a su objeto tal como una oficina técnica conjunta,⁹³ la cual estaría sujeta a menos manipulación. Asimismo, al emplear un mecanismo de libre mercado pueden ser acomodadas, en una forma positiva, variables explicativas de mecanismos de responsabilidad mencionados con anterioridad desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global.

Por ejemplo, una estructura de gobierno y control de libre mercado crea responsabilidad de mercado que haría el ámbito de PNT más competitivo y sujeto a desafío que en el caso de una institución multilateral. Asimismo, desde la perspectiva de los usuarios, el costo de oportunidad de salir de un sistema no es tan enorme como lo sería bajo el gobierno y control a través de una institución multilateral porque en un mercado libre, Galileo o GPS probablemente proveerán una buena alternativa respecto uno del otro. Aún más, responsabilidad de mercado presionaría a los proveedores a prestar más atención a presiones externas que a su estructura particular interna, bien sea de carácter militar o de intereses privados económicos. El prospecto de competencia en un mercado lucrativo les disuadiría de usar sus estructuras particulares internas para evadir exigencias de más responsabilidad. Así, el carácter militar del GPS o la dificultad de exigir responsabilidad legal al GPS va a ser un problema de menor envergadura cuando la estructura de gobierno y control de los sistemas de GNSS lo dejen al mercado. Se espera que los usuarios comerciales (quienes estarían bien enterados de estas implicaciones) buscarían mejores alternativas en Galileo u otros futuros sistemas de PNT como parte del GNSS.

El desequilibrio de poder que emana de la propiedad de la tecnología podría no cambiar bajo mecanismos de mercado pero también sería el caso bajo una institución multilateral. Los usuarios son de alguna forma afortunados que al menos existen dos proveedores y se vislumbran más en el horizonte. El atractivo de un mecanismo de mercado reposa en su habilidad de desarticular a los “poderosos” y hacerlos competir unos contra otros, mientras que una institución multilateral sería más proclive a fomentar un club para “poderosos.”

IX. CONCLUSIÓN

Este artículo provee de una aproximación a las drásticamente contrastantes estructuras de gobierno y control del GPS y de Galileo. El GPS y el Galileo revelan, o pueden revelar, carencias en sus estructuras para alcanzar los dinámicos estándares de responsabilidad del Derecho Administrativo Global. Este artículo destaca la relación de poder desigual entre productores y usuarios, la cual deriva de la propiedad exclusiva de la

93. Ver Ripple & Vidal, *supra* nota 9, en 412.

tecnología, como factor determinante que da forma a la extensión de la responsabilidad alcanzada por productores y exigida por usuarios.

El análisis de los sistemas PNT provee de una enseñanza en cuanto a análisis bajo el Derecho Administrativo Global. La misma es que cada ámbito administrativo, industria y entidad es único y diferente. En los sistemas de PNT la complejidad de la tecnología y un mercado de duopolio con contrastantes estructuras de gobierno y control dieron forma a un análisis único. El Derecho Administrativo Global necesita hacer consciente esta cualidad única y en lugar de someterlos (a los sistemas PNT) a un ejercicio de aplicación estándar, necesita estar preparado para analizar el tema profunda y cuidadosamente para encontrar variables explicativas bajo la superficie de las estructuras.

Un último comentario sobre las carencias aparentes del GPS y Galileo en cuanto a estándares de responsabilidad es que el avance de la tecnología puede ser la única respuesta que puede ofrecer una solución completa. Por ejemplo, cuando la tecnología sea suficientemente avanzada, el GPS podría escapar a su carácter militar al desarrollar una señal militar totalmente segregada y fortalecida. Muchos otros países podrían formular sus propios sistemas de PNT, conllevando a la formación de sistemas de GNSS en un ámbito más igualitario. Será interesante ver cómo la tecnología ayudará al Derecho Administrativo Global a resolver los problemas de responsabilidad.

POSDATA

Para junio del 2007, fue recientemente anunciado que el Concesionario de Galileo rehusó suscribir el Contrato debido al excesivo costo involucrado y que la Unión Europea ha decidido invertir cien por ciento de fondos públicos en Galileo. Sin embargo, una parte del análisis antes realizado sobre asociaciones público-privadas puede ser todavía relevante para otros sistemas emergentes de PNT y provee de un modelo alternativo útil para comparar y contrastar cada sistema. También refleja lo que Galileo pudo haber sido y en lo que se convirtió en el contexto de las normas del Derecho Administrativo Global.

LAS TARJETAS COMO MEDIO DE PAGO Y COMO SERVICIO FINANCIERO EN ESPAÑA: ACERCA DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

*Immaculada Barral Viñals**

I.	LAS TARJETAS DE PAGO: MARCO NORMATIVO Y TIPOS.....	699
II.	LA TARJETA COMO “INSTRUMENTO DE PAGO DE ACCESO A DISTANCIA”: LAS TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS DE FONDOS.....	702
III.	LAS RELACIONES DEL TITULAR DE LA TARJETA CON EL BANCO Y CON EL VENDEDOR.....	704
IV.	EL PAGO CON TARJETA COMO “MODALIDAD DE PAGO”	706
V.	LAS TARJETAS DE PAGO COMO SERVICIO FINANCIERO.....	707
	A. <i>Acerca del Marco Normativo: El Cliente Bancario</i>	708
	B. <i>El Contrato de Emision a Distancia y La Operación de Pago a Distancia</i>	709
	C. <i>La Informacion en el Momento del Pago Con Tarjeta</i>	711
VI.	LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO.....	712
	A. <i>La Obligacion de Custodia por Parte del Titular</i>	712
	B. <i>La Responsabilidad del Emisor de la Tarjeta por Los Riesgos de Difusion y de Mal Funcionamiento del Sistema</i>	715
VII.	UN SUPUESTO ESPECIAL: EL PAGO CON TARJETA EN LAS VENTAS A DISTANCIA	717
VIII.	CONCLUSIONES.....	719

I. LAS TARJETAS DE PAGO: MARCO NORMATIVO Y TIPOS

No es raro oír hablar de las tarjetas como del “dinero de plástico”: su uso cada vez es más común y generalizado incluso para pequeñas cantidades; además, el progresivo aunque a veces algo lento despegue el comercio electrónico parece haber encontrado en este medio de pago su

* Immaculada Barral, PhD Derecho Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona; Miembro de la Academic Internacional de derecho Mercantil y del Consumidor; Presidenta del Colegio Arbitral de Consumo de Cataluña; Miembro del Grupo de estudio en derecho Privado, del Consumidor y nuevas Tecnologías; Ex-Vicedecana de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona. Investigaciones realizadas principalmente en el área de derecho Contractual, derecho del Consumidor, derecho de Daños y derecho Comparado.

El siguiente articulo esta siendo publicado en su formato original con la autorización del autor y no necesariamente adhiere a las reglas del THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (Columbia Law Review Ass'n et al. eds., 18th ed. 2007), ni a el estilo de formato de *ILSA Journal of International and Comparative Law*.

fórmula más simple, a pesar de que genere alguna desconfianza.¹ Pero este auge social contrasta con la parca regulación sobre la materia, que se limita a preceptos sueltos en el marco de la ordenación de otras instituciones.² En efecto, no hallamos en el ordenamiento español una regulación sistemática de la tarjeta de crédito ni de su uso como instrumento de pago. Sólo existen disposiciones dispersas, entre ellas, podemos destacar tres preceptos. Uno de los más significativos es el art. 106 del Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias –en adelante, *TRLUCU*-. Este artículo se refiere al pago con tarjeta de crédito en la venta a distancia que prevé la anulación del cargo y el reembolso de los cargos y gastos no autorizados, excepto fraude del titular. Otro precepto importante es el art. 12 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores –en adelante, *LCDSF*-, que contiene una norma parecida en el caso de contratación de servicios financieros a distancia. Finalmente, el art. 2.1.c., de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, incluye los créditos concedidos mediante tarjeta de crédito de su ámbito de aplicación. Ninguno de estos tres preceptos se refiere al concepto o al régimen jurídico aplicable a los pagos hechos mediante tarjeta: los dos primeros suponen una regla especial de responsabilidad por uso fraudulento de la tarjeta que tienen su razón de ser en el hecho de que el pago se realiza en un contrato a distancia, es decir, sin la presencia física de ambos contratantes. Por lo que se refiere al art. 2.1.c *LCC*, sirve para indicar que las tarjetas de pago pueden incorporar una concesión de crédito sometida a las normas generales sobre este tema.

Así, su regulación se limita a incidir sobre aspectos muy concretos que de ninguna forma resuelven los problemas jurídicos que ese instrumento plantea y que es claramente insuficiente. Esta desproporción se revela, además, preocupante, ya que existen conflictos en el uso de las tarjetas, especialmente en lo que se refiere a las consecuencias del uso fraudulento por terceros: pérdida, robo, firma de talones en blanco... que la jurisprudencia intenta solucionar aplicando las Recomendaciones sobre este tema que existen en el ámbito de la UE, a falta de normativa interna. Esta situación es, en parte, resultado del hecho de que España no posee un

1. Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación: SEJ 06/10554, El consumidor y el cliente de servicios: su protección y la responsabilidad del prestador; cuyo investigador principal es C.J. Maluquer de Motes.

2. Mientras este estudio se hallaba en fase de publicación, se ha publicado la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE DOCE 5 - 12 - 2007, que debe ser transpuesta antes de noviembre de 2009.

cuerpo normativo sobre contratos bancarios, en los que debería regularse, entre otros, las relaciones jurídicas que unen al titular de la tarjeta con el banco. Por ello, el objetivo de este trabajo es el análisis de las tarjetas como medio de pago, por lo que no podemos hacer referencia al cúmulo de problemas que plantea la tarjeta como instrumento de crédito.³ Pero antes de analizar aquél aspecto, debemos centrar el tema sobre los tipos de tarjetas.

Las tarjetas magnéticas llenan nuestros bolsillos y billeteros, pero no todas son jurídicamente iguales. En efecto, un primer tipo de tarjetas son las llamadas tarjetas de débito, cuya principal característica es que el cargo y el abono en cuenta se hacen de forma inmediata mediante transferencia electrónica de fondos. Efectivamente, este es el mecanismo que utilizan las tarjetas para realizar el pago y que analizaremos en el epígrafe 2, ya que es una de las características que la normativa comunitaria utiliza para definir este tipo de medio de pago. Es posible también que la tarjeta incorpore una concesión de crédito hasta cierto importe, lo que la convierte en el segundo tipo de tarjeta: la tarjeta de crédito. Este tipo básico de tarjeta de crédito ha evolucionado para crear la llamada tarjeta de débito diferido -o T & E-. Este tipo de tarjeta no incorpora un crédito, pero las operaciones realizadas se liquidan por periodos temporales, normalmente mensuales, que suponen un efecto similar al del crédito bajo la fórmula de anticipo del pago. Es actualmente una de las formas más utilizadas, en combinación con la concesión de crédito más allá del periodo de liquidación.

La última fórmula de tarjetas son las llamadas de prepago, donde, además, puede distinguirse entre las tarjetas de prepago de finalidad limitada o múltiple.⁴ Las primeras son las que se ofrecen en el ámbito de un determinado producto o empresa –tarjetas de teléfono, por ejemplo- en ellas el emisor de la tarjeta y el proveedor del bien o servicio son la misma persona. Las segundas permiten actuar en relación a un grupo abierto de proveedores que la admiten, y han alcanzado recientemente gran difusión, es por ejemplo, el caso de las tarjetas monedero.

La mayor parte de tarjetas que hemos comentado, a excepción de las de prepago de finalidad única, además de la característica común de servir como medios de pago, tiene otra señal que las identifica: son tarjetas bancarias, es decir, emitidas o bien controladas por una entidad financiera.⁵ Pero también podemos hablar de otro tipo de tarjetas que no son bancarias, nos estamos refiriendo a las tarjetas de compra o de cliente o privadas. Son aquellas tarjetas de las empresas comerciales que sólo pueden

3. Sobre esta importante cuestión, puede consultarse BARUTEL MANAUT, C., *Las tarjetas de pago y crédito*, Barcelona, 2001, pág.491 y ss.

4. Seguimos la terminología que ofrece BERNAL JURADO, E., *El mercado español de tarjetas de pago bancarias*, Madrid, 2001, pág. 56 y ss, que es la del European Central Bank (1999).

5. Sobre esta distinción cfr. BARUTEL, *op.cit.*, pág. 104 y ss.

utilizarse en las empresas que les gestionan y, a pesar de que no son bancarias, pueden incorporar instrumentos de crédito mediante una sociedad financiera que las gestione, de forma que a los efectos de tratar las tarjetas como medio de pago no ofrecen ninguna particularidad, y un mismo régimen jurídico es predicable de todas ellas porque hay una característica común: son instrumentos de pago. Por esta razón, no nos interesan ahora aquellas tarjeta que, siendo tarjetas de cliente en el seno de empresas o grupos comerciales, su única función es la fidelización de los clientes a través de la concesión de ventajas comerciales –puntos, descuentos...-. En este caso, la tarjeta es un puro instrumento de control de compras de cada cliente que no sirve para el pago, ni se relaciona nunca con transferencias electrónicas de fondos. Este tipo de tarjetas es, en realidad, un instrumento de promoción de ventas, cuyo control debe hacerse a través de los arts. 18 y ss. de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en cuanto puedan incorporen ofertas especiales, rebajas o bien promociones con premios o sorteos.

Hecha esta última salvedad, y como afirma GETE-ALONSO CALERA,⁶ las llamadas “tarjetas de crédito” tienen como función principal la de ser un medio de pago que es casi la única característica predicable de todas ellas, por eso deberían denominarse tarjetas de pago. En realidad, es esta su principal función y la que permite hallar un denominador común a los distintos tipos de tarjetas que existen. Por esta razón, y de forma claramente intencionada, hemos usado la expresión “las tarjetas como medio de pago” en el título de este trabajo.

II. LA TARJETA COMO “INSTRUMENTO DE PAGO DE ACCESO A DISTANCIA”: LAS TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS DE FONDOS

Al contrario de la legislación española, que no tiene un cuerpo normativo sobre las tarjetas de pago, existe una regulación más sistemática en el marco de la Unión Europea aunque no vinculante porque se trata de meras Recomendaciones. En efecto, el llamado Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, en la Recomendación 87/589/CEE (DOCE L365, de 24 diciembre de 1987) es el primer texto en este sentido. Está pensado para tarjetas tangibles y no aborda el cúmulo de problemas del pago on-line. Por este motivo, aunque contiene disposiciones interesantes, aparece algo desfasado y la Comisión está pensando en actualizarlo para establecer un marco preciso para las relaciones entre los llamados “aceptantes” y adquirentes de medios de pago electrónico. Sin derogar estos instrumentos, la Unión Europea ha publicado, mientras este estudio se hallaba en fase de publicación, una Directiva sobre medios de pago que los regula de forma detallada y sistemática, aunque manteniendo

6. GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Las tarjetas de crédito*, Madrid, 1997, pág. 22.

lo fundamental de la explicación que aquí se formula. La Directiva deberá ser transpuesta al ordenamiento interno como máximo el 1 de noviembre de 2009.⁷

La Recomendación 88/590/CEE de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (Diario Oficial n° L 317 de 24/11/1988). Supone un planteamiento muy similar al de la Recomendación de 1987, sobre obligaciones y responsabilidades de las partes, pero se ha visto superada por las previsiones de la segunda Recomendación que ya tiene en cuenta el pago electrónico en redes abiertas de comunicación. Por esta razón, el texto más interesante ya que aborda claramente los problemas del pago con tarjeta on-line es la Recomendación 97/489/CE, de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas por medio de instrumentos electrónicos de pago –en adelante, R 97-. Su virtualidad radica también en que tiene en cuenta otras realidades como el denominado dinero electrónico y es la que marca algo la pauta de las decisiones judiciales. Además, muchas de sus previsiones –la limitación a 150 € de la responsabilidad del titular en caso de uso fraudulento-, es práctica habitual en los contratos de emisión de tarjeta-.

Por este motivo, parece necesario acudir a esta normativa ya que este recurso es especialmente útil ya que nos ofrece una descripción de cómo funciona. El pago con tarjeta es uno de los supuestos de transferencia electrónica de fondos –TEF-, es decir, de operaciones que consisten en el traspaso de fondos de una cuenta a otra que realiza la función de efectuar pagos sin desplazamiento material de dinero. Jurídicamente se basan en un contrato de cuenta corriente y en un contrato de mandato.⁸ Esta noción puede perfilarse con la que maneja GIANNANTONINO: este tipo de transferencias funcionan mediante la orden de transferir dinero de una persona a otra comunicadas y realizadas únicamente a través de medios electrónicos.⁹ Son, pues, órdenes de pago que el cliente envía al banco y que éste cumple mediante su red de comunicación computerizada que produce una transferencia inmediata de fondos.¹⁰

7. Se trata de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE DOCE 5 - 12 - 2007, que fue publicada mientras este artículo se hallaba en fase de publicación y que debe ser transpuesta antes de noviembre de 2009.

8. CARRASCOSA-POZO-RODRIGUEZ, La contratación informática, el nuevo horizonte contractual, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 38 y ss.

9. GIANNANTONIO, "Transferimenti elettronici di fondi e adempimento", *Foro italiano*, 1990, V, 165, pág. 124.

10. MALAGUTTI, "I trasferimenti elettronici di fondi in Italia: spunti da una analisi comparata", in *Contrato e Impresa*, 1991, pág. 1073.

En efecto, la Recomendación 97/489/CE da un concepto indirecto en función de dos datos:

- **Funcionalidad:** aquellos instrumentos que permitan las TEF no ordenadas por entidades financieras, y la retirada de dinero en efectivo, en todas sus modalidades (ex art. 2.a). La idea de definirlos mediante su funcionalidad responde al hecho que es posible encajar nuevos sistemas técnicos que estarán sometidos al mismo régimen jurídico si tienen la misma funcionalidad. (Sería el principio de la neutralidad técnica que se predica en el ámbito de la firma electrónica).
- **Tipo:** se atribuye la funcionalidad descrita a dos tipos de instrumentos de pago: el dinero electrónico; o los instrumentos de pago de acceso a distancia: el «instrumento de pago de acceso a distancia» es un instrumento que permita a su titular acceder a los fondos de su cuenta en una entidad, por el cual se autoriza el pago a un beneficiario, operación que normalmente exige un código de identificación personal o cualquier otra prueba similar de identidad. Quedan incluidas, en particular, las tarjetas de pago, tarjetas de crédito, de débito, de débito diferido o tarjetas T& E) y los servicios de telebanco y de banca a domicilio.

Esto quiere decir que la Recomendación crea un régimen diferente para el dinero electrónico, por qué su forma de funcionar es necesariamente diferente. De hecho, bajo la denominación “instrumento de pago de acceso a distancia” se comprenden la mayoría de tipos de pago electrónico. Aquello que queda excluido de la recomendación es el pago mediante cheques, y la función de garantía de determinadas tarjetas en relación con lo pago mediante cheques que, por otra parte, no se el tema que ahora nos ocupa.

Esta forma de funcionar de las tarjetas implica la presencia de una relación de mandato entre el banco y el ordenando; y el vendedor es el tercer beneficiario, como consecuencia de un contrato de valor que es aquel al cual sirve de pago. Esta relación comporta normalmente también la de cuenta corriente, que es el depósito bancario del que se obtienen los fondos para el pago. A estos tres órdenes de relaciones vamos a referirnos en el epígrafe siguiente.

III. LAS RELACIONES DEL TITULAR DE LA TARJETA CON EL BANCO Y CON EL VENDEDOR

El pago con tarjeta de crédito supone una relación a tres bandas en la que interviene el titular de la tarjeta, el banco que la gestiona o emite, y el acreedor del pago —es decir, el proveedor de los bienes o servicios unidos

por el esquema de la delegación de la deuda según doctrina autorizada.¹¹ En efecto, el pago mediante tarjeta comporta un cambio de deudor: el deudor inicial es el titular de la tarjeta que adquiere el bien o servicio, pero se convierte en deudor el banco que la ha emitido frente al acreedor o vendedor que, además, es un establecimiento adherido al sistema. Técnicamente, se trata de un supuesto de modificación de la obligación de pago que implica tres tipos de relaciones:

- Entre el primer deudor y el acreedor se establece la llamada relación de valuta, es decir, el contrato de adquisición de bienes y servicios que pone en marcha el mecanismo del pago con tarjeta. Es el contrato material que justifica el pago y no ofrece mayores especialidades.
- Primer y segundo deudor: la relación entre ellos es de mandato, y el segundo deudor asume la deuda con efectos liberatorios para el primer deudor. La delegación exige la existencia de una llamada relación de cobertura que explique porqué el segundo deudor asume la deuda. En el caso de la tarjeta, la relación de cobertura se halla en el contrato de depósito de fondos que el titular tiene con el banco, frecuentemente, bajo la forma de contrato de cuenta corriente. La relación de mandato y las condiciones en qué el pago será realizado por el banco se establecen entre ambos en el llamado contrato de emisión o utilización de tarjeta bancaria. Por esto es un servicio financiero, como veremos en el epígrafe 5.
- Entre el segundo deudor y el acreedor: el acreedor debe autorizar el cambio de deudor, es decir, debe admitir la modificación de su crédito. Esta autorización se realiza ex ante al ingresar en el sistema de pagos mediante lo que se denomina contrato de afiliación. En él se fija una estipulación a favor de tercero (art. 1257CC) cuando el establecimiento afiliado acepta el pago mediante tarjeta.¹² Por este elemento podemos afirmar que el pago con tarjeta es una modalidad de pago, como veremos en el epígrafe 4. La estructura puede complicarse, y es así en la práctica, por la intervención de una compañía que proporciona la infraestructura técnica del sistema de pago—VISA, MASTERCARD—del que el banco es un simple gestor, pero esta regulación cuadrilateral no obsta el planteamiento ofrecido, simplemente añade un contrato de franquicia entre la entidad bancaria y la firma propietaria del sistema que permite al banco ofrece el sistema de pago a sus clientes, incluso a veces en régimen de exclusiva.

11. Cfr. GETE-ALONSO, *op.cit.*, pág. 230 y, para un estudio en profundidad BATUECAS CALETRÍO, *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, Navarra, 2005, pág. 129 y ss.

12. ROMERO MARTINEZ-CAÑAVATE, J., "El contrato de emisión de la tarjeta de crédito bancaria", RGD, 1991, dic., pág. 10093 y ss

El análisis que se propone en este trabajo, y que justifica su título, parte del titular de la tarjeta que la utiliza en el pago de la adquisición de bienes y servicios, y la problemática que puede aparecer con los otros dos actores: el banco que el proporciona el servicio de pago con y tarjeta, y el proveedor de bienes y servicios que acepta el pago mediante tarjeta. A ellos vamos a dedicar nuestro interés a partir de ahora.

IV. EL PAGO CON TARJETA COMO “MODALIDAD DE PAGO”

La “modalidad de pago” es una de las informaciones previas al contrato que debe suministrarse al consumidor, como luego veremos. Ciertamente el titular de una tarjeta de pago puede ser o no un consumidor, categoría jurídica que la ley define en el art. 2 TRLCU como aquél que actúa con propósito ajeno a su actividad. A pesar de sus inevitables límites, da una idea de lo que puede considerarse asentado en la doctrina y jurisprudencia españolas en el sentido de que la calificación como consumidor se justifica siempre que exista desequilibrio contractual y poco poder de negociación en una de las partes.¹³

La información al consumidor sobre las llamadas “formas de pago” antes del acuerdo contractual es ya un principio en la regulación española de contratos a distancia que actúa como requisito de información previa.¹⁴ Para los contratos sobre bienes, el art. 97 TRLCU impone al comerciante que indique al consumidor la “forma de pago” en los llamados contratos a distancia. Por su parte, la nueva Ley 22/07, de comercialización a distancia de servicios financieros, LCDSF, también impone este requisito en el art. 7.2.f para este tipo de servicios, aunque recuperando la antigua forma “modalidad de pago” que se aviene más a lo que está regulando, y que era la expresión que mantenía el art. 40 LGDCU, antes del Texto refundido de 2007.

Pero esta obligación, además, obedece al hecho de que nuestro ordenamiento contempla el pago en dinero en efectivo como la forma general de extinguir las obligaciones pecuniarias. En efecto, el CC exige que el pago se haga en moneda de curso legal (art. 1170), aunque el artículo hable de moneda de plata o de oro, es claro que hoy debe entenderse corregido, pues las monedas y billetes de curso legal los han sustituido. En este sentido, y tomando como referencia la compraventa, el pago debe hacerse del “precio cierto” que es aquel que provoca la extinción de la

13. Sobre la necesidad de un concepto flexible y amplio que sea capaz de resolver todas las situaciones de desequilibrio contractual, nos hemos pronunciado en “Del consumidor- destinatari final al consumidor- no expert en la contractació en massa”, en *Revista Catalana de Dret Privat*, Revista de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics- Institut d'Estudis Catalans, volum 7-2007, passim.

14. GRAMUNT FOMBUENA, M. D., «La protección al consumidor en los contratos electrónicos», *La regulació del comerç electrònic*, Madrid, 2003, págs. 32 y ss.

obligación (art. 1156 Cc). Pero no es menos cierto que los demás instrumentos de pago -giro, transferencia...-, o bien aquellos que pueden englobarse dentro del concepto amplio de título-valor - cheque y tarjeta de pago-, ocupan hoy un lugar destacado en el sistema de pago, y aún debemos mencionar los medios de pago más recientes, caracterizados por su absoluta virtualidad, entre los que se encuentra el llamado dinero electrónico, basado en anotaciones contables en registros on-line.

Para que el uso de estos medios de pago sea válido y genere los efectos normales de todo pago, hace falta que el acreedor los admita, para que no se rompa el principio de la identidad de pago (art. 1166 Cc). Como hemos ya adelantado, esta idea es la que reflejan los artículos citados sobre la contratación de bienes y servicios a distancia. A pesar de que estos artículos suelen presentarse como una norma de información previa en la contratación a distancia, su finalidad es evitar que el comerciante pueda negarse a recibir alguna modalidad de pago que ha admitido antes de la contratación. En este sentido, las tarjetas de pago son una más de las modalidades que el comerciante puede aceptar y que es especialmente importante en caso de contratación a distancia, ya que el consumidor no tiene acceso a saber qué modalidades de pago admite el comerciante y por eso deberá este informarle de ello con carácter previo a la contratación.

Por esta idea, en el comercio presencial, las modalidades de pago deben ser explicitadas también, y a menudo lo son de forma tácita: mediante la exhibición de los tipos de tarjetas admitidas, o al cobrar la compra mediante la tarjeta presentada por el consumidor. Estas prácticas, en las que las modalidades de pago no han sido específicamente comunicadas con anterioridad a la venta o prestación de servicio, quedan sancionadas por la Ley 7/1998, de 13 d'abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación* –en adelante LCGC- que admite la colocación “en sitios visibles” de carteles indicando ciertas prácticas como suficiente para la posibilidad de que el adherente las conozca cuando el contrato no consta documentalmente (art. 5.2); así, por ejemplo la exhibición del logotipo de la tarjeta de crédito indica que se admite, o un cartel advirtiendo que sólo se acepta por encima de una determinada cantidad. En realidad, su uso generalizado junto con el principio de buena fe (art. 1158 Cc), hace que actualmente sea necesario advertir lo contrario: es decir, de que no se acepta el pago con tarjeta, como condición general de la contratación que impone un determinado comercio.

V. LAS TARJETAS DE PAGO COMO SERVICIO FINANCIERO

Las tarjetas de pago suponen un acuerdo contractual de prestación de servicios con una entidad bancaria y por ello entran dentro de la definición de “servicio financiero”, en concreto, servicio financiero de pago según el concepto del art. 2, b de la D. 65/2002, de la misma forma que la Ley

22/07, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros –en adelante LCDSF- que traspone la Directiva al ordenamiento español y que ha entrado en vigor el día 12 de octubre de 2007 (DF 2a). Con todo, la luz que esta calificación pueda aportar al establecimiento del marco legal de este tipo de servicios en España es escasa, ya que estas leyes se refieren a los contratos realizados a distancia, y, en cambio, la regulación general de las pautas de información previa al contrato o el control del contenido se realiza mediante la legislación general, como ahora pasamos a ver.

A. *Acerca del Marco Normativo: El Cliente Bancario*

Como hemos indicado, que la tarjeta de pago produzca esta función exige un acuerdo previo con la entidad bancaria en el llamado contrato de emisión. El objetivo de este trabajo es el pago mediante tarjeta, con lo que las cuestiones cerca del contrato de emisión sólo pueden tener un desarrollo tangencial. Pero cabe hacer algunas precisiones acerca de cómo aparece regulado en el derecho español. España carece de una regulación sobre contratos bancarios de este tipo, lo que permite que algún autor considere que el contrato de emisión de tarjeta de crédito es un contrato atípico, aunque socialmente típico.¹⁵ Con todo, existe numerosa normativa sectorial que impone obligaciones de transparencia en este tipo de contratos.¹⁶ La transparencia puede entenderse como la concreción de los requisitos de información previa al contrato que suelen encontrarse en diferentes ámbitos de la contratación con consumidores, como ya hemos visto en el epígrafe anterior. Sin embargo, en el caso de los contratos bancarios, la información se extiende a cualquier cliente y no sólo a quien tenga la calidad de consumidor en sentido estricto. En este sentido, interesa la Orden 12 de diciembre de 1989; y la Circular del Banco de España 20 de septiembre de 1990, y sus sucesivas modificaciones. Son las normas que contienen la información básica que hace falta dar al cliente en el momento de contratar los servicios financieros y las condiciones de información para cada operación concreta. Además, este acuerdo previo con la entidad bancaria puede tener diferentes contenidos, como hacer operaciones en relación a una cuenta bancaria, o a menudo, las tarjetas incorporan la posibilidad de obtención de dinero en efectivo a los cajeros automáticos, que tiene su

15. Cfr. GUIMARAES, M.R., "El pago mediante tarjetas de crédito en el comercio electrónico. Algunos problemas relativos a su naturaleza jurídica, marco contractual y régimen aplicable, desde una perspectiva comparada en los derechos portugués, español y comunitario", en MATA-JAVATO, coords, *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Granada, 2007, pág. 174.

16. Cfr., entre otros, ANDREU MARTÍ, M., *La protección del cliente bancario*, Madrid, 1998, pág. 111 y ss.; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho Bancario*, Barcelona, 2002, pág. 132.

propia normativa de transparencia (Orden Pre/1019/2003 sobre las comisiones que genera cualquier operación en un cajero).

Cabe indicar, por último, que el contrato de emisión es con frecuencia un contrato que contiene condiciones generales de la contratación, y por ello, será aplicable la legislación de la LCGC y, además, si el titular de la tarjeta puede ser considerado como consumidor, la regulación sobre cláusulas abusivas del art. 82 y ss. TRLCU.

Estas soluciones se aplican a lo que podemos denominar cliente bancario—a él se refiere, por ejemplo, la D 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, DF 4^a-, es decir, cualquier persona que contrate un servicio financiero con un banco. Con todo, la legislación española reconoce un segundo orden de protección en aquellos clientes que, además, reúnan la condición de consumidores, para quienes el ámbito de protección es mayor. La cuestión de su deslinde es especialmente difícil en el ámbito de los contratos sobre servicios financieros porque la regulación interna va de la mano de la transposición de normativa comunitaria, que suele contemplar este segundo nivel de regulación, como veremos en el siguiente epígrafe.¹⁷

B. El Contrato de Emisión a Distancia y La Operación de Pago a Distancia

La D. 65/2002, de la misma forma que la Ley 22/07, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros –en adelante LCDSF- que traspone la Directiva al ordenamiento español establece esta distinción que toma matices interesantes en relación a los servicios financieros de pago y, en concreto, a la tarjeta. En efecto, la noción de servicio financiero es relevante en ambos textos porque supone la aplicación de unas normas especiales de información precontractual y de concesión de derecho de desistimiento en algunos casos, siempre que el servicio financiero se destine a un consumidor. De esta forma, de entre los clientes bancarios, que son todos los potenciales titulares de una tarjeta de crédito, esta ley sólo se aplica a los que puedan ser calificados como consumidores, aunque es evidente que será el segmento de clientes más elevado.

Pero es necesaria una segunda precisión: los textos normativos indicados se aplican a la contratación de servicios financieros realizada a distancia. Tal como explica la EdM de la LCDSF, la ley tiene como objetivo trasponer la directiva que se basa en la protección de los consumidores y regula toda contratación a distancia de servicios financieros que comprende, mas allá de los contratos sobre servicios financieros on line, los hechos telefónicamente, por fax y por correo, además de otras

17. Sobre este tema, ANDREU MARTÍ, M., *op. cit.*, pág. 41 y ss.

técnicas similares que supongan la no presencia simultánea de las partes en el momento de la contratación (art. 4.3 LCDSF).

La razón de esta regulación especial tiene su razón de ser en el hecho de que los contratos a distancia de servicios financieros habían quedado fuera de la directiva 7/97, y, por tanto, de la regulación general de los contratos a distancia de la TRLCU.¹⁸ La lógica del sistema sin embargo se mantiene ya que la contratación electrónica con consumidores se considera contratación a distancia y sometida a los requisitos de información previa (arts. 4 y 5) y posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento (art 7). De esta forma, los servicios financieros pasan a ser un supuesto especial de la contratación a distancia pasada con consumidores.

La LCDSF también considera a la tarjeta de pago como servicio financiero, aunque de forma indirecta. En efecto, la nueva ley remite al art. 52 de la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito, para determinar lo que sean servicios financieros a los que se deba aplicar su texto. En el art. 52, f aparece "la emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito."¹⁹ Esta doble mención a la emisión y a la gestión de las tarjetas nos permite avanzar en la determinación de dos momentos en los que puede aplicarse la normativa sobre servicios financieros a distancia: el llamado contrato de emisión o utilización de la tarjeta y los distintos pagos a distancia efectuados con ella. En efecto, en el art. 4.2 la LCDSF distingue entre el "acuerdo inicial de servicio" y las llamadas "operaciones sucesivas."²⁰ La Directiva 65/2000 indica en este punto que su deseo es que, aunque para el derecho interno de los distintos países miembros, se trate a ambas categorías como contratos independientes, económicamente funciona como un todo, y debe aplicarse sus previsiones solamente al llamado "acuerdo inicial", mientras las operaciones sucesivas tienen distinto trato.²¹ Por lo que hace referencia a las tarjetas de pago, la distinción nos lleva a lo siguiente:

El "acuerdo inicial" es el primer contrato entre el consumidor y la entidad bancaria para suscribir lo que en nuestro derecho se denomina como contrato de emisión o utilización, es decir, la relación que los une acerca de cómo funciona la tarjeta, y que el Cdo. 17 de la Directiva materializa al

18. GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *ibidem*.

19. La idea de mención indirecta se refuerza cuando vemos que el art. 52 de la Ley 26/88 lleva por título "Actividades que se pueden desarrollar en España por entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro de la Unión Europea". En ausencia de catálogo legal de servicios financieros, debemos acuerdo a aquél en el que existe consenso al menos en relación con el marco de la UE.

20. La terminología de la Directiva de servicios financieros es algo distinta: regula lo que denomina "contratos que conllevan operaciones sucesivas" (Cdo. 16), en los que distingue el "acuerdo inicial" servicio" y las "operaciones" (Cdo. 17).

21. Sobre este tema, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 144 y ss.

denominarla “adquisición de tarjeta de crédito”, que puede hacerse on-line a través de los servicios de banca electrónica, en este caso, se trata claramente de un servicio financiero contratado a distancia que debe atenerse a los requisitos de información previa (arts. 7,8 y 9 LCDSF) y que está sometido al derecho de desistimiento (art. 10 LCDSF). También se considera un “acuerdo inicial” la posibilidad de utilizar un instrumento de pago electrónico asociado a un cuenta bancaria preexistente (especialmente claro en el caso de la Directiva, por el Cdo. 17 final, a sensu contrario), en este caso se trata evidentemente de un nuevo contrato de emisión.

En cambio, la “operación sucesiva” es el pago concreto realizado mediante tarjeta. En este caso, puede ser que el contrato de emisión no haya sido realizado on-line, pero el hecho de realizar un pago mediante un “medio de comunicación a distancia”, es decir, utilizando una TEF. Pues bien, los requisitos de información previa y la concesión del derecho de desistimiento sólo se aplicaran al acuerdo inicial, es decir, al contrato de emisión se ha sido realizado on-line. En el segundo apartado del art. 4.2 LCDSF se hace referencia a “operaciones sucesivas” acerca de servicios financieros que no consten de un acuerdo inicial, en cuyo caso se introducen requisitos de información previa al realizar esta primera “operación” o cuando se realiza una nueva “operación” al cabo de un año. Entendemos que este supuesto no es aplicable a las tarjetas de pago ya que cuentan siempre con un acuerdo inicial que incluye la transmisión física de la tarjeta.

C. La Información en el Momento del Pago Con Tarjeta

Como hemos visto en el epígrafe anterior, las disposiciones de la LCDSF no se aplican a cada una de las operaciones de pago con tarjeta, pero la R 97 sí que establece unos requisitos de información posterior a cada una de las operaciones de pago con tarjeta que vienen a establecer previsiones específicas para esa concreta operación. Una vez producida la transacción, el artículo 4 dispone que el emisor facilitará al titular información por escrito sobre las transacciones efectuadas mediante un instrumento electrónico de pago. La información deberá permitir al titular de la tarjeta identificar la correctamente la transacción para poder reconocerla, o, en su caso, impugnarla. Los datos necesarios son: el tipo de transacción o en su caso, la persona con quien esta se realizó— establecimiento adherido al sistema de pago-; su importe total que comprende, el importe de la adquisición de bienes y servicios más el importe de las comisiones o cargas que la operación conlleve. Si el pago se realiza en moneda extranjera, deberá indicarse además el importe en moneda extranjera y el tipo de cambio utilizado para convertirla a la moneda de facturación. Finalmente, el emisor de un instrumento de dinero electrónico ofrecerá al titular la posibilidad de verificar las últimas cinco

transacciones ejecutadas, así como también el saldo residual de valor cargado en dicho instrumento. Estas especificaciones se encuentran también recogidas en el Anexo VI de la Circular 8/1990 sobre transparencia bancaria.

Estos requisitos de información posterior son relevantes porque permiten al titular de la tarjeta prestar su conformidad sobre los pagos realizados. En este caso, esta previsión sólo tiene sentido en el contexto de la distinción antes realizada entre contrato de emisión, con sus requisitos de información previa, y operación de pago, que genera otros requisitos de información posterior que son los que, eventualmente, permiten al titular pedir la retrocesión del pago en las ventas a distancia, pero ese requisito se analizará con más detenimiento en el epígrafe 7.

VI. LA RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO

El uso de la tarjeta de crédito como medio de pago puede generar importantes conflictos jurídicos, especialmente cuando pueda ser contestado por el titular de la tarjeta uno de los pagos efectuados. En efecto, el pago con tarjeta funcionará con normalidad siempre que pueda atribuirse al titular de la tarjeta; pero es posible que se produzcan problemas en la determinación de a quien debe atribuirse el cargo hecho mediante tarjeta. Los desajustes entre quien dispone el pago y el titular de la tarjeta, que generan pagos indebidos, se solucionan en la R 97 mediante un sistema de responsabilidad basado en tres ideas:

1. La obligación de custodia del titular, que le exonera de responsabilidad por el uso indebido
2. La responsabilidad del emisor por los riesgos de difusión y por el mal funcionamiento del sistema
3. El supuesto especial de los riesgos en la contratación a distancia que, al ser el único supuesto con regulación en la ley española, le dedicaremos un epígrafe aparte.

A. La Obligación de Custodia por Parte del Titular

El llamado riesgo de custodia, referido a los riesgos de uso indebido derivados de la falta de vigilancia por parte de su titular, lo asume el titular de la tarjeta. Como expresan PAZ ARES, SAEZ ACAVE, Y BERMEJO, vale en este caso la regla general de la apariencia según la teoría de los títulos-valores: El nexo que conecta la situación objetiva de apariencia con la persona que la va a soportar es la dominabilidad del riesgo: es imputable cuando el riesgo sea dominable de antemano dentro de la esfera de poder del titular del medio de pago. En caso de pérdida o robo, la diligencia

estriba en comunicar la situación al proveedor para evitar la responsabilidad.²²

Por este motivo, la R 97 impone un deber de custodia al titular de la tarjeta tanto en su conservación como en su utilización. La custodia diligente, junto con la comunicación de la pérdida o sustracción de la que luego hablaremos, exonera al titular de la responsabilidad por cargos fraudulentos.²³ El art 5.a R-97 recoge esta obligación general de garantizar la seguridad del instrumento electrónico de pago y de los medios (número de identificación personal u otro código) que permitan su utilización. A continuación, el art. 5. c) establece una concreción del deber de custodia en forma de prohibición de anotar su número de identificación personal u otro código de forma fácilmente reconocible, especialmente en el instrumento electrónico de pago o en cualquier objeto que guarde o que lleve junto con el mismo. En realidad, se trataría de una práctica claramente negligente, una especie de culpa grave que supondría un límite a la responsabilidad del emisor, aún después de haber comunicado la pérdida o robo. En este sentido, esta limitación en el sistema de responsabilidad marca que el estándar de diligencia debe de ser, como mínimo, el de un buen padre de familia.

Sobre la diligencia del buen padre de familia se pronuncia la SAP Bilbao de 19 de diciembre de 1986, indicando que es la diligencia adaptada a las circunstancias del caso ex 1104 CC, y precisamente la sentencia consideró que no era negligente dejar la tarjeta en el interior de un vehículo de donde fue robada, que, de entrada supondría una negligencia en la conservación de la tarjeta y, por tanto, en su custodia. En cualquier caso, en la resolución pesa también el hecho de que la firma del recibo era claramente distinta a la de la tarjeta.²⁴ No sigue esta línea la SAP Valencia 20-2-95, que se pronuncia en contra de esta práctica, pero continua considerando esencial en materia de responsabilidad el hecho de que se avise inmediatamente al emisor. Por su parte, la SAP Málaga 9-9-94: la obligación de comunicar la pérdida también se extiende a los casos en que el titular tenga una tarjeta caducada y no haya recibido otra, en cuanto detecta cargos que no han sido autorizados por él. En este supuesto, sin

22. PAZ ARES, SAEZ LACAWE, Y BERMEJO, "La emisión de la declaración de voluntad en Internet", en PERALES SANZ, *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, Madrid, 2002, pág. 117.

23. Un análisis exhaustivo puede hallarse en PLAZA PENADÉS, J., "El Pago a través de Redes de comunicación en el Derecho Español y Comunitario", en REDI, *Revista de Derecho Informático*, núm. 023, junio 2000, accesible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=479>, última consulta: 19-11-2007.

24. Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., "La responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito en caso de sustracción de la misma", *Poder Judicial*, 6 de junio 1987, pág. 95.

embargo, también se valoró que el mal uso de la tarjeta provenía de la actuación del empleado del banco.

Precisamente es el deber de notificar cualquier anomalía (art. 5.b R 97),²⁵ el elemento central en la distribución de la responsabilidad (art. 6.1 y 2 R 97). La regla establecida en estos artículos supone que hasta el momento de la notificación, el titular tiene la responsabilidad objetiva —es decir, en la que no se valora la culpa o el dolo del agente— por todos los cargos que le puedan hacer en la tarjeta de forma fraudulenta. El límite es cuantitativo: no será superior a 150 €, a no ser que exista culpa o dolo. En realidad, puede decirse que la regla establecida en las recomendaciones comunitarias establece como regla general que la responsabilidad por el uso fraudulento de la tarjeta es del titular mientras no comunique su pérdida o sustracción, de forma que su responsabilidad aparece absolutamente vinculada a la obligación de custodia. Así, la comunicación de la pérdida o sustracción a la entidad gestora de la tarjeta supone una carga para su titular,²⁶ ya que asumirá las consecuencias negativas de la falta de comunicación, en forma de responsabilidad. Con todo, y como estudia MARIÑO LÓPEZ,²⁷ la jurisprudencia española parece decantarse por modular el criterio estricto de cambio de responsabilidad tras la notificación del titular, cuando en el caso se observe una concurrencia de culpas con el banco.

El titular se exonera si comunica “*cualquier error u otra anomalía en la gestión de su cuenta por parte del emisor*” (art. 5-b y 9). La notificación marca la exención de la responsabilidad excepto en caso de negligencia grave o de dolo —actuación fraudulenta—. La notificación de la pérdida o robo puede hacerse por cualquier forma, y, en realidad, no es exigible la comunicación por escrito, ya que el SRBE —Servicio de reclamaciones del Banco de España— considera mala práctica bancaria que en el contrato de emisión de la tarjeta se obligue a la notificación por escrito en horario de oficina, eximiendo de responsabilidad en caso de avisos verbales o por teléfono (Res. Núm. 459/93, Memoria 1993, pág. 103); y también considera una mala práctica que la entidad no tenga un centro de recepción telefónica

25. *Artículo 5: Obligaciones del titular*

El titular b) notificará sin demora al emisor (o a la entidad especificada por éste), en cuanto tenga conocimiento de ello:

1. *la pérdida o el robo del instrumento electrónico de pago o de los*
2. *medios que permitan su utilización,*
3. *el registro en su cuenta de cualquier transacción no autorizada,*

26. En el mismo sentido, GETE-ALONSO CALERA, *op. cit.*, pág. 65 y ss.; y FARRANDO MIGUEL, I., y CASTAÑER CODINA, J., “Atribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo, n. 81, pág. 91.

27. MARIÑO LÓPEZ, A., *Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados*, Madrid, 2006, pág. 41 y ss.

de tales notificaciones (Res. Núm. 1196/98, Memoria 1998, pág. 921). Así, por su importante uso transfronterizo, y por la estructura de las empresas dedicadas a la prestación de este servicio, parece consagrarse la necesidad de ofrecer al titular una comunicación rápida y eficaz, que actualmente debería complementarse con instrumentos como el correo electrónico.

El sistema es radicalmente distinto al que existe en los EEUU donde el problema se gestiona partiendo de la vigilancia exhaustiva de la entidad que emite la tarjeta para detectar usos fraudulentos, de forma que el titular sólo responde hasta los 50 \$, a no ser que pueda demostrarse su negligencia. La demuestra quien tiene la mayor facilidad probatoria: la entidad que ofrece la tarjeta y domina el sistema

La regulación de la responsabilidad en función de un deber de custodia del titular de la tarjeta, se complementa con obligaciones puestas a cargo del emisor de la tarjeta para facilitar el deber de custodia del titular, en concreto, no revelar el número de identificación personal del titular u otro código, excepto al propio titular; mantener un registro interno durante un período de tiempo suficiente para que quede constancia de las transacciones para que se puedan rectificar los posibles errores; y garantizar la existencia de medios adecuados para que el titular pueda notificar la pérdida o robo (*art. 6 R 97*). Insistiendo en este aspecto, el artículo 9 R 97 indica que el emisor proporcionará los medios para que el titular, en cualquier momento del día o de la noche, pueda notificar la pérdida o el robo de la tarjeta. Por otra parte, es necesario que las transacciones electrónicas queden registradas para poder tener constancia de su realidad y para efectuar medio de prueba. Por ello, el art. 6.4 R 97 articula una especie de inversión de la carga de la prueba acerca del hecho de la transacción no se ha visto afectada por un fallo técnico.

B. La Responsabilidad del Emisor de la Tarjeta por Los Riesgos de Difusión y de Mal Funcionamiento del Sistema

El banco emisor tiene la obligación de controlar los riesgos de seguridad del sistema de pago, y la diligencia exigible es la de un profesional experto, es decir, la diligencia del buen profesional que indica un estándar alto, por encima de la diligencia media del buen padre de familia.²⁸ La razón es obvia toda vez que es él quien domina el sistema, por lo que el riesgo del uso indebido por terceros, o del mal funcionamiento del sistema debe ser asumido por quien está en mejor situación de controlarlo: los proveedores de servicios a través de la red, por ejemplo, ya que además, las transacciones que se realizaran serán muy superiores a aquellas que provoquen problema de pago. Este riesgo es asumido por el banco como

28. Sobre este tema, MARIÑO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 73 y ss.

intermediario calificado que puede recolocar los gastos de responsabilidad en los costes de empresa.²⁹

El llamado riesgo de difusión es el riesgo de utilización por terceros no autorizados del medio de pago. Es el riesgo más evidente en Internet: ningún usuario puede dominar el riesgo de difusión de sus datos. Así, Así, el art. 8.1,b lo hace responsable del uso del instrumento de pago por terceros no autorizados. A esta idea responde el art. 9.2 de la R 97 cuando afirma que “*el emisor, incluso en el supuesto de que el titular haya actuado con negligencia grave o de forma fraudulenta, deberá procurar, por todos los medios razonables a su alcance, impedir la ulterior utilización del instrumento electrónico de pago.*”³⁰

A esta lógica responde el art. 6.3 R-97 que libera de responsabilidad al titular, aún antes de la notificación de pérdida o robo, cuando no hayan sido identificados –física o electrónicamente-, es decir, cuando haya riesgo de difusión. Aunque esta medida tendría un encaje mucho más problemático si se usan protocolos seguros de transmisión de datos como el protocolo SET,³¹ o SSL.

Un segundo aspecto sobre el que el emisor de la tarjeta domina el riesgo y debe hacerse responsable es el llamado mal funcionamiento del sistema. En efecto, de la misma forma que en el caso del riesgo de difusión, debe responsabilizarse en este caso al intermediario financiero ya que es quien puede repercutir los costes. Esta es la idea que aflora en la R.97, en el art. 8.1.a de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de las transacciones del titular comprendidas en el ámbito de aplicación de la Recomendación. Y, en este caso “*incluso cuando la transacción se inicie en un dispositivo o terminal o con un equipo que no esté bajo el control directo o exclusivo del emisor, siempre y cuando la transacción no se inicie en un dispositivo o terminal o con un equipo cuyo uso no haya autorizado este último, así como de las transacciones no autorizadas por el titular, así como de cualquier error o anomalía atribuible al emisor en relación con la gestión de la cuenta del titular*”. En el caso marginal de las operaciones erróneas, la responsabilidad se dirime en función de las categorías de la inexcusabilidad del error.³²

29. SERRA, A., “Considerazione in tema de pagamenti elettronici e moneta elettronica”, en *Il contratto telematico e pagamenti elettronici*,. Milano, 2004, pág. 74

30. Un análisis exhaustivo puede hallarse en PLAZA PENADÉS, J, *ibidem*.

31. PAZ ARES, SAEZ LACAVE, Y BERMEJO, “La emisión de la declaración de voluntad en Internet”, en PERALES SANZ, *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, Madrid, 2002, pág. 117.

32. SERRA, *ibidem*.

VII. UN SUPUESTO ESPECIAL: EL PAGO CON TARJETA EN LAS VENTAS A DISTANCIA

El caso de la contratación a distancia merece especial interés por ser el único que se encuentra regulado en España, y en el que no se aplica la R97. En efecto, el art. 106.1 TRLCU y el art. 12 LCDSF regulan este supuesto de forma prácticamente idéntica, con todo, es difícil ofrecer un análisis sistemático ya que se regula un supuesto de responsabilidad especial cuando el sistema general no está desarrollado. Por lo que hace referencia al art. 106.2 TRLCU, añade una nueva regla que será analizada al final del epígrafe.

Ambos artículos regulan la responsabilidad por el pago en caso de venta o contratación de servicios financieros a distancia, y ambos utilizan el término “titular”. El art. 106 TRLCU, variando la regulación anterior, concreta que este derecho es aplicable sólo a “consumidores o usuario titular de la tarjeta”, solucionando dudas acerca del ámbito de aplicación. Por su parte, la LCDSF (art. 1 y art. 4.1), también se limita a los contratos sobre servicios financieros realizados con un consumidor. Con todo, la razón de este precepto es conceder un derecho de anulación del cargo a cualquier titular de la tarjeta con la que se efectúa el pago y padece una utilización indebida o fraudulenta, y que debiera poder extenderse a cualquier titular³³ en cuanto cliente de servicios financieros.

En efecto, en los contratos a distancia, por la falta de contacto directo entre los contratantes, la tarjeta de pago no se presenta directamente, sino que el comprador se limita a dejar constancia del número de identificación y sin que pueda comprobarse la identidad del titular o la identificación electrónica de la tarjeta y este problema es especialmente agudo cuando la conformidad a la venta se articula mediante un procedimiento informático (venta on-line). En este caso, el art. 106 TRLCU y el art. 12 LCDSF permiten que el titular de la tarjeta exija la anulación del pago basado en la utilización fraudulenta de la tarjeta, que, según REVERTE, se apoya en la acción de cobro de lo indebido del art 1895 CC en el que se presume error al pagar lo que nunca se debió (art. 1901).³⁴ Suponen, pues, una excepción al régimen normal de responsabilidad de la R97 ya que el titular de la tarjeta no responde antes de la notificación de la pérdida por los usos fraudulentos. La excepción se basa en que la no presencia física de ambos contratantes

33. En este sentido, BERCOVITZ, RODRIGUEZ-CANO, R., (comentario al art. 46 en *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, BERCOVITZ, R.- LEGUINA, J., coords., Madrid, 1997, pág. 729) para quien el art. 106 TRLCU pretende proteger al titular de la tarjeta, sea o no sea quien realiza el contrato a distancia, y sea o no sea consumidor en sentido estricto. También GUIMARAES, *op.cit.*, pág. 193.

34. REVERTE NAVARRO, A., comentario al artículo 46, en ALONSO-LÓPEZ-MASSAGUER-REVERTE, coords., *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, 1999, pág. 586

hace más difícil saber si un tercero ha podido tener acceso al medio de pago sin que lo sepa el titular, que desconoce el uso fraudulento y no ha podido notificar la incidencia, por ello no parece justo que él responda, según las reglas generales indicadas en el epígrafe 6.1. Los artículos indicados desplazan la responsabilidad al acreedor del pago, es decir, al proveedor de bienes y servicios, ya que la ley impone la banca –emisor- retroceder el pago, mediante un cargo y abono inverso al realizado con el pago.³⁵

Esta idea está de acuerdo también con el art. 6.3 R 97 siempre que el titular de la tarjeta no haya sido identificado, cede su responsabilidad, entendiéndose que la utilización de un código numérico – PIN-, no evita el cambio de las reglas de la responsabilidad, porque también en este caso, el uso indebido de terceros puede ser no imputable al titular. Además, este precepto tiene la ventaja de aplicarse, ahora sí sin discusiones, a cualquier titular de la tarjeta. El art. 6.3 R 97, sin embargo, se limita a desplazar el riesgo al emisor porque el titular puede haber sido absolutamente diligente en la custodia, es decir, haber asumido absolutamente el riesgo de custodia, y sin embargo, haberse producido un uso indebido. Por ello, la R 97 lo exonera de responsabilidad, entendiéndose que se trata de un supuesto de riesgo de difusión especial. La normativa española va más allá, y, como indica MARTÍNEZ NADAL,³⁶ perfecciona el sistema de la R 97 ya que, en este caso, y por las mismas consideraciones, exige del banco la retrocesión del cargo, de forma que puede trasladar la responsabilidad última del uso fraudulento o indebido al proveedor de servicios que ha actuado de forma negligente en la comprobación de la identidad de quien usa la tarjeta de pago.³⁷ En este sentido, estos artículos permiten una retrocesión del cargo, y posibilitarían dirimir responsabilidades entre emisor y establecimiento adherido para ver quién ha fallado en sus obligaciones de identificar al usuario, o de controlar los riesgos de difusión de la tarjeta, pero el titular quedará indemne en cualquier caso, ya que se le exonera de la responsabilidad aún en el caso de que la utilización fraudulenta se deba a su negligencia en la custodia de la tarjeta o en antes de la notificación de su robo o pérdida.

Por este motivo, parece excesivo limitar el alcance de los arts. 106 TRLCU y 12 LCDSF al titular-consumidor, ya que el remedio expuesto le es más favorable que la regulación de la R 97. Por ello, parece necesario entender que estos supuestos, a falta de una ordenación sistemática del pago con tarjeta de crédito con rango de ley en España, pueda aplicarse a todo titular, toda vez que, estando en dos leyes distintas, puede ya percibirse

35. Sobre este tema, MARIÑO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 67 y ss, con cita de abundante bibliografía.

36. MARTINEZ NADAL, A., “ El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el artículo 106 TRLCU”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre, 2001, pág. 67 y ss.

37. Sobre esta obligación y su alcance, cfr. MARIÑO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 133 y ss.

como principio de su regulación. El problema de fondo, que aquí sólo puede apuntarse, es la tensión que se observa en la legislación española, entre la desregularización de la contratación bancaria, dirigida en general, al llamado cliente –es decir, a cualquier titular de tarjeta de crédito–, y la fragmentaria regulación a favor del consumidor- cliente bancario que penetra por la necesaria transposición de la normativa comunitaria en este caso, la Directiva 7/1997, sobre contratos con consumidores realizados a distancia.

El art. 106 TRLCU incluye un segundo párrafo, que no se encontraba en la Directiva pero sí en los proyectos según el cual, si la anulación del pago realizado por el titular de la tarjeta se demuestra que ha sido fraudulento, queda obligado el titular a indemnizar al vendedor, pues se trata de un supuesto de un supuesto de incumplimiento contractual doloso por parte del comprador, que además, es titular de la tarjeta por lo que hace que el comprador deba responder por daños y perjuicios, más el precio de la compra anulada si el vendedor opta por el cumplimiento del contrato según el art. 1124 CC.³⁸

VIII. CONCLUSIONES

La tarjeta de pago es un instrumento de pago de acceso a distancia que genera una transferencia electrónica de fondos a través de un intermediario financiero a favor del tercero acreedor del pago. El esquema jurídico creado se basa en la delegación de deuda que incluye relaciones tripolares entre el titular de la tarjeta, el banco y el acreedor o establecimiento adherido al sistema. Por lo que respecta esta última relación, aflora la normativa sobre modalidad de pago, toda vez que el pago con tarjeta es liberatorio sólo si el acreedor lo admite. La relación entre el titular de la tarjeta y el banco se basa en el contrato de emisión que se clasifica como servicio financiero, aunque España no tiene una regulación sistemática sobre este tipo de servicios y en el contrato de emisión de tarjeta de crédito en particular, que se rige por disposiciones dispersas, incluso por Recomendaciones de la UE, que entrañan importantes problemas de ámbito de aplicación, especialmente en lo que se refiere a la separación cliente bancario-consumidor. Por lo que hace referencia al sistema de responsabilidad, se aplican las disposiciones comunitarias que responsabilizan al titular de los riesgos de custodia, hasta la notificación de la pérdida o robo; mientras los riesgos de difusión y de mal funcionamiento del sistema son para el emisor. Un sistema especial rige para la contratación a distancia, que, por razones de justicia material, parece aplicable a cualquier titular. En este caso, se penaliza al establecimiento adherido que no ha sido cuidadoso con el control de la identidad de quien usa la tarjeta de crédito, al permitir la retrocesión del cargo, al margen de la

38. Seguimos, en este punto, a BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 729.

determinación de la verdadera negligencia entre el emisor y el establecimiento, de la que el titular prescinde al exigir la retrocesión del pago.

UNA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO APLICADA EN PAÍSES LATINOAMERICANOS: UNA CREACIÓN LEGAL ESTADOUNIDENSE EXPORTADA A JURISDICCIONES DE DERECHO CIVIL

*José Mauricio Bello**

I.	INTRODUCCIÓN	721
II.	LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO: NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO ESTADOUNIDENSE	723
III.	SOCIEDADES MERCANTILES EN PAÍSES DEL DERECHO CIVIL: ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO SOCIETARIO EN LATINOAMÉRICA	730
IV.	ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA EN PAÍSES DE DERECHO CIVIL: MARCO LEGAL	734
V.	RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA	735
VI.	TENDENCIAS EN TRES PAÍSES LATINOAMERICANOS.....	737
	A. <i>México</i>	737
	B. <i>Argentina</i>	742
	C. <i>Venezuela</i>	746
VII.	CONCLUSIÓN	751

I. INTRODUCCIÓN

El levantamiento del velo corporativo es una doctrina creada dentro del sistema de derecho consuetudinario estadounidense.¹ El derecho consuetudinario estadounidense—derecho creado por jueces—junto con los

* José Mauricio Bello estudia actualmente Derecho en la Nova Southeastern University. José Mauricio es también abogado venezolano y obtuvo su título de Abogado en la Universidad Católica Andrés Bello, Promoción de 1993 y obtuvo una Maestría en Leyes en la Universidad de California, Promoción del 2004. Este artículo fue escrito originalmente por el autor en el idioma inglés y traducido posteriormente al español por el equipo editorial del ILSA Journal of International and Comparative Law. Quisiera agradecer a mi esposa, Ana Isabel, a mi hija, Anabela y a mi hijo, Mauricio Andrés. Su infinito amor, apoyo y paciencia hicieron posible este artículo. Aun les adeudo el tiempo dedicado al mismo. También a mis padres, Ildemaro y Miriam, ejemplos de trabajo duro y perseverancia; gracias por su invaluable apoyo en esta empresa.

1. Ver Carsten Altin, *Piercing the Corporate Veil in American and German Law—Liability of Individuals and Entities: A Comparative View [Levantando el Velo Corporativo en el Derecho Americano y Alemán—Responsabilidad de los Individuos y Entidades: Un Punto de Vista Comparativo]*, 2 TULSA J. COMP. & INT'L L. 187, 190, 249 (1994-95).

principios de equidad, permitió la creación² de esta doctrina de equidad.³ Esta doctrina encontró terreno fértil dentro del sistema de derecho consuetudinario, que tradicionalmente no está constreñido por los límites del derecho escrito⁴ y es propenso a apartarse de normas jurídicas para favorecer la equidad. Como resultado, principios legales bien fundados y ficciones legales, en cuanto a la responsabilidad separada de personas jurídicas, han sido desatendidos en nombre de la equidad y de la justicia.⁵

Por el contrario, los sistemas de derecho civil⁶ son más formalistas, y un acercamiento doctrinal rige su interpretación legal.⁷ El papel tradicional de la judicatura es el de interpretar el derecho en lugar de crearlo,⁸ al tiempo que la única autoridad legal primaria y obligatoria proviene de la ley escrita — derecho positivo.⁹ De esta forma, las formas externas de conceptos legales seguramente sobrevivirán un examen basado únicamente en conceptos de equidad¹⁰ o justicia, y tales formas externas prevalecerán en tanto que se adecúen a las formalidades requeridas por el derecho positivo. De esta forma, los sistemas de derecho civil han estado poco dispuestos a poner bajo escrutinio a las formas externas sobre la base de la verdadera naturaleza de la operación subyacente. Esta aproximación doctrinal no ha favorecido doctrinas de equidad, tal como la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

Una tendencia relativamente reciente en jurisdicciones de derecho civil es la de dar más peso a la verdadera naturaleza de las operaciones

2. Ver PHILLIP I. BLUMBERG, *THE LAW OF CORPORATE GROUPS, STATUTORY LAW—GENERAL* [EL DERECHO DE SOCIEDADES, DERECHO POSITIVO—EN GENERAL] § 2.02.1 (1989).

3. Ver Marilyn Blumberg Cane & Robert Burnett, *Piercing the Corporate Veil in Florida: Defining Improper Conduct* [*Levantando el Velo Corporativo en Florida: Definiendo Conductas Inapropiadas*], 21 *NOVA L. REV.* 663, 665–66 (1997).

4. Ver generalmente Caslav Pejovic, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal* [*Derecho Civil y Common Law: Dos Caminos Diferentes que Llevan Hacia la Misma Meta*], 32 *VICTORIA U. OF WELLINGTON L. REV.* 817, 820 (2001).

5. JAMES D. COX, THOMAS LEE HAZEN & F. HODGE O'NEAL, *CORPORATIONS* [CORPORACIONES] § 7.1 (1997).

6. También llamado Derecho Continental o Derecho Romano. Ver JOHN HENRY MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* [LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL] 6–7 (2nd ed. 1985) (analizando la terminología usada para referirse a la tradición del derecho civil).

7. Ver generalmente *id.* en 39–45, 61–67.

8. Ver Q.C. William Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified)* [*Jurisdicciones Mixtas: Derecho Consuetudinario vs. Derecho Civil (Codificado y No Codificado)*], 4 *UNIFORM L. REV.* 591, 613–14 (1999); ver también JAMES G. APPLE & ROBERT P. DEYLING, *A PRIMER ON THE CIVIL-LAW SYSTEM* [INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE DERECHO CIVIL] 36 (1995).

9. Tetley, *supra* nota 8; Ver también Pejovic, *supra* nota 4.

10. En el sistema de derecho civil no existe el concepto de equidad como un principio legal tal como en el sistema de derecho consuetudinario (*common law*), en el sistema civil los jueces no pueden dictar sentencias contrarias al derecho positivo. Ver MERRYMAN, *supra* nota 6, en 48–55; ver también APPLE & DEYLING, *supra* nota 8.

subyacentes y desatender las formas externas de tales operaciones, especialmente si aquellas formas son el resultado de selecciones realizadas únicamente con la intención de evitar o evadir consecuencias legales, a saber, un abuso de las formas. Un ejemplo de esta tendencia es la recepción en jurisdicciones de derecho civil de la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Este evolución legal es especialmente notable en países latinoamericanos, los cuales son parte de la tradición del derecho civil, donde formas legales han sido vistas como modos inexpugnables de lograr resultados legales.

Este artículo abordará la recepción y adaptación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo en países latinoamericanos. Intentará identificar la adopción de esta doctrina, bien por medio de interpretación judicial, o a través de esquemas de derecho positivo, o incluso ambos.

La primera parte de este artículo presentará un acercamiento muy general a la doctrina del levantamiento del velo corporativo dentro del sistema legal estadounidense. El artículo ofrecerá una descripción general que puede ser útil para aquellos a quienes el tema es nuevo, por ejemplo, estudiantes de derecho y abogados no estadounidenses. La segunda parte del artículo abarcará conceptos generales y principios del derecho societario dentro de países latinoamericanos. El artículo identificará tendencias comunes entre aquellas jurisdicciones, como por ejemplo, el llamado privilegio corporativo, que es un rasgo común dentro de aquellos países. La siguiente parte del artículo abordará las tendencias actuales dentro de tres países latinoamericanos, a saber, México, Argentina y Venezuela. Algunas referencias específicas a otros países también serán incluidas. El objetivo final de este artículo es evaluar cómo jurisdicciones de derecho civil, incluso aquellas más estáticas, como las latinoamericanas, comienzan a prestar más deferencia a la verdadera naturaleza de las operaciones.

II. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO: NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO ESTADOUNIDENSE

La existencia separada de las sociedades mercantiles (*corporations* en inglés, nota del traductor), y así, su responsabilidad limitada, es uno de los rasgos más importantes del derecho societario (*corporate law* en inglés, nota del traductor).¹¹ Se ha dicho que el mayor valor añadido de las sociedades, es el de la responsabilidad limitada,¹² siendo incluso denominado como el “Corporate Privilege.”¹³ De hecho, la responsabilidad limitada ha sido

11. *Ver generalmente* JOHN E. MOYE, THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATIONS [EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES] 176 (Thomson Delmar Learning 6th ed. 2004).

12. *Cane & Burnett, supra* nota 3, en 665.

13. *Ver* 1 WILLIAM MEADE FLETCHER ET AL., FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF CORPORATIONS [FLETCHER ENCICLOPEDIA DEL DERECHO DE CORPORACIONES] § 41 (perm. ed., rev. vol. 2006).

considerada la piedra angular no sólo del derecho societario, sino también del capitalismo¹⁴ y el objetivo mismo de la creación de una sociedad mercantil.¹⁵ De esta forma, las obligaciones de la sociedad permanecen como responsabilidad de la entidad y no de sus accionistas, directores o gerentes.¹⁶ Este principio del derecho societario ha sido aceptado en los Estados Unidos desde mediados del siglo diecinueve,¹⁷ y hoy día, es reconocido por la mayoría de las leyes positivas relativas a sociedades mercantiles en los Estados Unidos.¹⁸ La razón fundamental de este principio es que promueve y anima la toma de riesgo y la inversión, llevando así a la diversificación, la expansión y el crecimiento de la industria y del comercio¹⁹ tanto en pequeñas sociedades de capital cerrado así como en grandes sociedades de capital abierto,²⁰ permitiendo el desarrollo de los mercados bursátiles.²¹ Tanto accionistas como gerentes aprovechan esta característica de responsabilidad separada y limitada de las sociedades mercantiles.²²

Si bien la responsabilidad limitada es el principio que controla las obligaciones societarias, los resultados rígidos y algunas veces injustos provenientes de tal principio fueron advertidos por los tribunales estadounidenses²³ desde incluso 1809.²⁴ Desde entonces, los tribunales han desarrollado excepciones donde esta ficción legal de responsabilidad limitada es desaplicada,²⁵ y así, bajo tales excepciones, la responsabilidad puede ser impuesta a los accionistas de una sociedad. Entre tales excepciones se

14. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.2; *Ver también* William O. Douglas & Carrol M. Shanks, *Insulation From Liability Through Subsidiary Corporations [Evitando la Responsabilidad Mediante Corporaciones Subsidiarias]* 39 Yale L.J. 193, 193-94 (1929). Para una referencia histórica de la evolución y aceptación de la responsabilidad limitada como un principio en el Derecho Corporativo Anglosajón, *ver* BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.01.

15. HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, *LAW OF CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES [DERECHO DE CORPORACIONES Y OTROS TIPOS DE EMPRESAS]* §146 (3d ed. 1983) (1961); *ver también* *Bartle v. Home Owners Coop.*, 127 N.E.2d 832, 833 (N.Y. 1955) (destacando que las leyes permiten el registro de las sociedades aunque su único propósito sea evitar la responsabilidad de los socios).

16. Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study [Levantando el Velo Corporativo: Un Estudio Empírico]*, 76 CORNELL L. REV. 1036, 1036 (1991).

17. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.2.

18. *Ver* MODEL BUS. CORP. ACT § 6.22(b) (2005).

19. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 665; *ver también* Douglas & Shanks, *supra* nota 14, en 193.

20. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.2.

21. Thompson, *supra* nota 16, en 1040.

22. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.2.

23. BLUMBERG, *supra* nota 2.

24. *Ver* MAURICE WORMSER, *DISREGARD OF THE CORPORATE FICTION AND ALLIED CORPORATION PROBLEMS [DESESTIMACIÓN DE LA FICCIÓN CORPORATIVA Y PROBLEMAS CORPORATIVOS RELACIONADOS]* 44-45 (1927).

25. Thompson, *supra* nota 16, en 1039-41.

encuentra la doctrina de equidad²⁶ conocida generalmente como “Levantamiento del Velo Corporativo” (*Piercing of the Corporate Veil* en inglés, nota del traductor).²⁷

El levantamiento del velo corporativo es quizás una de los temas más estudiados dentro del derecho estadounidense de sociedades mercantiles. De hecho, el levantamiento del velo corporativo es el tema más litigado en el derecho societario estadounidense.²⁸ Como un autor apuntó, el levantamiento del velo corporativo es simplemente un medio para ejecutar una sentencia en contra de una sociedad mercantil.²⁹ El levantamiento del velo corporativo es un mecanismo legal basado en la equidad³⁰ donde un tribunal puede ignorar la existencia separada de una sociedad mercantil insolvente, con el objetivo de imponer responsabilidad sobre sus accionistas con respecto a las deudas sociales.³¹ La justificación que da apoyo a esta excepción al privilegio corporativo es diversa. Por ejemplo, se puede decir que una sociedad mercantil no es realmente una entidad separada, sino que es simplemente una extensión de un accionista único,³² o que el uso de una sociedad es un abuso de la forma societaria,³³ o que la existencia separada de una sociedad mercantil es utilizada para cometer fraude, o que una “conducta impropia” está presente en una operación en particular que conlleva a deudas societarias,³⁴ o que la forma societaria es usada con el objetivo principal de evadir obligaciones o restricciones legales.³⁵ Una idea general es que la doctrina se encuentra disponible para prevenir el fraude, lograr la equidad³⁶ o evitar la transgresión del orden público³⁷ cuando haya abuso del privilegio corporativo.³⁸

Sociedades matrices y sus subsidiarias, así como sociedades afiliadas, son conceptos frecuentes en los que aplica esta doctrina.³⁹ Es una tendencia común entre empresarios la de crear diferentes sociedades con el objetivo específico de blindar y delimitar responsabilidad y de esta forma poder entrar

26. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 41.25.

27. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 665.

28. Thompson, *supra* nota 16.

29. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 666.

30. *Id.* en 665–66.

31. ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL [RESUMEN DE LAS LEYES DE CORPORACIONES] § 6.2 (5th ed. 2000).

32. HENN & ALEXANDER, *supra* nota 15; *ver también* HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.3 (caracterizando estas sociedades como ‘simulaciones,’ ‘cáscaras’ ó ‘ficción’).

33. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13.

34. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 667.

35. COX, HAZEN & O’NEAL, *supra* nota 5, § 7.3.

36. *Bartle*, 127 N.E.2d en 833.

37. HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.1.

38. *Id.*

39. *Id.*

en áreas de negocios nuevos y a veces riesgosos.⁴⁰ Usualmente en este caso, una sociedad más grande, llamada sociedad matriz, es la única o principal accionista de una sociedad subsidiaria.⁴¹ En este supuesto, el levantamiento del velo corporativo intenta imponer responsabilidad sobre la sociedad matriz por las obligaciones de la sociedad subsidiaria, y así, desatender la existencia separada de la última.⁴² Un caso similar es el que implica sociedades hermanas o afiliadas,⁴³ en el que la propiedad de las acciones se encuentra bajo el mismo centro de control y propiedad. En estos supuestos se ha señalado que los estándares legales aplicables son diferentes en cuanto al levantamiento del velo corporativo, y que los tribunales podrían ser más propensos a levantar el velo corporativo cuando el accionista es otra sociedad.⁴⁴

Un primer paso para estudiar la doctrina del levantamiento del velo corporativo es ponerla dentro de los distintos contextos donde puede aplicarse, tal como la responsabilidad por un hecho ilícito (*tort liability* en inglés, nota del traductor), responsabilidad contractual, disposiciones legales o, a veces, asuntos penales.⁴⁵ Con respecto a aquellas dos primeras áreas del derecho, existe una tendencia en cuanto a identificar criterios y estándares distintos, con respecto a reclamaciones de terceros que derivan sus reclamaciones bien de un contrato o por el contrario, de un hecho ilícito.⁴⁶ Se dice que en el caso de la responsabilidad contractual, el tercero que acciona legalmente había acordado voluntariamente, y con conocimiento, con la sociedad y, de esta forma, asume el riesgo asociado con la responsabilidad limitada que corresponde a la forma societaria.⁴⁷ Al contrario, en casos de hechos ilícitos, la parte que acciona legalmente es un acreedor involuntario quien es víctima del hecho ilícito de la sociedad demandada.⁴⁸ Como consecuencia de esta distinción básica, las normas aplicables al levantamiento del velo corporativo para casos de contrato, deberían ser más rigurosas que las aplicables a casos de hechos ilícitos.⁴⁹ Un tribunal que analiza si se debe levantar el velo corporativo o no, con respecto a un caso de responsabilidad contractual, debería exigir “hechos adicionales determinantes” y aplicar normas más rigurosas para desatender la existencia societaria con el objeto de imponer responsabilidad sobre sus accionistas.⁵⁰ La legislación estatal o

40. *Id.*; ver también COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.7.

41. Ver MOYE, *supra* nota 11, en 177.

42. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 43.

43. *Ver id.*

44. HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.7.

45. COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5.

46. HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.4.

47. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 41.85.

48. HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.4.

49. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 41.85.

50. *Ver generalmente id.*

federal (de los Estados Unidos, nota del traductor) también es terreno fértil para el levantamiento del velo corporativo.⁵¹ En efecto, el levantamiento del velo corporativo puede ser necesario cuando la existencia separada de la forma societaria sea usada para evadir obligaciones, limitaciones o defraudar el orden público (*public policy* en inglés, nota del traductor) establecido en disposiciones legales.⁵²

Los estándares usados para aplicar esta doctrina se diferencian entre los distintos estados de los Estados Unidos,⁵³ y los criterios aplicables surgen en especial en la jurisprudencia más que en el derecho positivo, debido a que la mayoría de las leyes escritas simplemente ignoran la idea del levantamiento del velo corporativo.⁵⁴ Excepciones a estos señalamientos generales se encuentran en leyes federales, en las que consideraciones de orden público se imponen a abusos por parte de sociedades subsidiarias o afiliadas o a accionistas controlantes de las mismas.⁵⁵

No hay acuerdo entre autores y tribunales en cuanto a una estructura definida con respecto a los diferentes principios que soportan el levantamiento del velo corporativo.⁵⁶ Se hace referencia a tres acercamientos distintos o variantes cuando se trata del levantamiento del velo corporativo, a saber, la “instrumentalidad,” el “alter ego,” y las doctrinas de la “identidad.”⁵⁷ Bajo “la doctrina de la instrumentalidad” tres factores deben estar presente:

- 1) Control excesivo por parte del accionista sobre la sociedad;
- 2) Conducta indebida o ilegal por parte del accionista;
- 3) La relación causal entre el control excesivo y el daño o pérdida sufrida por el tercero que acciona legalmente.⁵⁸

La doctrina del “alter ego” permite el levantamiento del velo corporativo cuando: 1) hay unidad en la propiedad y en el interés entre dos sociedades afiliadas y de esta forma la sociedad subsidiaria ha dejado de ser una entidad separada y se ha convertido simplemente en un “alter ego” de la sociedad matriz; y 2) el reconocimiento de la existencia separada traería un resultado injusto.⁵⁹

51. *Ver generalmente* HAMILTON, *supra* nota 31.

52. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.03; *ver también* HAMILTON, *supra* nota 31, § 6.12.

53. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13.

54. Thompson, *supra* nota 16, en 1041.

55. *Ver generalmente* BLUMBERG, *supra* nota 2, § 1.01.

56. *Ver generalmente* BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.2.

57. *Id.*; *ver también* COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.3.

58. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.2; *ver también* COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, §

7.3.

59. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.2; *ver también* COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, §

7.3.

En cuanto a la doctrina de “la identidad,” se ha dicho que es una variación de las doctrinas de “la instrumentalidad” y del “alter ego,” y que los tribunales han recurrido a ella al describir una sociedad como simplemente “una farsa” o “una cáscara” completamente controlada por otra sociedad.⁶⁰

Estas tres doctrinas parecen ser diferentes acercamientos semánticos al mismo razonamiento, y algunos académicos y tribunales las consideran intercambiables.⁶¹ La existencia de estas doctrinas no provee de una fórmula general aplicable a todos los casos, y así, el levantamiento del velo corporativo supone una interrogante que tiene que ser hecha en forma casuística a la luz de los hechos y circunstancias particulares.⁶²

Estas tres doctrinas buscan el mismo objetivo, a saber, desaplicar la existencia separada de la sociedad que es, por sí mismo, sólo un elemento del levantamiento del velo corporativo.⁶³ El análisis apunta a definir elementos generales para determinar si realmente la sociedad bajo escrutinio es en realidad una entidad separada.⁶⁴ Tales elementos se refieren a:

- 1) Control o dominio sobre la sociedad;
- 2) Asuntos financieros; y
- 3) Ausencia de formalidades.

La interrogante se basa en los hechos y existe una dificultad en cuanto a realizar formulaciones universales a estos elementos.⁶⁵ Cada caso debe ser considerado como *sui generis*, y debe ser analizado y evaluado con base en los hechos subyacentes,⁶⁶ requiriendo que los tribunales dependan de “listas de mercado” (*laundry lists* en inglés, nota del traductor) provistas por la jurisprudencia.⁶⁷ El profesor Blumberg ofrece una detallada lista de circunstancias donde la existencia separada de una sociedad subsidiaria en un supuesto de sociedad subsidiaria y matriz, puede ser desatendida a efectos del velo corporativo.⁶⁸ Entre ellos se encuentran:

- 1) La propiedad por parte de la sociedad matriz de todas o la mayor parte de las acciones de la sociedad subsidiaria;
- 2) Gerentes y directores comunes;
- 3) La matriz financia a la subsidiaria;
- 4) Infracapitalización grave;

60. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.2.

61. *Id.*; ver también COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.3.

62. Ver COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, § 7.3.

63. Ver BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.4.

64. Ver generalmente *id.*; ver también HAMILTON, *supra* nota 31, §§ 6.5–6.6.

65. Ver generalmente FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 41.95.

66. *Id.*

67. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.4.

68. *Id.*

- 5) La sociedad matriz paga los salarios de los empleados de la subsidiaria u otros gastos o pérdidas;
- 6) La sociedad no tiene operaciones excepto con la sociedad matriz y ningún activo, sino lo transmitido por la sociedad matriz;
- 7) Uso y confusión de activos y de negocios;
- 8) Los gerentes de la subsidiaria obedecen órdenes de la sociedad matriz en interés de esta última y la toma de decisiones es realizada por la sociedad matriz;
- 9) Ausencia de formalidades;
- 10) Operaciones de préstamo inter-compañías y/o contratos que benefician a la sociedad matriz;
- 11) Consolidación de declaraciones de impuestos y/o consolidación de estados financieros;
- 12) Confusión de fondos, activos, supervisión y actividades;
- 13) La subsidiaria funciona sin obtener ganancia.⁶⁹

Un elemento adicional de la doctrina del levantamiento del velo corporativo es la severidad del hecho ilícito que se intenta impedir por medio de su utilización. Siendo una acción legal de equidad (*equitable remedy* en inglés, nota del traductor) por naturaleza,⁷⁰ la parte que acciona legalmente debe demostrar el resultado injusto que ocurriría en caso de que la existencia separada de la sociedad no sea objeto de desaplicación.⁷¹ Hay acercamientos distintos entre los distintos estados de los Estados Unidos con respecto a este elemento.⁷² Algunos estados requieren que “el fraude” sea alegado y probado,⁷³ en tanto que otros estados no requieren de tal estándar, sosteniendo que es suficiente prueba que la sociedad es una mera instrumentalidad.⁷⁴ Algunas jurisdicciones, como Florida y Oregon, no requieren de fraude como un elemento, pero en cambio requieren un estándar intermedio, como la evidencia de alguna “conducta impropia” de parte de la sociedad.⁷⁵

A pesar del hecho de que esta doctrina se ha desarrollado por más de un siglo,⁷⁶ hay aún fuertes críticas entre académicos en cuanto a su extensión, criterios y estándares aplicables a la misma.⁷⁷ Mucha de la crítica se

69. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.4; ver también COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* nota 5, §§ 7.3–7.6.

70. FLETCHER ET AL., *supra* nota 13, § 41.25.

71. *Id.*

72. *Id.* § 41.28.

73. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 667 (citando *Bartle*, 127 N.E.2d en 833).

74. Cane & Burnett, *supra* nota 3, en 667.

75. *Id.* en 667–68.

76. Ver WORMSER, *supra* nota 24, en 44–45.

77. Ver BLUMBERG, *supra* nota 2, §§ 2.02.2, 2.02.5. El profesor Blumberg comienza su conclusión acerca de la doctrina diciendo: La jurisprudencia relativa a levantar el velo tiene defectos

relaciona con los términos y metáforas usadas para describir la misma y sus circunstancias circundantes.⁷⁸ Incluso desde 1926, el juez Cardozo, al tiempo que anuló una orden de la Corte de Apelaciones de Nueva York que había declarado responsable al accionista de la sociedad demandada, indicó que las metáforas en la ley deben ser vigiladas de cerca.⁷⁹ Esta crítica señala el hecho de que los tribunales han sido prolíficos en el uso de una colección de términos figurativos y concluyentes para referirse a la doctrina,⁸⁰ pero no han logrado crear una elaborada doctrina que provea de guía eficaz para el análisis judicial.⁸¹ Igualmente, la carencia de un esquema legal ha conducido a los tribunales a solucionar el tema en forma casuística,⁸² recurriendo a “listas de mercado” con distintos factores, en lugar de depender de una teoría bien definida al aplicar la doctrina.⁸³

III. SOCIEDADES MERCANTILES EN PAÍSES DEL DERECHO CIVIL: ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO SOCIETARIO EN LATINOAMÉRICA

En la tradición del derecho civil de los países latinoamericanos, las sociedades mercantiles han sido un área del derecho mercantil.⁸⁴ Históricamente, las sociedades de capital y las sociedades de personas fueron creadas bajo el concepto francés de *societas*,⁸⁵ o sociedades en español. El esquema legal que prevé la existencia, organización y normas aplicables para estas formas societarias, fue introducido por los códigos de comercio iniciales de los países latinoamericanos, bajo la influencia de los códigos de comercio francés y español.⁸⁶ Si bien algunos países han guardado este esquema legal bajo sus códigos de comercio,⁸⁷ muchos países han aprobado leyes especiales

muy graves. Se basa en conclusiones metafóricas, ‘el levantamiento del velo,’ aunque frecuentemente aplicado, ha aportado poca guía para los tribunales.

78. *Id.* § 2.02.1.

79. *Berkey v. Third Ave. Ry.*, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926).

80. Para una lista extensa de términos usados por los tribunales para referirse a las sociedades cuyas personalidades jurídicas están bajo escrutinio, ver HENN & ALEXANDER, *supra* nota 15, § 146 n.2.

81. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.5.

82. Thompson, *supra* nota 16, en 1043.

83. BLUMBERG, *supra* nota 2, § 2.02.4.

84. Conocido en español como *Derecho Comercial* o *Derecho Mercantil*. Ver Phanor J. Eder, *Company Law in Latin America [Derecho de Compañías en América Latina]*, 27 NOTRE DAME LAW. 5, 22 (1951).

85. *Id.* en 24.

86. *Id.* en 21–22.

87. *E.g.*, Código de Comercio [CÓD.COM.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 475, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); ver también Código de Comercio [CÓD.COM.], Decreto Ley 410 de 1971, Diario Oficial [D.O.] No. 33.339, 16 de junio de 1971 (Colom.).

que tratan específicamente con el tema de las sociedades mercantiles abrogando así las secciones correspondientes de sus códigos de comercio.⁸⁸

Bajo la influencia de los códigos de comercio francés y español, las sociedades mercantiles latinoamericanas están agrupadas en tres formas principales:

- 1) Sociedades en nombre colectivo;
- 2) Sociedades en comandita; y
- 3) Sociedades anónimas.⁸⁹

Un acercamiento diferente a estas categorías es el de agrupar a las sociedades mercantiles entre sociedades de personas (pareciéndose a las *partnerships* dentro del sistema estadounidense) y sociedades de capital (siendo su contrapartida estadounidense las *corporations*).⁹⁰

Las sociedades de personas están fundadas en la idea de una asociación, y la identidad de los socios⁹¹ es un elemento esencial de la misma al punto que es necesario que el nombre de la firma incluya los nombres de uno o más socios.⁹² En las sociedades de personas, aunque son consideradas como entidades separadas, sus socios son totalmente responsables en cuanto a las obligaciones de las mismas.⁹³

De otro lado, las sociedades de capital⁹⁴ están arraigadas en la idea de que el elemento esencial de la empresa es el activo de la misma y no la

88. E.g., *Ley General de Sociedades Mercantiles* [L.G.S.M.] *modificada*, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 28 de julio de 2006 (Mex.); *ver también* Ley No. 26887 *Ley General de Sociedades* [L.G.S.], Diario Oficial El Peruano [D.O.], No. 6374, 9 de diciembre de 1997 (Perú), *disponible en* <http://www.congreso.gov.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26887.pdf> (última visita el 5 de octubre de 2007).

89. *Ver* Eder, *supra* nota 84, en 22; *ver también* L.G.S.M., art. 1, 28 de julio de 2006 (Mex.).

90. *Ver* VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA Q-Z* 528 (Editorial Porrúa 2d ed. 2004).

91. Consistencia en las traducciones de ciertos términos del inglés al español y del Derecho Civil al *Common Law* resulta a veces en un problema. Por ejemplo, cuando se traduce literalmente, la palabra "socio," es "*partner*." "Socio" es un término genérico para los miembros de cualquier negocio, mientras que "*partner*," en inglés, es un término legal específico para las personas que forman la *partnership*, excluyendo cualquier otro tipo de sociedad. *Ver* LOUIS A. ROBB, *DICTIONARY OF LEGAL TERMS SPANISH-ENGLISH AND ENGLISH-SPANISH [DICCIONARIO LEGAL ESPAÑOL-INGLÉS E INGLÉS-ESPAÑOL]* 114, 194 (Editorial Limusa 1990) (1967); *ver también* BLACK'S LAW DICTIONARY 915 (8th ed. 2004).

92. *Ver, e.g.*, VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* nota 90; L.G.S.M., arts. 25-26, 51-52, 28 de julio de 2006 (Mex.).

93. VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* nota 90; *ver también* L.G.S.M., arts. 25, 51, 28 de julio de 2006 (Mex.).

94. Una traducción de sociedades de capital al inglés sería *stock companies*, sin embargo, tal traducción sería inadecuada pues las sociedades de responsabilidad limitadas, mayor conocidas por su abreviación "S.R.L. o S. de R.L.," mientras son en efecto sociedades de capital, no emiten acciones con la idea que su capital no debe circular con facilidad. *Ver, e.g.*, L.G.S.M., art. 58, 28 de julio de 2006 (Mex.).

identidad de los socios, cuyo nombre no es siquiera requerido en el nombre de la firma.⁹⁵ La forma más pura entre las sociedades de capital es la sociedad anónima o compañía anónima, a saber, la empresa de acciones, en la que, como indica su propio nombre, la identidad de los accionistas no es relevante para los propósitos del nombre de la firma.⁹⁶ La otra forma común de sociedades de capital es la Sociedad de Responsabilidad Limitada,⁹⁷ también conocida por sus distintas abreviaturas S. de R.L. o S.L.R. A veces la S.R.L. se considera como el equivalente de la *Limited Liability Company (L.L.C.)* estadounidense, y otras veces como una especie de *corporation*.

Hoy en día, desde el punto de vista pragmático, las sociedades de personas son raramente utilizadas, haciendo inusual el manejo de sociedades en nombre colectivo y sociedades en comandita. Sin embargo, podrían aún ser utilizadas como herramientas para estructurar consorcios de empresas en un intento de aprovechar esquemas impositivos transparentes, en los cuales los socios son objeto de imposición mientras que la sociedad no, evitando de esta forma la doble imposición.⁹⁸

Históricamente, la categoría de más uso y preeminencia en cuanto a sociedades mercantiles, es la sociedad de capitales, la cual dentro de la tradición del derecho civil de los países latinoamericanos, puede presentarse como la contrapartida de la *corporation* estadounidense.⁹⁹ Incluso dentro de esta categoría, el empleo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, originalmente diseñada para empresas familiares o empresas de tamaño pequeño o medio,¹⁰⁰ gradualmente ha sido abandonado debido a la simplicidad y a las ventajas del uso de la sociedad anónima.¹⁰¹ Recientemente la forma societaria más extensamente usada es la de la sociedad anónima.¹⁰²

Para propósitos de este artículo nos referiremos a las sociedades de capital como la contrapartida latinoamericana de la *corporation*. Así, cuando nos referimos a una sociedad dentro de este contexto, nos estaremos refiriendo a las sociedades mercantiles, específicamente a las sociedades de capital, donde el concepto del levantamiento del velo corporativo tiene relevancia; no sólo debido al empleo masivo de estas formas societarias en

95. Eder, *supra* nota 84, en 21.

96. Ver Eder, *supra* nota 84, en 22.

97. Ver, e.g., CÓD.COM. No. 475, art. 312, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); ver también L.G.S.M. arts. 1, 58, 28 de julio de 2006 (Mex.).

98. Ver, e.g., Ley de Impuesto Sobre la Renta [L.I.S.R.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 5.566, art. 10, 28 de diciembre de 2001 (Venez.), disponible en <http://www.leyesvenezolanas.com/lisr.htm> (última visita el 5 de octubre de 2007).

99. Ver Eder, *supra* nota 84, en 21–24.

100. VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* nota 90, en 517.

101. *Id.* en 518.

102. *Id.*; ver también Levis Ignacio Zerpa, *El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima*, disponible en <http://www.zur2.com/fcjp/116/zerpa.htm> (última visita el 14 de julio de 2007).

todos los ámbitos de la economía, sino también debido a los conceptos fundamentales de la personalidad y la responsabilidad separada, los cuales las sociedades latinoamericanas disfrutan.

Al igual que sus contrapartidas estadounidenses, estas sociedades latinoamericanas tienen, como rasgo predominante, la responsabilidad separada y limitada de su socios¹⁰³ con respecto a las obligaciones de la sociedad.¹⁰⁴ Tal parece que la mayoría de las leyes latinoamericanas que se ocupan de las sociedades establecen la existencia separada de estas entidades, lo cual resulta en la responsabilidad limitada de su socios en cuanto a las deudas sociales.¹⁰⁵ Por ejemplo, el Artículo 51 de la Ley General de Sociedades de Perú, dentro de la sección de Sociedades Anónimas establece que, “[e]n la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales.”¹⁰⁶ Esta misma ley peruana, al ocuparse de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, establece que “[l]os socios no pueden exceder de veinte y no responden personalmente por las obligaciones sociales.”¹⁰⁷ Asimismo, la Ley 32 de 1927 Sobre Sociedades Anónimas de Panamá establece que “[l]os accionistas sólo son responsables con respecto a los acreedores de la compañía hasta la cantidad que adeuden a cuenta de sus acciones.”¹⁰⁸ Como se demuestra en los ejemplos anteriores, un rasgo distintivo del sistema del derecho civil es que la creación, organización y regulación de una ficción legal, como lo son las sociedades, es principalmente una creación legislativa y depende del derecho positivo.¹⁰⁹

103. En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, S.R.L., sus miembros son “socios,” y en las Sociedades Anónimas sus miembros son “accionistas.”

104. Ver Ethan D. Alyea, *Subsidiary Corporations Under the Civil and Common Law [Corporaciones Subsidiarias Bajo el Derecho Civil y Common Law]*, 66 HARV. L. REV. 5, 1227 (1952); ver también VI INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *supra* nota 90; L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.).

105. Ver e.g., Cód.COM. No. 475, arts. 201(3), 312, 21 de diciembre de 1955 (Venez.); L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.); Código de Comercio [Cód.COM.] Ley 3284, La Gaceta No. 119, art. 102, 27 de mayo de 1964 (Costa Rica); Código Civil [C.C.] Lei No. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, arts. 1.052, 1.088, D.O.U. de 11.01.2002 (Brasil); Ley No. 19.550, 30 de marzo de 1984, [25397] B.O. (Arg.); Cód.COM., Decreto Ley 410, arts. 353, 373, 16 de junio de 1971 (Colom.).

106. L.G.S., art. 51, 9 de diciembre de 1997 (Perú), *disponible en* <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26887.pdf> (última visita el 5 de octubre de 2007).

107. *Id.* art. 283.

108. Ley 32 de 1927 (de 26 de febrero) Sobre Sociedades Anónimas, Gaceta Oficial [G.O.] No. 05067, art. 39, 16 de marzo de 1927 (Pan.).

109. Ver generalmente Pejovic, *supra* nota 4.

IV. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA EN PAÍSES DE DERECHO CIVIL: MARCO LEGAL

Como se mencionó con anterioridad, dentro de la tradición del derecho civil, no existen conceptos de equidad (*equity* en inglés, nota del traductor).¹¹⁰ Los principios legales y las doctrinas deben ser creados dentro de un esquema de leyes positivas.¹¹¹ Se ha dicho que el sistema de derecho civil es "cerrado," en el sentido de que cada situación posible es gobernada por un número limitado de principios generales.¹¹² Además, en teoría, no hay ningún método de mitigar los resultados gravosos o injustos que impone el derecho positivo porque esto sería perjudicial sobre la certeza jurídica que permanece como objetivo mismo del sistema de derecho civil.¹¹³ Como consecuencia de esta visión, la judicatura no debe crear el derecho, sino simplemente interpretarlo y aplicar el derecho positivo promulgado por el poder legislativo del estado.¹¹⁴ De esta forma, cada principio asociado con justicia o con equidad debe estar incorporado a un esquema de derecho positivo.¹¹⁵

El derecho positivo, el cual es creado por la legislatura, y el cual limita las funciones de la judicatura, no es el mejor lugar para el desarrollo de una doctrina que nació dentro del ámbito de acciones legales basadas en la equidad (*remedies at equity* en inglés, nota del traductor).¹¹⁶ Bajo la visión más conservadora dentro de las jurisdicciones de derecho civil, las formas legales y las ficciones legales creadas por la ley positiva, no deben ser desatendidas debido a consideraciones de justicia o equidad. En efecto, los abogados así como los jueces en el derecho civil están formados para indagar en cuanto al cumplimiento de los esquemas legales aplicables, dando menos importancia a las operaciones subyacentes. De nuevo, la certeza toma prioridad sobre la equidad,¹¹⁷ y el principio de la existencia separada y la responsabilidad separada probablemente va a sobrevivir denuncias basadas únicamente en temas de justicia.

Sin embargo, sería injusto decir, como una proposición general, que el sistema de derecho civil siempre ha carecido de principios legales necesarios para desatender formas legales en obtención de la justicia. Los sistemas de derecho civil tradicionalmente han tenido previsiones y principios legales

110. APPLE & DEYLING, *supra* nota 8.

111. *Ver* MERRYMAN, *supra* nota 6, en 48-55.

112. RENE DAVID & JOHN E. C. BRIERLEY, MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE STUDY OF LAW [LOS SISTEMAS DE DERECHO MÁS IMPORTANTES DEL MUNDO HOY: ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO] § 322 (2d ed. 1978).

113. *Ver* APPLE & DEYLING, *supra* nota 8.

114. *Ver id.* en 37.

115. *Ver id.* en 36.

116. *Ver supra* notas 2-3.

117. *Ver* MERRYMAN, *supra* nota 6, en 48-53.

necesarios para tales propósitos. Tal es el caso, por ejemplo, de la acción pauliana—*actio pauliana*—en la que un acreedor tiene el derecho de demandar la anulación de operaciones hechas por un deudor cuando las mismas han sido realizadas con el objetivo principal de hacer insolvente al deudor, y así, defraudar a sus acreedores.¹¹⁸ Asimismo algunas jurisdicciones de derecho civil tienen previsiones legales en cuanto al fraude perseguido bajo un esquema legal, lo que se conoce como fraude a la ley, o también fraude de ley, en el que cualquier operación que, si bien es realizada bajo apariencia de un esquema legal, si la misma persigue un resultado contrario a la ley, será considerada como un fraude a la ley, y así no excluirá la operación de las normas aplicables a la operación subyacente.¹¹⁹ Sin embargo, si bien existen en teoría, e incluso están contempladas en las leyes, tales mecanismos legales son, desde el punto de vista práctico, raramente usados en países latinoamericanos.¹²⁰ Esta renuencia es tan sólo el resultado natural de un sistema legal que da más importancia a la certeza jurídica en lugar que a resultados acordes con la justicia,¹²¹ y refleja una judicatura tradicionalmente tímida en cuanto a salir del significado literal del derecho positivo.¹²²

V. RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina del levantamiento del velo corporativo ha intentado hacerse camino a través de América Latina. Las razones de esta necesidad son las mismas que las que existen en los Estados Unidos. Tal como un académico del derecho civil apuntó, “[e]l instrumento de la personalidad jurídica ha contribuido, como otros mecanismos jurídicos, a la expansión del capitalismo, pero pronto los abusos cometidos mediante su utilización para fines ilícitos han producido indignación, y un esfuerzo de la jurisprudencia, de la doctrina, y, luego, de la legislación, por combatir estos abusos.”¹²³

118. I INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA A-B 63 (Editorial Porrúa 2d ed. 2004); e.g., Código Civil [CÓD.CIV.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 2.990, art. 1.279, 26 de julio de 1982 (Venez.); ver también Código Civil [CÓD. CIV.], art. 961, Boletín Oficial [B.O.] No. 340, 25 de septiembre de 1869, (Arg.).

119. Ver, e.g., Victor M. Peralta Reyes, *Fraude a la Ley y Fraude a los Acreedores. La Acción Revocatoria Ordinaria o Pauliana*, 121 L.L., 26 de junio, 2006 (Arg.), disponible en <http://www.laley.com.ar/download/diarioll/diario26-06-2006.pdf> (última visita el 5 de octubre de 2007).

120. Ver, e.g., U.S. AGENCY FOR INT’L DEV.,: TRADE AND COMMERCIAL LAW ASSESSMENT EL SALVADOR FINAL REPORT [AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL: REPORTE FINAL DE LA EVALUACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL EN EL SALVADOR] (2004), disponible en http://www.bizlawreform.com/country_assess/EI%20SalvadorTCLA.pdf (última visita el 17 de julio de 2007).

121. Ver MERRYMAN, *supra* nota 6, en 48–53.

122. Ver generalmente Zerpa, *supra* nota 102.

123. I FRANCISCO VICENT CHULIA, COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL 209 (2d ed. 1986).

El derecho positivo es todavía la fuente principal obligatoria en jurisdicciones de derecho civil, y la práctica común es la de referirse a las leyes escritas en apoyo de la aplicación de principios legales. Por ejemplo en el 2002, el poder legislativo federal de Brasil promulgó el Artículo 50 del Código Civil. Este artículo creó el concepto de abuso de la personalidad separada basado en la confusión del activo o la desviación del objetivo de la sociedad, imponiendo responsabilidad sobre los miembros de una sociedad.¹²⁴

Esta norma de derecho positivo fue promulgada dentro del Código Civil brasileño bajo el título dedicado a *Das Pessoas Jurídicas* (Las Personas Jurídicas) y así, es ahora un principio legal de uso general, dando a Brasil una posición preeminente dentro de la mayoría de los países latinoamericanos en lo que concierne a la evolución de la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Sin embargo, el caso brasileño es todavía excepcional dentro de la región, siendo que América Latina en su mayoría no dispone aún de derecho positivo que cree este principio con alcance general.

Al contrario del ejemplo brasileño, la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas se han acercado a la doctrina a través de áreas muy específicas del derecho, en lugar de a través de una proposición de alcance general. En efecto, la doctrina del levantamiento del velo corporativo encontró terreno fértil en aquellas áreas del derecho donde la noción del orden público¹²⁵ está presente. El orden público impone la aplicación de preceptos y consecuencias legales a pesar de cualquier esfuerzo por parte de particulares para evadir o esquivar tales consecuencias. Un ejemplo claro de estas disciplinas legales es el derecho tributario.¹²⁶ En efecto, el Artículo 7 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), principalmente pensado para países de América Latina, establece que las formas legales adoptadas por contribuyentes no son obligatorias para la interpretación de la legislación tributaria por parte de los jueces, quienes aplicarán la ley tributaria en base a

124. C.C. Lei No. 10.406, art. 50, 10 de Janeiro de 2002 (Brasil).

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. [En caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por el desvío de su finalidad, o por la confusión patrimonial, el juez podrá decidir, a requerimiento de parte, o del Ministerio Público cuando le corresponda intervenir en el proceso, que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones sean extendidos a los bienes particulares de los administradores o socios de la persona jurídica.]

Id.

125. *Public Policy* en inglés. LOUIS A. ROBB, *supra* nota 91, en 202.

126. O Derecho Fiscal, *id.* en 218.

la realidad y no en base a las meras formas legales.¹²⁷ Además, este mismo artículo del Modelo de Código Tributario del CIAT es incluso redundante cuando establece que siempre que una forma legal es abiertamente inadecuada a la realidad de una operación sujeta a imposición, la legislación tributaria será aplicada desatendiendo aquellas formas. Adicionalmente al derecho tributario, existen algunas otras áreas del derecho donde el orden público ha impuesto la aprobación de previsiones legales que introducen la noción del levantamiento del velo corporativo. Entre tales áreas del derecho se encuentran la legislación bancaria, la legislación relativa a protección al consumidor, la legislación bursátil, la legislación antimonopolio y el derecho laboral.

Para la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas, la doctrina del levantamiento del velo corporativo ha encontrado su entrada al sistema legal por vía de legislación donde su aplicación se limita a áreas particulares del derecho en lugar de ser un principio legal de aplicación general. Así, el paso siguiente y el desafío para estas jurisdicciones, es seguir los pasos del sistema legal brasileño, e impulsar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo como un principio de aplicación general. Bajo esta aproximación la doctrina sería aplicable más allá de los límites de la noción del orden público, y se haría disponible en beneficio de acreedores privados. Esta evolución puede ser alcanzada bien bajo un esquema legislativo, y así, dentro de la tradición más conservadora de países de derecho civil, o bien por medio del desarrollo de la jurisprudencia. Incluso dentro de un país de una tradición de derecho civil profundamente arraigada, como lo es España, la doctrina fue creada por la jurisprudencia y no a través de un acto legislativo.¹²⁸

VI. TENDENCIAS EN TRES PAÍSES LATINOAMERICANOS

A. México

El sistema legal mexicano comparte la proposición general de la existencia separada de las sociedades mercantiles y la de responsabilidad limitada de sus socios.¹²⁹ México es un ejemplo de una aceptación temprana de un mecanismo legal con el propósito de imponer responsabilidad sobre los socios de una sociedad mercantil, pero aún vacilante en cuanto a la aplicación de la doctrina, a saber, la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

127. MODELO DE CÓDIGO TRIBUTARIO, art. 7 Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. [CIAT] [Código Tributario art. 7], disponible en www.unav.es/tributario/Documentos/modelo_codigo_tributario_1997.pdf (última visita el 21 de julio de 2007).

128. Jorge Angell, *Piercing the Corporate Veil: A Spanish Perspective* [Levantando el Velo Corporativo: Una Perspectiva Española] 15 COMP. L. Y.B. INT'L BUS. 341, 341-42 (1993).

129. L.G.S.M., arts. 58, 87, 28 de julio de 2006 (Mex.).

Siendo un país dentro de la tradición del derecho civil, cualquier análisis legal comienza, no con la jurisprudencia o con nociones de equidad, sino con el derecho positivo. Tan pronto como 1940, México aprobó una ley federal,¹³⁰ que, dentro del ámbito de actividades de oferta pública de acciones, proporcionó un mecanismo legal para imponer responsabilidad a los accionistas de una empresa de capital público con respecto a las deudas sociales.¹³¹ Tal legislación se encuentra actualmente abrogada.¹³² El Artículo 13 de la ley, ahora abrogada, establecía la responsabilidad personal e ilimitada de cualquier persona que controlara la operación de un Sociedad Anónima por cualquier hecho ilícito atribuible a la misma, sin reparar en el hecho que tal persona fuera dueño o no de la mayoría de las acciones.¹³³ Tal previsión legal tenía dos conceptos fundamentales, primero, el control por parte de una persona,¹³⁴ y el segundo, actos ilícitos por parte de la sociedad mercantil. Tales conceptos eran tan amplios que la previsión podría haber sido interpretada para abarcar varias situaciones en las que el levantamiento del velo corporativo era apropiado. De un lado, la ley no definió y no restringió el significado de “control.” De hecho, la ley no usó ningún adjetivo hoy día extensamente usados, como son el control “eficaz” o “real,” en un intento de limitar el concepto. Por otro lado, en cuanto a los actos ilícitos, la ley no limitó tal concepto a una categoría específica.¹³⁵ La ley utilizó un término genérico dejando las puertas abiertas para interpretación judicial.

A pesar del reconocimiento temprano por parte del derecho positivo mexicano de esta técnica legal, no fue sino hasta 1983, 43 años después de su promulgación,¹³⁶ que el Tribunal Supremo mexicano finalmente aplicó el

130. Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas [L.E.R.V.P.A.S.A.], *abrogada*, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 1 de febrero de 1940 (Mex.), citado en Walter Frisch Philipp, *La Abrogación de la Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas* 1 REVISTA DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO 79, 79–82 (1990), disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/1/dtr/dtr5.pdf> (última visita el 5 de octubre de 2007).

131. *Ver generalmente id.*

132. *Id.*

133. “Las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la compañía.” *Id.* art. 13.

134. La palabra “persona” en este contexto se puede leer tanto como un individuo o como una entidad legal, por lo tanto, la parte de la ley que fue abrogada puede que haya extendido la responsabilidad de un individuo o de una sociedad, es decir, entre la sociedad principal, las subsidiarias o una sociedad afiliada.

135. L.E.R.V.P.A.S.A., 1 de febrero de 1940 (Mex.).

136. Un autor reporta que esta decisión judicial era la única que aplicó el artículo 13 hasta su abrogación. *Ver* Philipp, *supra* nota 130.

Artículo 13 a un caso conocido por el Tribunal.¹³⁷ En esta decisión el Tribunal Supremo mexicano aceptó la doctrina de la develación de la sociedad anónima, un término que fue introducido por primera vez por un autor mexicano en 1972¹³⁸ y que permanece como el término de aceptación general en México. El Tribunal incluso afirmó que la aplicación del Artículo 13, y así de la doctrina, no estaba restringido al alcance limitado de la ley dentro de la cual había sido promulgado, a saber, sociedades de capital público, sino por el contrario, era una doctrina de aplicación general a toda Sociedad Anónima.¹³⁹ Quizás la razón por la cual el Artículo 13 no había sido usado antes por profesionales y tribunales mexicanos era debido a su promulgación dentro del contexto de la ley de sociedades bursátiles. De alguna manera, parece el que el Tribunal Supremo mexicano indicó que la función apropiada del Artículo 13 era como legislación aplicable a sociedades mercantiles en general, en lugar de ser una ley que específicamente aplicaba a la oferta pública de acciones.

A pesar de esta notable declaración de parte del Tribunal Supremo mexicano, que abría las puertas para el empleo de la doctrina, no existen reportes de la aplicación posterior del Artículo 13 por parte de tribunales mexicanos.¹⁴⁰ Posteriormente, según un decreto publicado el 14 de enero de 1988, la Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas fue derogada¹⁴¹ eliminando así, la ya escasamente usada doctrina.

Después de este temprano y fracasado intento de introducir la doctrina al sistema legal mexicano, doctrinarios y profesionales indican correctamente que su desarrollo actual en México es escaso, y quizás su uso está detenido en este momento.¹⁴² Una vez más el dogma de la existencia separada y de la responsabilidad limitada por la parte de los socios recibe preeminente aplicación independientemente de cualquier empleo abusivo del privilegio societario. Todavía se dice que en México el velo corporativo impone una

137. SOCIEDADES ANÓNIMAS, RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA ILIMITADA DE LA PERSONA O PERSONAS QUE CONTROLAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS. ALCANCE DEL ARTICULO 13 DE LA LEY QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS PARA LA VENTA AL PÚBLICO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 175-80 Cuarta parte, septiembre de 1983, Tesis Aislada, Página 148 (Mex.), disponible en <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnenesislnkTmp.asp?nlus=240388&cPalPrm=DEVELACION,&cFrPrm=> (última visita el 28 de julio de 2007).

138. Philipp, *supra* nota 130, en 80 n.3.

139. La decisión judicial no analizó otros tipos de entidades sociales comúnmente usadas en México, tales como la "Sociedad de Responsabilidad Limitada," abreviada como "S. de R.L."

140. Ver Philipp, *supra* nota 130, en 81.

141. *Ver id.*

142. Romelio Hernández, *Levantando el Velo Corporativo en México*, <http://hmlh-law.com/rasgandoelvelo.htm> (última visita el 29 de julio de 2007).

firme separación entre el activo y las deudas de las sociedades y aquellas de sus accionistas.¹⁴³

Sin embargo, los mecanismos legales que persiguen el levantamiento del velo todavía aún reciben gran atención en México. Por un lado, existen algunas áreas específicas del derecho que contienen previsiones legales que permiten el levantamiento del velo corporativo. Tal es el caso de la relativamente nueva Ley del Mercado de Valores.¹⁴⁴ El contexto para la aplicación de esta legislación está expresamente limitado a las sociedades anónimas bursátiles, es decir, las sociedades mercantiles que tienen acciones que son negociadas públicamente en el mercado de valores. El Artículo 3 de esta ley establece el concepto de los grupos de empresas,¹⁴⁵ que serán considerados como una entidad por sí mismos para los efectos de la aplicación de las normas relativas a disponibilidad pública de información, contabilidad y otras operaciones previstas en la ley.¹⁴⁶ Según el Artículo 3, el concepto principal que permite su aplicación es el ejercicio del control. El Artículo 2(X) de la ley define el grupo empresarial, requiriendo la propiedad, sea directa o sea indirecta, sobre las acciones de otras sociedades.¹⁴⁷

Otro ejemplo del uso de la doctrina expresamente limitado a legislación bancaria y financiera, lo es la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras¹⁴⁸ por el cual su Artículo 28 impone la responsabilidad de una sociedad controladora con respecto a las deudas de sus subsidiarias.¹⁴⁹ El Artículo 15 de la ley describe corporaciones financieras controladoras aquellas que tienen más de la mitad de las acciones, con derecho al voto, sobre las subsidiarias de las sociedades financieras.¹⁵⁰ Ni la mala fe, ni actos ilícitos, son requeridos para dar paso a esta responsabilidad, pero si bien, esta responsabilidad es ilimitada, también es subsidiaria en el sentido que el activo del deudor original debe ser insuficiente para cubrir las deudas sociales. Sólo entonces la responsabilidad alcanzará a la sociedad que ejerce control.

Una evolución de mayor importancia acerca de esta doctrina dentro del sistema legal mexicano, aún espera debate político dentro del parlamento mexicano. Hay un proyecto específico de ley, aún por discutir y aprobar, que

143. Jorge Robles Madrigal, *¿En qué Consiste el Velo Corporativo?*, disponible en http://rt-abogados.com/docs/AMCHAM_Articulo_2003Oct08JRM.pdf (última visita el 29 de julio de 2007).

144. Ley del Mercado de Valores [L.M.V.], Diario Oficial de la Federación [D.O.], 30 de diciembre de 2005 (Mex.), disponible en <http://leyco.org/mex/fed/89.html> (última visita el 5 de octubre de 2007).

145. Conocido en el sistema de derecho civil como "unidad económica." *Id.* art. 3.

146. *Id.*

147. L.M.V., art. 2(X), 30 de diciembre de 2005 (Mex.).

148. Ley para Regular las Agrupaciones Financieras [L.R.A.F.], Diario Oficial de la Federación [D.O.], 18 de julio de 1990 (Mex.), disponible en <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/186.pdf> (última visita el 5 de octubre de 2007).

149. *Id.* art. 28.

150. *Id.* art. 15.

proporciona un esquema legal a la doctrina. En efecto, en noviembre del 2002, fue presentado ante el poder legislativo federal mexicano el proyecto de la Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria.¹⁵¹ Este proyecto legislativo proporcionaría de un esquema legal explícito y amplio que aceptaría el mecanismo específico de desatender la existencia separada de una entidad legal.

Según esta ley, la judicatura y autoridades administrativas podrían aplicar el mecanismo, y así, desatender la existencia separada de sociedades mercantiles¹⁵² con el objetivo de imponer de responsabilidad a los miembros subyacentes.¹⁵³ Como es característico de la tradición de derecho civil, el proyecto intenta definir un concepto claro del mecanismo, y establecer principios generales que le sean aplicables. El Artículo 9 del proyecto indica que, para que el mecanismo sea aplicable, un análisis de tres elementos debe ser satisfecho:

- a) Elemento objetivo;
- b) Elemento subjetivo;
- c) Elemento resultante;

De alguna manera, la ley intenta tomar los elementos de la doctrina legal estadounidense.

El primero de tales elementos, a saber, el elemento objetivo, se refiere al control absoluto ejercido sobre la sociedad de parte de sus miembros subyacentes.¹⁵⁴ El proyecto trae una colección de criterios y ejemplos en cuanto a lo que puede constituir control absoluto de una sociedad por parte de un miembro subyacente. Entre tales criterios y ejemplos, el proyecto indica el proceso de toma de decisiones y de dirección de la sociedad, la concentración de sus acciones por una sociedad controladora o dentro de un grupo societario, la identidad de sus directores y gerentes, el empleo de su activo por la parte de la sociedad controladora, y finalmente, cualesquiera otros indicios que indiquen un control absoluto.¹⁵⁵

En cuanto al segundo elemento, a saber, el elemento subjetivo, el mismo requiere que se demuestre una conducta fraudulenta que intente defraudar a

151. Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria [L.D.P.J.S.], *borrador*, Gaceta Parlamentaria, 21 de noviembre de 2002 (Mex.), *disponible en* http://www.senado.gob.mx/content/sp/sp/content/gaceta/content/ordinaria/58/content/131/gaceta79.doc#inicienvivas_2 (última visita el 30 de julio de 2007).

152. *Id.* art. 3. El artículo 3 de la ley es aplicable a todas las entidades (menos a algunas entidades gubernamentales como la Federación, municipalidades, estados, entre otras entidades). Por lo tanto, la aplicación de la legislación propuesta iría más allá de las sociedades mercantiles.

153. *Id.* art. 7.

154. *Id.* arts. 10, 12.

155. *Id.* art. 13.

acreedores o evitar el cumplimiento de una ley de orden público.¹⁵⁶ La ley también trae una lista de ejemplos y presunciones legales en cuanto a lo que es fraude legal y conducta fraudulenta contra terceros acreedores. Algunos ejemplos de conducta fraudulenta contra terceros acreedores incluyen, la asignación de deuda a la sociedad, el empleo de sus activos, la concesión de préstamos no garantizados, y finalmente, también dentro de esta interrogante, cualesquiera otros indicios que indiquen conducta fraudulenta.¹⁵⁷ Finalmente, el tercer elemento de este mecanismo legal, a saber, el elemento resultante, requiere que se ocasione perjuicio o bien que el orden público se vea frustrado si la desestimación de la forma societaria no fuese concedida.¹⁵⁸

La ley referida no ha sido aprobada por la legislatura mexicana, y no está claro cuándo será alcanzada su aprobación. Sin embargo, un aspecto notable de esta reciente evolución lo es el hecho de que una doctrina de equidad nacida en el sistema legal estadounidense intenta hacer su entrada en el sistema de derecho civil mexicano, pero sólo a través del derecho positivo. De ahí que, de alguna manera, el derecho civil está aceptando la influencia de la jurisprudencia estadounidense, pero sólo a través de la codificación de ésta.

B. Argentina

Argentina es uno de los países latinoamericanos donde las teorías legales que buscan desatender la existencia separada de las sociedades mercantiles han tenido más atención por parte de la comunidad legal.¹⁵⁹ Artículos, libros, trabajos colectivos y simposios relativos a la materia son abundantes en Argentina.¹⁶⁰ Usualmente la teoría es referida bajo varios términos, a saber, inoponibilidad de la sociedad,¹⁶¹ desestimación de la personalidad jurídica,¹⁶² penetración de la persona jurídica,¹⁶³ y redhibición de personalidad.¹⁶⁴ Incluso el término inglés *disregard* es usado tanto por la

156. L.D.P.J.S., art. 14, 21 de noviembre de 2002 (Mex.).

157. *Id.* art. 20.

158. *Id.* art. 15.

159. *Ver generalmente* Marcelo Gustavo Barreiro, *Otra Vez Sobre la Inoponibilidad Societaria y el Fraude Laboral*, disponible en <http://www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000925.pdf> (última visita el 30 de julio de 2007).

160. *E.g.*, Efraín Hugo Richard, *Personalidad Jurídica. Inoponibilidad en RESPONSABILIDAD Y ABUSO EN LA ACTUACIÓN SOCIETARIA* 263 (Ricardo A. Nissen et al. eds., 2002), disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar/artpersonalidadjuridica.pdf> (última visita el 20 de octubre de 2007).

161. *E.g.*, Leandro J. Caputo, *Oponibilidad de la Personalidad Jurídica* (2004), disponible en <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0166.pdf> (última visita el 30 de julio de 2007).

162. *E.g.*, Hilda Zulema Zárene, *Personalidad Jurídica y su Desestimación*, disponible en www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarene.pdf (última visita el 30 de julio de 2007).

163. Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Doctrina de la Penetración de la Persona Jurídica*, (2002), disponible en <http://www.asociacion.org.ar/resenia/uno.html> (última visita el 30 de julio de 2007).

164. Hugo Richard, *supra* nota 160, en 303.

judicatura¹⁶⁵ como por los autores¹⁶⁶ cuando se refieren al origen de la doctrina en los Estados Unidos.

A pesar de la carencia de un esquema legal específico, tan pronto como 1972, la judicatura argentina comenzó a aceptar la posibilidad de desatender la existencia separada de las sociedades mercantiles con el fin de imponer responsabilidad a sus socios subyacentes, especialmente cuando las mismas correspondían a un grupo de empresas. Una decisión de especial importancia, conocida como *Swift-Deltec*, inició esta tendencia.¹⁶⁷ En *Swift-Deltec*, una subsidiaria argentina de un conglomerado empresarial transnacional estaba sujeta a un procedimiento de quiebra.¹⁶⁸ El Tribunal Supremo argentino revocó la sentencia del tribunal de apelaciones y confirmó la decisión previa del tribunal de la primera instancia que había declarado la responsabilidad sobre todas las sociedades que conformaban el grupo empresarial, bien estuviesen constituidas en Argentina o en el extranjero, con respecto a la deuda de la subsidiaria argentina sujeta a quiebra.¹⁶⁹ Después de *Swift-Deltec* y antes de la reforma legislativa de 1983,¹⁷⁰ la judicatura argentina fue abundante en decisiones que permitieron la desestimación de la existencia separada de sociedades mercantiles con el objeto de imponer responsabilidad, bien sobre otra sociedad dentro de un grupo empresarial, o bien sobre un individuo.¹⁷¹

Once años después de *Swift-Deltec*, en 1983, el poder legislativo federal argentino aprobó una reforma de la Ley de Sociedades Comerciales.¹⁷² El Artículo 2 de esta ley, dispone que las sociedades son sujetos de derecho con

165. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 31/08/2005, "Avila, Carlos Alberto v. Benjamín Gurfein S.A. y otros / recurso extraordinario" (Arg.), disponible en <http://www.scba.gov.ar/falloscomp/SCBA/2005/08-31/L81550.doc> (última visita el 30 de agosto de 2007).

166. Jorge D. Grispo, *Inoponibilidad de la Personalidad Societaria* 9, disponible en <http://www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf> (última visita el 22 de marzo de 2008); ver también Hugo Richard, *supra* nota 160, en 309.

167. Ver Salvador María Lozada, *A Treinta Años de "Swift-Deltec": Los Deberes Incumplidos de los Bancos Extranjeros*, LE MONDE DIPLOMATIQUE, Mar. 4, 2002, disponible en http://www.legalmania.com.ar/actualidad_general/art_salvador_lozada.htm (última visita el 1 de agosto de 2007).

168. Ver generalmente *id.*; ver también Eduardo M. Favier Dubois, *La Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria como Limite al Globalismo en la Argentina del Siglo XXI* 6 (2001), disponible en http://www.legalmania.com/derecho/desestimacion_personalidad_juridica.htm (última visita el Aug. 1, 2007).

169. Ver Dubois, *supra* nota 168.

170. Ver *infra* nota 172.

171. Ver generalmente Gabriel Tosto, *Algunas Notas Sobre la Desestimación de la Personalidad Jurídica en la Jurisprudencia Laboral*, http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-algunas_notas_desestimacion.htm (última visita el October 20, 2007).

172. Law No. 19.550, Mar. 30, 1984, [25397] B.O. (Arg.), disponible en <http://www.cnv.gov.ar/LeyesYReg/Leyes/19550.htm> (última visita el 30 de julio de 2007).

el alcance fijado en la ley.¹⁷³ El lenguaje restrictivo usado por la ley para referirse a la existencia separada de las sociedades mercantiles es considerado por algunos autores como una limitación inicial al privilegio corporativo dentro del sistema legal argentino.¹⁷⁴ Bajo tal aproximación, el Artículo 2 crea un mero recurso técnico—la sociedad—para buscar resultados en el ámbito de los negocios.¹⁷⁵ Sin embargo, este recurso técnico es simplemente una ficción legal y en realidad no es pre-existente a las normas legales.¹⁷⁶ De esta forma, la existencia separada no es una prerrogativa que merece deferencia por si misma, sino únicamente a la luz del objetivo buscado por la ficción que permite la creación de la sociedad.

Sin embargo, lo que es realmente notable en la reforma legislativa mencionada es la inclusión de una disposición específica que permite la desestimación de la existencia separada de las sociedades mercantiles.¹⁷⁷ Esta importante evolución en 1983, puso el sistema legal argentino adelante de otros países latinoamericanos. El Artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales dispone que “[l]a actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”¹⁷⁸

Los autores en Argentina han indicado que el Artículo 54 es la inclusión en el sistema legal argentino de la doctrina legal estadounidense de la desestimación de la existencia societaria, y así, permite el levantamiento del velo corporativo.¹⁷⁹ Sin embargo, algunos autores rechazan enérgicamente esta afirmación.¹⁸⁰ Los autores comienzan el análisis de esta técnica legal con la advertencia del carácter restrictivo del instituto¹⁸¹ en el sentido que la desestimación de la existencia separada de una sociedad es un mecanismo que es utilizable sólo en casos excepcionales. La existencia y responsabilidad separada de las sociedades son todavía conceptos generales aplicables en el sistema legal argentino.¹⁸²

173. *Id.* art. 2. “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley.” *Id.*

174. *E.g.*, Hilda Zulema Zárate, *supra* nota 162.

175. *Id.*

176. *Id.*

177. *Ver* Caputo, *supra* nota 161.

178. Law 19.550, art. 54, Mar. 30, 1984, (Arg.).

179. M. & M. Bomchil Abogados, *La Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria y el Artículo 54, Tercer Párrafo, de la Ley 19.550 de Sociedades Mercantiles* 3(B)(1), disponible en <http://www.bomchil.com/cas/articulos/LA%20INOPONIBILIDAD%20DE%20LA%20PERSONA%20JUR%20C3%8DDICA%20.pdf> (última visita el 30 de julio de 2007).

180. *Id.*

181. *Ver* Caputo, *supra* nota 161.

182. *E.g.*, Hugo Richard, *supra* nota 160, en 309.

Según el Artículo 54, el primer elemento para el uso de la doctrina de la desestimación está relacionado con el objetivo buscado por la conducta bajo escrutinio. Tal conducta debe estar dirigida, bien a alcanzar un objetivo fuera de los objetivos de la sociedad,¹⁸³ o bien usado como un mero instrumento para facilitar la violación a la ley y el orden público o la buena fe del público o defraudar los derechos de terceros.¹⁸⁴ La primera posibilidad, a saber, que la sociedad sea usada para objetivos más allá de los objetivos de la sociedad, merece mención específica. Tal language legal puede ser concatenado con el language del Artículo 1 de la ley,¹⁸⁵ que indica que una sociedad comercial puede ser constituida con el objetivo de dedicarse a la producción o comercio de bienes y servicios.¹⁸⁶ De esta forma, tal parece que la versión argentina de la doctrina del levantamiento del velo corporativo se basa en el fundamento y justificación misma del privilegio corporativo, a saber, favorecer el intercambio comercial. Bajo esta interpretación, el privilegio corporativo no merece deferencia per se, y puede ser desatendido. Como fue mencionado, la ley también trae como escenarios posibles que permiten el funcionamiento de la doctrina, la transgresión de la ley y del orden público, engañar la buena fe y defraudar a terceros acreedores. En cuanto a los efectos del mecanismo de protección legal, la ley hace posible imponer responsabilidad no sólo en aquellos socios que participaron en la conducta bajo escrutinio, sino también a otras personas que, aunque carecen de la condición de accionistas, ejercen control sobre la sociedad.

Se podría decir que el language de la ley argentina es tan amplio que corresponde a los tribunales decidir qué tan ampliamente quieren aplicar esta ley. Por ejemplo, dentro del área del derecho laboral hay muchas decisiones judiciales que desatienden la existencia separada de sociedades mercantiles.¹⁸⁷ La teoría de la desestimación es usada profusamente dentro de esta área donde impera el orden público para proteger los derechos de los trabajadores con respecto a los patronos quienes, en una tentativa de maximizar ganancias, intentan adoptar varias formas societarias bien para blindarse de responsabilidad o evitar las estrictas normas de esta disciplina legal.¹⁸⁸ Sin embargo, incluso dentro de esta área del derecho la aplicación

183. El artículo lee en parte: "consecución de fines extrasocietarios. . . ." Ley No. 19.550, art. 54, Mar. 30, 1984 (Arg.).

184. *Ver generalmente* M. & M. Bomchil Abogados, *supra* nota 179.

185. *Id.*

186. Ley No. 19.550, art. 1, Mar. 30, 1984 (Arg.). "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas." *Id.*

187. *Ver* Tosto, *supra* nota 171.

188. *Id.*

de la doctrina es todavía considerada como un mecanismo excepcional que debe ser limitado a casos específicos.¹⁸⁹

Algunos ejemplos donde la judicatura argentina ha decidido desatender la entidad societaria son aquellos donde hay fraude contra una obligación legal, por ejemplo, no reportar la contratación de trabajadores,¹⁹⁰ por el despilfarro del activo societario,¹⁹¹ o la infracapitalización de una sociedad.¹⁹² Notablemente, el language amplio usado dentro del esquema legal del sistema argentino permitirá a los tribunales adaptar y dar forma al mecanismo legal. La adopción temprana de la doctrina por parte de Argentina traerá como resultado que otros países latinoamericanos sigan los pasos de la versión argentina de la doctrina de la desestimación.¹⁹³

C. Venezuela

Como con cualquier otro país dentro de la tradición de derecho civil, cualquier análisis de la materia en Venezuela debe comenzar con el esquema de derecho positivo disponible. El Código de Comercio venezolano es la ley general que aborda las sociedades mercantiles.¹⁹⁴ El Artículo 201 del Código de Comercio establece la existencia separada de las sociedades mercantiles,¹⁹⁵ y cuando se trata de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, también indica que la responsabilidad de los socios está limitada al activo de la sociedad.¹⁹⁶ No hay ninguna norma con alcance general dentro del Código de Comercio que trate de la posibilidad de la desestimación de la existencia separada de una sociedad mercantil. Sin embargo, existen leyes especiales que abordan áreas específicas del derecho, donde el orden público está presente.¹⁹⁷ Algunas de tales áreas son el derecho tributario,¹⁹⁸ la

189. Diana Cañal, *Desestimación de la Forma de la Persona Jurídica en el Derecho del Trabajo*, disponible en <http://www.aal.org.ar/pon3-00.asp> (última visita el 31 de julio de 2007).

190. Los "pagos en negro" son una práctica muy frecuente en Argentina en la cual los empleadores no registran a un empleado como trabajador para evitar una serie de obligaciones legales como el pago de la seguridad social, pagos de prestaciones por terminación del trabajador, entre otras obligaciones. Ver Tosto, *supra* nota 171.

191. *Id.*

192. *Id.*

193. Ver Zerpa, *supra* nota 102.

194. Cód.COM. No. 475, arts. 200–358, 21 de diciembre de 1955 (Venez.).

195. Ver también Zerpa, *supra* nota 102.

196. E.g., Cód.COM. No. 475, arts. 201(3)–201(4), 21 de diciembre de 1955 (Venez.).

197. Ver generalmente Carlos Eduardo Acedo Sucre & Luisa T. Acedo de Lepervanche, *Los Grupos de Sociedades Desde la Óptica del Derecho de Obligaciones* § 2, disponible en http://www.menpa.com/PDF/2006_Grupos_de_sociedades_y_derecho_de_obligaciones_LAL_CEAS.pdf (última visita el 20 de julio de 2007).

198. Código Orgánico Tributario [Cód. ORG. TRIB.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 37.305, 17 de octubre de 2001, art. 16 (Venez.).

legislación sobre mercados de capitales,¹⁹⁹ la legislación sobre la libre competencia,²⁰⁰ el derecho del trabajo²⁰¹ y la legislación financiera y bancaria.²⁰² El objetivo principal de estas leyes es el de permitir la interpretación, bien por una autoridad administrativa o bien por parte de un juez, que ignore la condición de entidad separada, especialmente dentro del escenario de los grupos empresariales, con el propósito de aplicar las disposiciones legales específicas dentro de una área específica del derecho. De nuevo, se nota que la doctrina del levantamiento del velo corporativo tiene más probabilidades ser aceptada dentro del ámbito de los grupos empresariales, más que en contra de accionistas individuales.²⁰³ Así, la doctrina ha sido limitada como una técnica para que sociedades afiliadas y subsidiarias sean consideradas como una sola entidad.

Aparte del esquema legal aplicable, que aún no provee de una propuesta de aplicación general, Venezuela enfrenta una importante reforma en cuanto a las doctrinas sobre la desestimación del velo corporativo.²⁰⁴ Hay tendencias que procuran abandonar un acercamiento puramente literal y formalista a la interpretación de las normas jurídicas dentro del ámbito de las sociedades mercantiles.²⁰⁵ Así como un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia venezolano indicó en una oportunidad, la existencia separada de las sociedades mercantiles no es una realidad previa a la norma jurídica, sino simplemente un recurso técnico para alcanzar objetivos económicos.²⁰⁶ De otro lado, existe resistencia de parte de algunos autores para aceptar esta nueva doctrina, denunciando que “dentro de nuestro sistema positivo debe

199. Ley de Mercado de Capitales [L.M.C.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 36.565, art. 67, 22 de octubre de 1998 (Venez.), disponible en <http://www.leyesvenezolanas.com/lmc.htm> (última visita el 5 de octubre de 2007).

200. Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia [L.P.P.E.L.C.], [G.O.] No. 34.880, 13 de enero de 1992, art. 15 (Venez.), disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve/lpelc.html> (última visita el 5 de octubre de 2007).

201. Ley Orgánica del Trabajo [L.O.T.], [G.O.] No. 5.152 Extr., 19 de junio de 1997, art. 177 (Venez.), disponible en http://www.analitica.com/bitblib/congreso_venezuela/ley_del_trabajo.asp (última visita el 5 de octubre de 2007); ver también Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo [R.L.O.T.] [G.O.] No. 38.426, 28 de abril de 2006, art. 22 (Venez.), disponible en http://www.analitica.com/bitblib/venezuela/reglamento_ley_trabajo.asp (última visita el 5 de octubre de 2007).

202. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras [L.G.B.I.F.], [G.O.] No. 5.555 Extr., 13 de noviembre de 2001, art. 161 (Venez.), disponible en <http://www.leyesvenezolanas.com/lgbif.htm> (última visita el 5 de octubre de 2007).

203. Carlos Lepervanche Michelena, *La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo*, en ENSAYOS JURIDICOS EN CELEBRACION DE LOS 90 AÑOS DEL ESCRITORIO TINOCO, TRAVIESO, PLANCHART & NUÑEZ 101, (Caracas, 2004).

204. “Levantamiento del Velo Corporativo” es el término más usado en Venezuela para la doctrina.

205. Zerpa, *supra* nota 102.

206. *Id.*

sostenerse como principio general del derecho societario, la prevalencia del hermetismo de la personalidad jurídica.²⁰⁷

Un paso fundamental para la doctrina en el país es la importante decisión judicial conocida como *Transporte Saet, S.A.*²⁰⁸ decidida el 14 de mayo de 2004 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. En *Saet* una sociedad mercantil subsidiaria llamada Transporte Saet La Guaira, C.A. había sido demandada por un ex-trabajador sobre la base del pago de prestaciones laborales por terminación de la relación laboral.²⁰⁹ El tribunal de primera instancia había fallado en favor del demandante y había ordenado a la demandada y a su sociedad mercantil matriz, Transporte Saet, S.A., a pagar sumas de dinero adeudadas al demandante.²¹⁰ La sociedad matriz accionó y solicitó protección mediante una acción constitucional extraordinaria (amparo constitucional) ante el correspondiente tribunal de apelaciones alegando que el derecho al debido proceso había sido negado porque, siendo una entidad separada, no había sido demandada y no había sido notificada del procedimiento judicial.²¹¹ El tribunal de apelaciones concedió a la sociedad matriz la medida de protección solicitada. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo revocó la decisión del tribunal de apelaciones, convalidando la decisión del tribunal de primera instancia en cuanto a ejecutar su decisión contra el activo de la sociedad matriz.²¹² En resumen, la Sala permitió al tribunal inferior levantar el velo corporativo de la subsidiaria al alcanzar el activo de la compañía matriz.

En *Saet*, bajo el manto del orden público presente dentro del derecho del trabajo, el Tribunal Supremo venezolano indicó que es muy común el que las empresas se constituyan en dos o más entidades separadas con el objetivo mismo de diluir la responsabilidad.²¹³ La Sala indicó que, si bien la existencia de tales grupos de empresas puede ser legítima, si tales son ideados para defraudar a terceros acreedores, como trabajadores, o defraudar disposiciones legales, el objetivo del grupo es ilegal, y así, la responsabilidad de cada uno de los miembros del grupo no puede ser divisible entre las

207. Francisco Hung Vaillant, *La Denominada Doctrina del Levantamiento del Velo por Abuso de la Personalidad Jurídica*, en 2 EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI, ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS 2035, 2038 (Inst. de Derecho Público ed., 2003).

208. Tribunal Supremo de Justicia [T.S.J.], Sala Constitucional, 14/5/2004, "Transporte Saet, S.A.," Exp. 03-0796 (Venez.), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/903-140504-03-0796%20.htm> (última visita el 13 de julio de 2007) [en lo sucesivo T.S.J. "Transporte Saet"].

209. *Id.* en 2.

210. *Id.*

211. *Id.* en 2-3.

212. *Id.* en 21.

213. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, "Transporte Saet, S.A.," Exp. 03-0796 (Venez.)*supra* note 208.

diferentes sociedades del grupo.²¹⁴ Para justificar la aceptación del concepto de grupos de empresas, y así, del levantamiento del velo corporativo, la Sala examinó una lista de leyes especiales.²¹⁵ Estas leyes, si bien limitadas en cuanto a su alcance, señalan el tema de los grupos de empresas a través del concepto de sociedades controlantes.²¹⁶ La Sala identifica cuatro criterios generales para determinar si realmente un grupo de empresas está presente.²¹⁷ Ellos son:

- 1) El interés decisivo que una sociedad mercantil puede tener sobre la otra;
- 2) Control de una sociedad mercantil sobre la otra;
- 3) La unidad económica formada por dos o más sociedades cuando sus accionistas y/o gerentes y directores son las mismas personas;
- 4) La influencia significativa que una sociedad mercantil puede tener sobre otra para afectar, en un grado importante, la política financiera y operacional de la última.²¹⁸

La decisión de *Saet* enumera su propia “lista de mercado” en cuanto a las características aplicables a los grupos de empresas, lo cual revela la naturaleza casuística del tema. Entre tal lista están las ideas de control, bien sea directo o indirecto, y hasta por personas interpuestas, la preeminencia de propiedad sobre las acciones, nombres similares de la sociedad mercantil,²¹⁹ y la carencia de autonomía por la parte de la sociedad mercantil controlada.²²⁰ Finalmente, en cuanto a los rasgos de los grupos de empresas, *Saet* indica la naturaleza permanente de ellos.²²¹ Como resultado, la decisión *Saet* decidió que bajo las leyes especiales mencionadas²²² los grupos empresariales son responsables por las deudas debidas por cada una de las sociedades dentro del grupo y que la entidad separada debía ser desatendida en tales

214. *Id.*

215. *Ver supra* notas 198–202.

216. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* nota 208.

217. *Id.* en 8.

218. *Id.*

219. *Id.* Tal como en *Saet*, donde la sociedad mercantil controlante se denominaba Transporte Saet, S.A. y la controlada se denominaba Transporte Saet La Guaira, C.A., nombre que se refería a su localidad.

220. *Id.* en 8–12.

221. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* nota 208.

222. *Ver supra* notas 198–202.

circunstancias.²²³ *Saet* no requiere evidencia de ninguna mala fe o fraude específico como requisito previo para esta responsabilidad común.

El voto salvado de uno de los cinco magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo es interesante.²²⁴ El voto salvado critica fuertemente la decisión de la mayoría, indicando que esta técnica legal no está contemplada como una propuesta general dentro del derecho positivo en el país.²²⁵ Según el voto salvado, sólo un esquema legislativo podría crear un mecanismo de esta naturaleza, e incluso, a la luz de una ley especial que lo prevea, su uso debería ser interpretado bajo una interpretación restrictiva.²²⁶ También es interesante que algunos académicos venezolanos han comenzado a expresar su preocupación y a rechazar el uso general del levantamiento del velo corporativo sin un esquema legislativo que lo apoye,²²⁷ demostrando fuerte oposición en cuanto al uso general de *Saet* y estando de acuerdo con el acercamiento de su voto salvado.²²⁸ Además, bajo esta escuela de pensamiento, un académico, destacando los orígenes de la doctrina en los Estados Unidos, indicó que la desestimación de la entidad legal separada es una “idea peligrosa si se traslada fuera del contexto del derecho norteamericano, pues resulta un equivalente de inseguridad jurídica.”²²⁹ El acercamiento venezolano comienza a parecerse a su contrapartida estadounidense en el sentido que está tomando una naturaleza incierta, rodeada por la metáfora, y que carece de una forma clara.

La decisión *Saet* expresamente fue decidida dentro del ámbito de un caso de derecho laboral. Sin embargo, su language es tan amplio que ha servido para justificar el uso generalizado de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, más allá de las leyes específicas²³⁰ que permiten tal uso. El resultado de *Saet* es una reforma de la materia relativa a la existencia separada y de la responsabilidad separada de las sociedades mercantiles en Venezuela. Los jueces y profesionales usan ahora el término levantamiento del velo corporativo con familiaridad, pero así como su contrapartida estadounidense, como una categoría borrosa cuyo alcance está lejano de estar bien definido. Por ejemplo, un juez de familia concedió protección temporal dentro de un procedimiento de divorcio al desatender la cualidad de entidad separada de una sociedad que era parte de los bienes comunes de los esposos

223. T.S.J., Sala Constitucional, 14/5/2004, “Transporte Saet, S.A.,” Exp. 03-0796 (Venez.), *supra* nota 208.

224. *Id.* en 22–41.

225. *Id.* en 25.

226. *Id.* en 25–26.

227. *Sucre & Lepervanche*, *supra* nota 197, § 3.

228. *Id.*

229. ALFREDO MORLES HERNANDEZ, CURSO DE DERECHO MERCANTIL—LAS SOCIEDADES MERCANTILES 886–87 (Universidad Católica Andrés Bello 2004).

230. *Ver supra* notas 198–202.

pero completamente controlada por el esposo.²³¹ De otro lado, un tribunal civil negó considerar el levantamiento del velo corporativo de una sociedad mercantil en un procedimiento breve de cobro judicial²³² porque decidió que el levantamiento del velo es “una técnica compleja” que no puede ser usada sin los beneficios de un juicio completo.²³³ En unos años, el tema se ha hecho un punto principal de interés dentro de la comunidad legal venezolana y esto probablemente va a ser sólo el punto de partida de un cambio del pensamiento legal de un país donde las operaciones subyacentes tomarán preeminencia sobre meras formas adoptadas por individuos para evitar consecuencias legales.

VII. CONCLUSIÓN

Con la influencia de derecho consuetudinario estadounidense, sistemas legales del derecho civil están comenzando a desarrollar técnicas legales que apuntan a la desestimación de la entidad separada de las sociedades mercantiles, y así, levantar el velo corporativo con el propósito de imponer de responsabilidad a miembros y accionistas. Las nuevas generaciones de abogados, jueces y legisladores están impacientes y entusiastas en cuanto a acabar con un dogma—la existencia separada absoluta y la responsabilidad separada—que ha servido, artificialmente y sin justificación, para defraudar los intereses del orden público y a acreedores. Algunos de los mecanismos legales usados son, de hecho, resultado de la interpretación judicial, lo cual es un paso notable para países dentro de la tradición del derecho civil. Esquemas legislativos también están siendo aprobados por el poder legislativo, primero dentro del ámbito de áreas relativas al orden público, pero también al alcance de acreedores privados cuyos derechos son también merecedores de protección.

Sin embargo, el principio de responsabilidad limitada no está en crisis, sino que ha sido reevaluado para contenerlo a sus límites originales y verdaderos. La regla de que la responsabilidad limitada se aplica a una verdadera entidad societaria separada está todavía en vigor, pero hay nuevos

231. Tribunal Supremo de Justicia [T.S.J.] [Supreme Court of Justice], Sección de Protección de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, 21/12/2006, “Porras Diaz, Gardenia v. Meola Salerno, Angelo,” Exp. BH06-X-2006-000255 (Venez.), disponible en <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/1092-21-BH06-X-2006-000255-.html> (última visita el July 20, 2007).

232. Denominado Procedimiento por Intimación, el cual es un procedimiento con el propósito de cobrar dinero que el demandado adeuda sin necesidad de un juicio. Ver Código de Procedimiento Civil [CÓD. PROC. CIV.], Gaceta Oficial de la República de Venezuela [G.O.] No. 4.209, arts. 640–52, 18 de septiembre de 1990 (Venez.).

233. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, 29 de octubre de 2004, disponible en <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/1140-29-23830-.html> (última visita el 19 de julio de 2007).

mecanismos legales para impugnar esta regla cuando el privilegio corporativo es abusado en perjuicio del orden público y de acreedores privados. La entidad separada y la responsabilidad separada no son dogmas inexpugnables donde los deudores fácilmente pueden defraudar el orden público y a acreedores legítimos. El próximo desafío para profesionales y jueces latinoamericanos deberá ser delinear los límites claros de esta doctrina, un esfuerzo que, después de más de cien años de tradición, no ha sido logrado dentro del sistema de derecho consuetudinario estadounidense, el mismo sistema donde la tradición fue primero delineada.