

Parámetros de los medios de defensa de los accionistas

Tadeo Arrieche Franco*

Carol Johana Jiménez López**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 347-374

Resumen: En las líneas que siguen, desarrollaremos los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición para la defensa de los accionistas frente a los acuerdos sociales, ya sea de forma interna o acudiendo a un tercero, como el juez o el árbitro. Estos mecanismos se transforman en una serie de derechos, cuyo ejercicio encuentra limitaciones y efectos particulares, tal como analizaremos.

Palabras claves: Compañía, irregularidad, accionistas y libre asociación.

Parameters of the defense mechanisms of the shareholders

Abstract: *In the following lines, we will develop the mechanisms that the legal system makes available for the defense of shareholders against social agreements, either internally or by resorting to a third party, such as a judge or an arbitrator. These mechanisms become a series of rights, whose exercise finds limitations and particular effects, as we will analyze.*

Keywords: *Company, irregularity, shareholders y freedom of association.*

Recibido: 20/11/2023
Aprobado: 28/11/2023

-
- * Abogado, Universidad Central de Venezuela / Magister en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana / Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana / Diploma en Derecho de Hidrocarburos, Universidad Metropolitana / Diploma en Derechos Fundamentales y Globalización, Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)
 - ** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019); Diploma en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (2020); Programa de Estudios Avanzado en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022); Especialización de Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (En curso).

Parámetros de los medios de defensa de los accionistas

Tadeo Arrieche Franco*

Carol Johana Jiménez López**

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 347-374

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. El derecho de los accionistas minoritarios y la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021. 2. Del procedimiento de irregularidades administrativas. 3. Efectos relacionados con el procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil, como parte del Derecho Privado, se entiende fundamentado en la libre actuación de los particulares, quienes pueden realizar actuaciones que no estén expresamente prohibidas por la ley.

Especialmente, el Código de Comercio de 1955, vigente a la fecha, consagra supuestos que establecen figuras, tipos y procedimientos, para desarrollar actuaciones propias del ámbito mercantil, sin dejar de lado que la costumbre es una fuente de Derecho Mercantil, por lo que se valora la conducta de los empresarios.

Ese es uno de los aspectos en el cual se evidencia la libertad de los particulares para ejercer actividades mercantiles, no sólo restringiéndose a la fórmula de asociación sino también la manera de regir los destinos de la entidad creada para explotar el objeto social escogido.

El artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece la posibilidad de los ciudadanos de asociarse sin restricción alguna para cualquier tipo de actividad lícita, haciendo hincapié posteriormente en la figura de los sindicatos y la lucha que los determina¹.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela / Magister en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana / Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana / Diploma en Derecho de Hidrocarburos, Universidad Metropolitana / Diploma en Derechos Fundamentales y Globalización, Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)

** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019); Diploma en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (2020); Programa de Estudios Avanzado en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022); Especialización de Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (En curso).

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009 con enmienda número 1.

La libre asociación, para el autor Miguel Carbonell Sánchez, consiste:

en la libertad de todos los habitantes de una comunidad para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Hans Kelsen llamaría un «centro de imputación de derechos y obligaciones», con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito.²

Teniendo en cuenta lo anterior, pretendemos a continuación desglosar los mecanismos de defensa con los que cuentan los accionistas frente a las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas y de aquellas actuaciones que pueden ser calificadas como irregulares en el ejercicio de la administración de la compañía, pudiendo estar o no amparada en las determinaciones asumidas en una asamblea de accionistas.

Para ilustrar estas reflexiones, tomamos como referencia la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021 en el expediente identificado con el número 19-0444 –identificada a lo largo de este trabajo como sentencia 594/2021–, la cual entrelaza aspectos de orden civil, mercantil y procesal que, desde nuestro punto de vista, señala tácitamente algunos parámetros para el ejercicio de las acciones referidas en el campo de la denuncia de actuaciones irregulares.

1. El derecho de los accionistas minoritarios y la sentencia número 594 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de noviembre de 2021

El tratamiento de instituciones específicas en materia mercantil inspiran el funcionamiento de figuras creadas con el fin de desdoblar las intenciones e intereses de las personas en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, como lo son la libre asociación y la autonomía privada, los cuales se conciben interrelacionados y de cumplimiento entre particulares, ya que desde un punto de vista la normativa constitucional no solo es aplicable en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también entre los privados.

Lo anteriormente descrito, es el corolario de lo dispuesto en la sentencia número 594/2021, que considera a la actividad comercial como de carácter lícito, pero adicionalmente reconoce que el fundamento constitucional del contrato societario es precisamente la libre asociación, lo que debe influir para que se respeten las normas internas para darse el tipo de gobierno que convengan así como los mecanismos que determinen para resolver los conflictos generados entre accionistas.

² Miguel Carbonell Sánchez, “Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana”, *Pensamiento Constitucional* Año XV, N° 15. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, (2011): 13.

No obstante, la sentencia advierte que esa libre asociación:

involucra el mantenimiento en el tiempo de la realidad creada, posibilidad ésta que sólo es efectiva en tanto se mantenga el respeto a la órbita jurídica subjetiva de las sociedades en particular lo referente a los mecanismos de funcionamiento, control, dirección y toma de decisiones, lo contrario aparejaría el absurdo de un Derecho Constitucional carente de contenido, al agotarse en la mera suscripción o perfeccionamiento de un acto negocial, sin que se asegure el respeto a la continuidad de aquella voluntad expresada que constituye la libertad de asociación (...) (Vid. Sentencias de esta Sala Nos. 809/2000 y 1.513/2006).

Tal aseveración realizada por la Sala en cuestión, implica desde su perspectiva un carácter de vigilancia sobre la actividad comercial, en especial en lo relacionado a la vida y trayectoria de la sociedad mercantil, bajo el interés de aplicar la Constitución y garantizar el respeto a la voluntad de los ciudadanos asociados bajo los parámetros de ese derecho, el cual se puede ver materializado con el correcto desenvolvimiento de la entidad y de los derechos de los sujetos integrados a la empresa.

El Tribunal de turno ratifica la justificación para involucrarse en el conocimiento del caso, con fundamento a lo interpretado en cuanto al principio de la autonomía privada, en el entendido que dicho principio apalanca la autodeterminación de las personas y entidades para dictar las reglas que guíen las conductas propias y de los involucrados, pero que puede ser restringida a través de la aplicación de normas constitucionales, “corrigiendo así el abuso de la autonomía privada – o autosuficiencia – que sea contrarios a los principios del Estado Social.”

La autonomía privada se tiene como aquella figura que comprende “la facultad de dictar leyes propias o de sujetarse uno mismo a un estatuto vinculante”, según el autor Rodrigo Barcia Lehman³. Sin duda, puede enmarcarse en la posibilidad contraer, cambiar o extinguir relaciones jurídicas o ejercer las facultades del derecho de propiedad, derecho real por excelencia, como es el uso, goce y disposición de los bienes, lo cual es trasladable a la posición que tiene los accionistas en las empresas y las determinaciones que recaen sobre los administradores.

El contenido de la sentencia en cuestión, describe su afán de inmiscuirse en los conflictos societarios al mencionar la posibilidad de arbitrar los desencuentros entre la corporación y sus socios, diferenciando su grado de participación de acuerdo al tipo de asociación para determinar el alcance de la intervención, que dispone de la siguiente manera:

³ Rodrigo Barcia Lehman, “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, *Temas de contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos*. Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Chile (2006): 162

trátase de asociaciones monopolísticas, las cuales se caracterizan porque ostentan posiciones de predominio dentro del ámbito social o económico, o de carácter meramente ideológico o recreativo.

En las últimas hay un verdadero núcleo duro de autonomía privada que no admite la intervención del Estado, sino restricciones generales derivadas de normas jurídicas de estricto orden público, salvo que sus fines no sean lícitos; a diferencia de las primeras, en las cuales, de acuerdo con el principio de legalidad, el legislador puede establecer regulaciones y limitaciones sobre dichas asociaciones y los tribunales pueden revisar tanto sus estatutos, en cuanto a su legalidad y legitimidad democrática, como sus decisiones, en cuanto al respeto del procedimiento debido, la veracidad u objetividad de los hechos determinados y la claridad o racionalidad de las valoraciones realizadas por los cuerpos de decisión de dichas asociaciones (...) (Vid. Sentencia de esta Sala N° 781/2000).

Con el soporte de la posibilidad de intervenir en el devenir societario, una vez ventiladas las restricciones que pueden tener el derecho de libre asociación y el principio de autonomía privada, la sentencia ratifica la posición tomada en decisión N° 1420/2006 (caso: *Milagros Coromoto De Armas Silva De Fantes*), que indica básicamente tres aspectos con relación a las oportunidades de defensa de los accionistas minoritarios:

a.- Que el accionista de una sociedad mercantil al ser propietario de un bien –con las facultades que otorga el artículo 545 del Código Civil– cuyo contenido es la acción que forma parte del capital social, tiene derecho a estar informado sobre el estatus del mismo, por lo que en especial los accionistas minoritarios tienen acciones de defensa.

b.- Que existe una primera posibilidad de control por parte de los accionistas minoritarios antes de la celebración de la respectiva asamblea de accionistas, de conformidad con el ordinal 1° del artículo 275 del Código de Comercio, pudiendo activarlo durante todo el ejercicio económico de la empresa, con el riesgo que esas acciones traben el desempeño de la entidad.

c.- Que la segunda oportunidad de control de los accionistas minoritarios, es durante la celebración de la asamblea de accionistas donde puede debatir inclusive el informe que emane de la discusión, haciendo las interrogantes que corresponden al comisario y a los administradores.

Ratificados los conceptos que respaldan los derechos de los accionistas minoritarios y las oportunidades para ejercer las acciones de defensas, vale la pena acotar el núcleo de la práctica de la administración de las sociedades mercantiles, así como la diferenciación de los mecanismos de control que tienen los accionistas.

1.1. La administración de la sociedad mercantil

El Código de Comercio confiere un amplio margen de libertad para la composición del órgano de administración de la sociedad anónima, tanto con respecto al número como con respecto a la forma en que puede funcionar⁴. Incluso permite que los administradores puedan ser socios o no de la compañía, personas naturales o jurídicas⁵.

A tal órgano de administración permanente está confiada la gestión de la actividad social y la representación⁶ de la sociedad mercantil.

Actualmente, la modalidad de cuerpo colegiado es la más usada dentro de las sociedades mercantiles venezolanas. Administración permitida por el último aparte del artículo 260 del Código de Comercio al expresar que: “Cuando sus administradores son varios, se requiere para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, si los estatutos no disponen otra cosa: los presentes deciden por mayoría de número.”⁷

Jesús Quijano González al analizar el contenido de lo administración de una sociedad anónima, señala a las actuaciones desarrolladas en tal función como:

(..omissis..) categoría general en la que encajan los actos singulares de gestión patrimonial, en las necesidades de la empresa que constituye la actividad de la sociedad, sin perjuicio de que, dentro su ámbito, puedan ser comprendidos también los actos relativos a la organización societaria⁸.

De esta manera, se tiene que el contenido de la obligación de administrar, es de alguna manera un contenido indeterminado, pues se delimita en función de los criterios de la diligencia exigida de los administradores y del interés social⁹, aunque el ejercicio válido de las facultades de los administradores considerará los límites establecidos en la ley, el documento constitutivo y por la asamblea de accionistas, así como examinará la relación entre el acto singular y el objeto social¹⁰.

Sin importar lo anterior, dicha obligación de administrar siempre deberá estar encuadrada con referencia mínima a la figura del buen padre de familia.

⁴ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 4ta ed., (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998), 1244.

⁵ Morles Hernández, *Curso ...* 1247.

⁶ Morles Hernández, *Curso ...* 1241.

⁷ Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

⁸ Jesús Quijano González, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, (Valladolid, Universidad de Valladolid, 1985).

⁹ Morles Hernández, *Curso ...* 1266.

¹⁰ Morles Hernández, *Curso ...* 1268.

Si bien el concepto de buen padre de familia viene del Derecho Civil, es aplicable al campo mercantil. En ese sentido, todo administrador debe procurar una toma de decisiones sensatas dentro del contexto de funcionamiento de la sociedad mercantil a cargo así como evitar discrecionalidades, sobre todo si cuenta con estatutos sociales y un marco de fuentes de derecho, con las cuales puede asumir posiciones transparentes y justificables ante terceros.

No obstante, como indicamos, si bien la responsabilidad del administrador debe estar mínimamente guiada por el referido concepto de buen padre de familia, al estar involucrado en el ejercicio funciones de una sociedad mercantil su calificación está enmarcada en la condición de comerciante, técnico o profesional, por lo que autores en este caso reivindican la figura del ordenado empresario.

Sobre ese particular, Isabel Ramos Herranz¹¹, reflexiona sobre las condiciones que tiene quien esta impuesto como buen padre de familia y su diferencia con el del ordenado empresario, al indicar que:

la diligencia exigible a un profesional nunca se equipararía a la diligencia del buen padre de familia porque el profesional no es un hombre medio que actúa en el ámbito de su familia o en el de los asuntos normales. Desarrolla una actividad o servicio que se aleja de los parámetros generales. En consecuencia, se trata de modelos diferentes; por lo que son erróneas las posturas de los autores que mantienen que el modelo profesional, del ordenado empresario, «sustituye» al del buen padre de familia.

En ese orden de ideas, de acuerdo al área de explotación del objeto social de la respectiva sociedad mercantil, el administrador debe tener un cuidado superior al de un ciudadano común en el cumplimiento de sus obligaciones personales, asumiendo capacidades que demandan riesgo, pero que forman parte de la iniciativa que debe tener todo aquel que se encuentra en el ambiente empresarial.

Con esas características de la conducta que deben desarrollar los administradores, junto a las atribuciones expresas que tiene el órgano de administración de la sociedad de comercio, derivan sus deberes y responsabilidades, tanto frente a los accionistas como a terceros. Por lo tanto, los administradores serán el primer alcance que tendrán los accionistas minoritarios para defender sus derechos dentro de la sociedad.

¹¹ Isabel Ramos Herranz, "El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. Anuario de Derecho Civil." Volumen 59, N° 1, Ministerio de Justicia de España, Reino de España, (2006): 200.

1.2. Canales de defensa de los accionistas minoritarios

Dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio venezolano, los accionistas minoritarios de las compañías anónimas, tienen los siguientes derechos en protección de su posición:

Ser convocado¹² y actuar en las asambleas;

- a. Separarse si se toman decisiones que difieren de sus intereses¹³;
- b. Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva asamblea decida el punto;
- c. Denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los comisarios; y

Denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crean censurables¹⁴.

Anteriormente, los accionistas minoritarios no podían ejercer algunos de estos derechos, si no alcanzaban a representar una quinta parte del capital social, lo que ya suponía una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

Ello cambió a través de criterio sostenido de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 585 de fecha 12 de mayo de 2015 caso: Pedro Luis Pérez Burelli¹⁵, ratificado por la Sala de Casación Civil en sentencias N° 162 de fecha 11 de marzo de 2016, caso: CERAMIKON C.A. contra Maigualida Mogollón Ortega y en sentencia N° 312 de fecha 16 de diciembre de 2020, caso: Rui Alberto De Castro contra Ana Carolina Gomes Gomes¹⁶.

1.2.1. Derecho de convocatoria

Así, se tiene que todo accionista tiene el derecho de ser convocado¹⁷ a participar en la asamblea general, lo cual está íntimamente ligado con la circunstancia que el mismo pueda conocer, con la debida anticipación, el día, hora y lugar, en donde se va a celebrar ésta¹⁸. Adicional a ello, conocer el objeto de la asamblea.

¹² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

¹³ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 240, 257 y 282.

¹⁴ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 291.

¹⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML>

¹⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/311111-RC.000312-161220-2020-19-309.HTML>

¹⁷ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículos 279.

¹⁸ Enrique Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima y el Derecho de los Accionistas Minoritarios en Venezuela*, (Caracas, 1987): 310.

Para asegurar que esta convocatoria se lleve de manera uniforme, el Código de Comercio dispuso las características y requisitos para cada tipo de asamblea, —ordinaria o extraordinaria—¹⁹.

Las formas de convocatoria que menciona el Código de Comercio son por la prensa y por carta certificada. Inclusive los estatutos sociales pueden disponer de formas de convocatoria distintas a las indicadas, sobre todo en aras de aprovechar los medios tecnológicos con los que se cuenta en la actualidad y que al momento de la concepción de la norma no existían.

Al respecto de esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que:

[...] la creación, en los estatutos sociales de las sociedades mercantiles, de requisitos distintos a los previstos en el Código de Comercio respecto a la convocatoria de los socios o accionistas para la celebración de las asambleas, debe realizarse con el propósito de fortalecer el régimen de convocatoria previsto en el mismo y no para limitar o perjudicar el derecho de los socios o accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea, lo cual sólo puede lograrse mediante el establecimiento de un medio adecuado de convocatoria que sea lo más claro y eficiente posible, que no represente dudas de su idoneidad como instrumento capaz de garantizar el derecho de ser informado de la convocatoria que tienen los socios o accionistas[...]²⁰

En definitiva, cuando el accionista sea titular de varias acciones con derecho a voto, bastará el depósito de una acción, para gozar del derecho de convocatoria expresa²¹ y ésta deberá realizarse a través de un medio acorde y eficiente con el fin de garantizar que las personas interesadas estén al corriente de la asamblea a celebrarse. Tal convocatoria deberá ser realizada por los administradores de la compañía²², a menos que los estatutos señalen algo distinto.

En sentido análogo acerca del propósito de fortalecer el régimen de convocatoria existente, se pronuncia el autor Mario Bariona al señalar que el sistema de convocatoria por vía de correo electrónico “debe ser siempre adicional al sistema tradicional que establezcan los contratantes o, en su defecto, el que establece el Código de Comercio”.²³

¹⁹ Véase Código de Comercio, Título VII, Sección VI, Parágrafo Tercero.- De las asambleas.

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1066, del 09 de diciembre de 2016.

²¹ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...340

²² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

²³ Mario Bariona G., “La Telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 4. Tomo I. (2020): 9.

En definitiva, cuando el accionista sea titular de varias acciones con derecho a voto, bastará el depósito de una acción, para gozar del derecho de convocatoria expresa²⁴ y ésta deberá realizarse a través de un medio acorde y eficiente con el fin de garantizar que las personas interesadas estén al corriente de la asamblea a celebrarse, por ejemplo, podría ser mediante la página *web* de la sociedad o bien por correo electrónico, para lo cual se sugiere a los administradores de la compañía, llevar un registro de las direcciones electrónicas vigentes de los socios²⁵, pues serán ellos quienes deberán realizar tal convocatoria, a menos que los estatutos señalen algo distinto²⁶.

1.3. Derecho de control de decisiones en asamblea de accionistas

La asamblea de accionistas constituye el entramado de mayor peso en el funcionamiento de las sociedades mercantiles, visto las decisiones trascendentales que tienen en sus manos para la permanencia y desarrollo del objeto social.

Una vez conocidos los parámetros de cumplimiento de una sana convocatoria, incluyendo las adaptaciones a los medios telemáticos existentes, debemos tomar en cuenta los mecanismos de control y defensa de los accionistas frente a las determinaciones que se fije en una asamblea.

Es importante recalcar que esos medios de control son aplicables en medio de la actividad de asambleas de accionistas que sean convocadas bajo el carácter de ordinaria o extraordinaria y que el presupuesto básico es la debida constitución del *quorum* de acuerdo a los parámetros de sus estatutos y la norma mercantil, conforme a los tópicos que fueron pautados en la convocatoria previa.

Los accionistas tendrán acceso a estos medios de defensa frente a decisiones de la asamblea, habiendo comparecido a su ejecución de manera presencial o virtual, visto los avances de la tecnología que apoyan la comunicación entre las partes, pero también son objeto de ejecución si el accionista que se viera afectado no hubiese comparecido a la asamblea.

Por último, rescatamos, que los aspectos consagrados en la convocatoria que tengan relación con la vida empresarial, son susceptibles de ser controlados o atacados por un accionista en funciones al momento de la celebración de la asamblea, teniendo importancia aquellos que inciden en la vigencia y presencia en el mundo jurídico, tales como son los contemplados en el artículo 280 de Código de Comercio, que requieren una calificación especial para el establecimiento del *quorum* y del voto en asamblea.

²⁴ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima ...*240

²⁵ Bariona, Mario, "La Telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela", 9.

²⁶ Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 277.

Visto lo expuesto, pasamos a considerar los mecanismos de control que corresponde al siguiente tenor, en el entendido que solo describiremos los parámetros de los medios enunciados.

1.3.1. Derecho de oposición

En el artículo 290 del Código de Comercio se establece el mecanismo de oposición a las decisiones tomadas en asamblea, planteadas por accionistas de la empresa.

El lapso para presentar este medio es de quince (15) días desde la fecha que se toma la decisión. Para que el accionista afectado pueda iniciar esta acción debe sortear obstáculos como por ejemplo, que el soporte de la asamblea en un acta sea redactado al momento de su celebración o en días más cercano, cuestión que pueda tener acceso al acto donde consta el contenido a oponerse.

Tal condición empeora si tomamos en cuenta la practica forzada de enviar a registro el acta que soporte la asamblea primero, antes de transcribirla en el libro de actas de asamblea de accionistas, visto los cambios que de manera discrecional realizan algunos funcionarios registrales sobre el contenido de actas de asamblea, inclusive realizando menciones no expuestas realmente por los participantes de la asamblea, lo cual genera incertidumbre en aquel accionista afectado y poca certeza en la ejecución del lapso.

Ahora bien, el artículo en cuestión trata como objeto de control a las decisiones tomadas en asamblea, en el entendido que se tratan de expresiones únicas tomadas por un cuerpo colegiado siendo obligatorias para todos aquellos accionistas que hayan asistido o no a la sesión, lo cual contrasta con la naturaleza de las voluntades manifestadas en el acuerdo societario por lo que se constituyó la compañía y por lo cual se comprometieron al cumplimiento de los estatutos.

Que algunos accionistas tomen decisiones en asamblea que eventualmente puedan afectar el estatus o posición de algún otro, aun en contravención de los estatutos que convinieron, no significa la disolución del pacto corporativo consagrado, por el contrario, el medio de oposición significa un modo de restituir la vida societaria, pudiendo recuperar su espíritu original.

Así mismo, se deben tratar de decisiones “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley”, lo que pone en discusión de lo que se considere como aquello que no es sensiblemente contrario pero que mantiene contradicción con los estatutos y además las opciones de control y defensa que pueden tenerse, frente a decisiones que violen conceptos protegidos.

En ese sentido, podemos tener como referencia la posibilidad que alguna decisión que limite la posición de un accionista sea proporcional a la violación de una norma de orden público o la vulneración de algún derecho constitucional de orden económico, tal como el derecho de propiedad o a la libertad económica, lo cual haría que alguna acción de este tipo, estaría sometida a acciones ordinarias de nulidad o la acción de amparo constitucional, de haberse agotado las vías ordinarias, según el caso.²⁷

Todo esto hace visible, que la única persona legitimada para actuar es el socio afectado por la decisión de la asamblea y que no haya votado a favor de dicha determinación, pues el medio de oposición no es un medio de arrepentimiento o subsanación propia de las decisiones en la que se haya expresado un consentimiento.

El mecanismo debe intentarse ante el juez mercantil o el árbitro²⁸ del domicilio de la compañía, lo cual es lo lógico por constituir a su vez el sitio de interés de los accionistas por ser la sede donde generalmente también se desarrolla la operación comercial y las asambleas de accionistas. Esto despeja, que lo predominante no es el sitio donde se haya celebrado la asamblea, lo que por cierto hoy pudiera generar incertidumbre ante la posibilidad que la misma sea celebrada de manera virtual, encontrándose los miembros de la asamblea en diferentes sitios que corresponden a jurisdicciones diversas, no compatible con el domicilio de la compañía.

Por su parte los administradores, quienes fungen como representantes legales de la compañía, son solidariamente responsables para con los accionistas y terceros de la ejecución de las decisiones de la asamblea de accionistas, de acuerdo a lo previsto en el ordinal 3° del artículo 266 del Código de Comercio y su responsabilidad por actos u omisiones se limita siempre que no teniendo culpa hayan dejando constancia de su disconformidad sobre determinados actos.

En un documento constitutivo se otorgan una serie de facultades al administrador, ya sea bajo la nomenclatura de presidente, director o gerente general, encontrándose encargos relativos a actos de trámite y de disposición, que sin duda pueden comprometer el patrimonio, reputación y funcionamiento de la sociedad.

²⁷ El autor Armando Hernández-Bretón, expresa que: “Las decisiones contra las cuales cabe ejercer esta acción de oposición son aquellas que se traten de fundamentar de oposición son aquellos que se traten de fundamentar en violaciones en normas derogables por los estatutos; pues, si se trata de violación de ley de orden público, la acción será la de nulidad, originada por la interpretación en contrario el CCom: 289.” En Armando Hernández-Bretón, *Código de Comercio Venezolano*, Editorial La Torre. Caracas, (1965): 183.

²⁸ Al respecto de la validez de someter a arbitraje conflictos societarios y especialmente las denuncias de irregularidades administrativas, véase: Diego Tomás Castagnino, *Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, N° 2, 2021, 35-67.

Vista lo importancia revelada en la figura del administrador y el compromiso que adquiere en representación de la empresa, es que la oposición ejercida al ser conocido por el juez, es consultada con éste, ya que trata de identificar la existencia o no de las faltas reclamadas que pueden solapar o encubrir una irregularidad administrativa y que conlleva en sí mismo una violación a los estatutos de la sociedad.

La decisión del juez, previo a dicha consulta, en caso de valorar la existencia de las faltas expuestas en el reclamo por el accionista denunciante, ordena la suspensión de los efectos de las decisiones tomadas en asamblea, con el fin que se convoque una nueva asamblea y se decida el punto.

En este aspecto, debemos tomar en cuenta que el medio de oposición en cuestión no invalida la decisión tomada por la asamblea, ya que la puesta en marcha de esa solicitud no tiene carácter contencioso y por lo tanto, no conoce el fondo²⁹, lo que lo convierte en un escenario de orden correctivo que básicamente deja en una segunda oportunidad en manos de los propios accionistas, la posibilidad de cambiar esa decisión que no satisface a un accionista o ratificarla.

Sobre este último particular, es necesario acotar que bajo la premisa de hacer recaer nuevamente en la asamblea de accionistas la ratificación de la decisión que fue objeto de oposición, se corre el riesgo de estar avalando un acto societario que viole los estatutos o la ley, lo cual sería un contrasentido en la labor del legislador.

Lo anterior no tiene sostén en el tiempo, pues en primer lugar no puede pretender mantenerse en sociedad a unas personas que acordaron unas reglas de manera conjunta y que luego de manera sobrevenida dichas normas sean cambiadas a placer de la mayoría, contraviniendo los mismos mecanismos de reforma estatutaria contemplados, en un ejemplo extremo.

Pero, en segundo lugar, menos le puede ser otorgado a los particulares con carácter de accionista de una sociedad, la posibilidad que violen la ley, cuando un requisito *sine qua non* de la constitución de una sociedad mercantil, es la configuración un objeto social lícito.

Con ese particular aspecto, vale la pena acotar lo indicado por el autor Luque de Lázaro³⁰ en cuanto a que la ratificación de una decisión violatoria de la ley, es en efecto desaplicar los artículos 5, 6 y 7 del Código Civil³¹, todo ante la imposibilidad de renuncia y derogación de las leyes por los particulares.

²⁹ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...421.

³⁰ Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima* ...441

³¹ Código Civil 1982, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 26 de julio 1982, número 2990 extraordinario.

Aun en ese especial contexto, consideramos que el medio de oposición resulta positivo por la posibilidad que el mismo cuerpo accionario pueda corregir lo que alguno considere en su detrimento por violación de los estatutos y la ley; jugando al factor de recomposición contractual entre las partes, que es volver al equilibrio inicial.

1.3.2. Derecho de denunciar ante los comisarios

El artículo 310 del Código de Comercio otorga a la asamblea de accionistas la potestad de denunciar a los administradores por los hechos censurables que éstos cometieren. Dicha potestad se ejerce a través de los comisarios —o de personas que se nombren especialmente al efecto—³². Toda vez que ellos son los llamados a inspeccionar y vigilar ampliamente todas las operaciones de la sociedad, incluida la actividad de los administradores de acuerdo con lo establecido en el artículo 309 *eiusdem*.

La jurisprudencia se pronuncia en cuanto a la exigencia para la presentación de la denuncia que se refiere el artículo 310, en la cual se debe reputar fundado y urgente el reclamo de los socios para que el comisario convoque a la asamblea de accionistas, la cual decidirá sobre lo reclamado:

el comisario ante la denuncia de cualquier accionista -así represente menos del décimo del capital social- no puede conformarse con dejar constancia de que recibió la denuncia y la hizo saber a la asamblea, ya que, está obligado a investigarla (analizarla) para contestar (dar respuesta) a los accionistas (o al accionista) y si considera que el reclamo es fundado (razonado) y urgente (necesario) debe convocar a la asamblea para que decida sobre el punto (asunto) sometido a su consideración.

Por lo tanto, el deber de investigar por parte del comisario al cual hace referencia el criterio antes indicado, no significa que éste deba realizar un trabajo investigativo que implique todo un procedimiento de indagación y recolección de datos y/o documentos para poder considerar el reclamo como fundado y urgente y convocar a la asamblea.

Pues, si de la denuncia se evidencia -según la apreciación del comisario- y después de verificarla con los elementos de información a su alcance, que el reclamo es fundado y urgente debe convocar a la asamblea, la cual en definitiva es la que decidirá sobre el punto que se somete a su consideración, lo contrario constituiría una limitación del derecho que tienen los accionistas en la sociedad mercantil de denunciar los hechos de los administradores que consideren censurables...³³

³² Código de Comercio, 1955, publicado en la Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Artículo 310.

³³ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 08-675, N° de Sentencia RC.00565, 22 de octubre de 2009.

Del criterio antes transcrito existen varios puntos de relevancia. En primer lugar, se encuentra el deber de los comisarios de investigar con lo que “esté a su alcance” o bien lo que le proporcione el denunciante, los reclamos que instaure el o los socios, pues no está obligado aquél a iniciar una pesquisa sobre los administradores.

Lo segundo a prestar atención es la obligatoriedad del comisario de dejar constancia de la recepción de la denuncia y de dar respuesta a los socios sobre ésta. En caso de considerarla razonada deberá el comisario o quien ejerciera sus funciones, convocar inmediatamente la celebración de una asamblea de accionistas para la discusión y toma de decisión sobre lo reclamado.

La ausencia de pronunciamiento por parte del comisario o la omisión en la convocatoria de la asamblea que corresponde, habiendo reclamos fundados se traduce en una clara infracción de los deberes de esta figura de vigilancia³⁴, pudiendo el comisario ser responsable por extensión también de las irregularidades que cometan los administradores de la sociedad.

Finalmente, destaca la advertencia que hace la Sala sobre la consecuencia de que la asamblea convocada no se pronuncie sobre lo reclamado, refiriéndose a ello como una limitación al derecho de denunciar de los accionistas.

1.4. Derecho de denuncia por irregularidades administrativas

Habiendo revisado el derecho de oposición a las decisiones de accionistas en asambleas, así como el medio de denuncia ante los comisarios, la denuncia mercantil tiene su fundamento en el artículo 291 del Código de Comercio venezolano y desde su concepción tiene por finalidad la salvaguarda de los derechos de las minorías societarias, como la más enérgica hipótesis de autodefensa de las minorías, limitada a las sociedades pequeñas lo cual forma parte de la reflexión del autor Luis Corsi³⁵.

En criterio asentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 585, de fecha 12 de mayo del 2015, se estableció lo siguiente:

[Se] infiere que las disposiciones del artículo 291 del Código de Comercio, en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios minoritarios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan el quórum calificado exigido por la mencionada norma, ya que

³⁴ Hernández-Bretón, *Código ...* 201.

³⁵ Luis Corsi, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria” en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Derecho de Sociedades*, Vol II, Universidad Católica Andrés Bello, (Caracas, 2012), 500.

los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre las irregularidades cometidas por sus administradores en la sociedad, por lo que haciendo un análisis progresista conteste con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el artículo 2 de nuestra Constitución, se debe anular el mencionado requisito. Así se decide.³⁶

De tal manera la Sala Constitucional modifica el contenido del primer párrafo del artículo comentado, en lo concerniente a la eliminación del requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente forma:

Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, los socios podrán denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden. (...)

Aclarado el contenido final del artículo, observamos que existen diferencias en cuanto a los supuestos que inspiran el derecho de oposición y la denuncia de irregularidades administrativas, que es el punto a tratar.

La denuncia mercantil por irregularidades administrativas tiene como supuesto la existencia de graves irregularidades en el cumplimiento de la función de administradores soportadas en sospechas fundadas.

La calificación de grave de una irregularidad, debemos suponer que recae desde dos aristas, uno como el debido cuidado en el ejercicio de la función de administrador, dentro de lo que cabe la previsión de un “buen padre de familia” y por otro lado la violación de las normas estatutarias o la ley en cuanto a los conceptos lógicos de buen administrador, lo que repercute en la esfera patrimonial de la sociedad mercantil que rige, pues todos estos asuntos de manera, directa e indirecta, están relacionados con el incumplimiento de sus deberes.

Cuando se establece este tipo de adjetivos a las acciones que son sometidas a procedimientos o sanciones, se corre riesgo de dejar por fuera otras actitudes que pueden afectar de igual manera a la entidad que representa al administrador, simplemente porque se puede optar por pensar que no tiene grandes repercusiones económicas, mientras si se causan estragos en materia reputacional u operativa.

³⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 585, expediente N° 05-0709 del 12 de mayo del 2015.

Por lo tanto, ese aspecto requiere un particular análisis en la oportunidad de la denuncia, junto a la mención de fundadas sospechas, que descrita de esa manera no deja opción sino por lo menos indicios de lo que puede considerarse la desviada conducta del administrador.

Desde nuestro punto de vista, visto el trajinar de un administrador con las diversas facultades que le son acreditadas y que dejan traza evidente a través de medios electrónicos y físicos, no creemos que una “grave irregularidad” deba ser soportada por una sospecha, sino que debe responder a una serie de elementos con carácter probatorio que, interpretados como indicios en manos de los accionistas reclamantes, creen la convicción y justificación del medio ejercido.

Esta posición sobre el asunto de las pruebas e indicios, es acogida por el Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara³⁷, en la que indica que si bien el procedimiento es de jurisdicción voluntaria que tendría su fundamento en el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, al ser instrumentado por el artículo 291 del Código de Comercio, las pruebas consignadas por los denunciante fueron solo evaluados como indicios para soportar las sospechas de irregularidades administrativas.

Tal situación es producto de entender que cualquier escenario donde los aspectos aportados por los denunciante sean tomados como pruebas, los mismos serían objeto de oposición, lo que implícitamente incluye un contradictorio, lo que no es compatible con lo establecido en el artículo 291 del Código de Comercio en el marco de un procedimiento breve y eficaz.

Condición diferente reposa sobre la denuncia en virtud de la falta de vigilancia del comisario, pues sus responsabilidades son realizables a través de hechos tangibles, tal como lo describe el artículo 309 del Código de Comercio, que establece la posibilidad de revisión de “libros, la correspondencia, y, en general, todos los documentos de la compañía”, y que de acuerdo a los señalamientos del autor Armando Hernández-Bretón, las actividades de los comisarios “deben realizarse de manera constante y en forma concreta y acuciosa. Por imposición de la ley, las funciones de comisario son mucho mas rigurosas y delicadas que de los administradores mismos.”³⁸

Puesto en discusión el alcance de los supuestos que establece la norma de las acciones que son objeto de la denuncia mercantil por irregularidades, queda verificar el desarrollo del procedimiento que corresponde al tribunal guiar, verificando la urgencia

³⁷ Sentencia del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, expediente KP02-S-2015-000007 del 22 de julio de 2016.

³⁸ Armando Hernández-Bretón. Código de Comercio Venezolano, Editorial La Torre. Caracas, 1965. 201.

del caso para prever que se realice una asamblea de accionistas, previa consulta de administradores y comisarios, pudiendo ordenar la inspección de los libros y el nombramiento de comisario para el caso, a costa de los denunciantes.

Es necesario resaltar que este derecho de denuncia de irregularidades no es óbice para que los accionistas minoritarios puedan solicitar información o pedir aclaratorias sobre puntos dudosos de la administración de la compañía, pero nunca como un medio al margen de ley para impedir el normal desenvolvimiento del giro comercial de una empresa³⁹.

Es decir, en vista de la discusión de lo que puede significar graves irregularidades sujetos a estos medios o inclusive lo que pueda considerar violación o no a los estatutos y a la ley sometido al derecho de oposición, los accionistas en cualquier posición siempre tendrán la posibilidad de solicitar información y dejar constancia mediante reclamos de situaciones que no consideren idóneas en la administración e inclusive realizar precisiones al comisario en su deber de inspección y seguimiento de la actividad de los administradores.

3. Del procedimiento de irregularidades administrativas

El Código de Comercio señala en líneas generales el procedimiento a seguir para la denuncia de irregularidades. Sin embargo, se extrae que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, es decir, no hay derecho reclamado, no hay demanda ni, por ende, demandado, lo cual es ratificado por la sentencia 594/2021.

Esta denuncia deberá presentarse ante los Tribunales de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial correspondiente, en virtud de la Resolución N° 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual se modificó a nivel nacional, las competencias de los juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, estableciendo en su artículo 3 lo siguiente:

Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencias que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida.⁴⁰

³⁹ Eduardo A. Marsala, “El abuso de las minorías societarias” en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 356, (julio 2017): 254-256.

⁴⁰ Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2009-0006, 18 de marzo de 2009.

Así lo reafirma sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Falcón:

[...] en virtud que en el presente caso los solicitante[s] pretenden la convocatoria de una asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad mercantil Distribuidora Gas Manaure C.A., alegando que existen sospechas de graves irregularidades cometidas por el Presidente y Administrador de la empresa, y la falta de vigilancia del Comisario designado, con fundamento en el artículo 291 del Código de Comercio, el cual comporta un procedimiento no contencioso, se determina que de acuerdo a la citada Resolución, a quien le corresponde conocer de la presente solicitud es al Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Miranda de esta Circunscripción Judicial. Quedando así resuelto el conflicto de competencia planteado por el mencionado Juzgado, y así se decide.⁴¹

Una vez solicitada a un Juez una determinación sobre jurisdicción voluntaria, no puede ser sometida a la consideración de otro Tribunal⁴². Estos procedimientos de jurisdicción voluntaria deben ser breves y sumarios.

De esta manera, se emplazará a los miembros de la Junta Directiva de la sociedad mercantil que se trate, así como al comisario a los fines de que sean oídos en audiencia. Se pedirá la exhibición de los libros de actas de asambleas, cuando a juicio del Juez exista la urgencia de que se provea antes de que se reúna la asamblea, y luego de que oiga tanto a los administradores como al comisario, puede ordenar la inspección de los libros⁴³ de actas y de accionistas de la sociedad mercantil, con base en lo que establece el artículo 42 del Código de Comercio.

En sentencia N° 1923 del 13 de agosto de 2002 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia explica que la referida inspección no puede hacerla el propio juez, sino que, por el contrario, debe nombrar uno o más comisarios *ad hoc*, para lo cual se debe determinar la caución que los denunciantes deben prestar por los gastos que se originen por tales diligencias.

Esto quiere decir, que la inspección deben realizarla expertos o personas con conocimientos especializados en la materia y no el juez, por cuanto se desprende de la norma que no es aplicable, en estos casos, la sana crítica o máximas de experiencia⁴⁴. El informe que emane de los comisarios se consignará ante el Tribunal.

⁴¹ Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, N° 152-O-18-10-16 del 18 de octubre de 2016.

⁴² Código de Procedimiento Civil publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990, artículo 897.

⁴³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923, 13 de agosto de 2002.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923, 13 de agosto de 2002.

Puesto que la ley solo se propone que el Juez verifique determinadas circunstancias fácticas, sin avanzar opinión de la cuestión de fondo propiamente dicha⁴⁵, aquello que se puedan identificar como indicios de la verdad de las denuncias presentadas, el Juez de Municipio acordará la convocatoria de la asamblea de accionistas como órgano encargado de resolver acerca del planteamiento del denunciante; o, en caso contrario, dará por terminado el proceso, si no resultare ningún indicio de verdad en las denuncias⁴⁶, sin poder pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades objeto de reclamo.

Por ello, es que el poder judicial es meramente administrativo en lo relativo a la sustitución temporal de los órganos naturales societarios llamados a hacer la convocatoria. Todo el poder inquisitivo jurisdiccional va encaminado a establecer la verosimilitud o viabilidad de los fundamentos de las denuncias, pero no la certeza de estos. Es lo que se desprende de la expresión legal “indicio de la verdad de las denuncias”, utilizada como base de la decisión.⁴⁷

La convocatoria de una asamblea de accionistas, donde se discuta sobre las irregularidades denunciadas, como máxima autoridad del órgano societario, para tomar las decisiones sobre el gobierno y rumbo de la compañía, no impide que los accionistas minoritarios puedan solicitar información o pedir aclaratorias sobre puntos dudosos de la administración de la compañía, pero nunca como un medio al margen de ley para impedir el normal desenvolvimiento del giro comercial de una empresa⁴⁸.

Es posición de Enrique Luque de Lázaro que este mecanismo de protección de los accionistas minoritarios resulta insuficiente, pues, aun cuando el juez compruebe la existencia de esas “graves irregularidades”, su competencia se limita a ordenar la convocatoria inmediata de una asamblea de accionistas⁴⁹.

La materia de la denuncia no consiste en censura de fondo sobre la oportunidad o la conveniencia de las actividades realizadas por los administradores, sino censuras de legitimidad respecto de las normas legales estatutarias reguladores de la actuación de los administradores y de los comisarios⁵⁰.

Respecto de la facultad de dictar medidas cautelares en este tipo de procedimientos, ha sostenido Sala Constitucional lo siguiente:

⁴⁵ Rafael Ángel Briceño, *De las Irregularidades Administrativas en las Sociedades Mercantiles*, (Caracas, 3era edic., 1998).

⁴⁶ Corsi, Luis, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”, 502

⁴⁷ Briceño, *De las Irregularidades* ...

⁴⁸ Marsala, Eduardo, “El abuso de las minorías societarias”, 254-256.

⁴⁹ Enrique Luque de Lázaro, *La Sociedad Anónima*...

⁵⁰ Corsi, Luis, “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”, 502

Habiendo estimado esta Sala que dicho procedimiento goza de las cualidades del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se deduce, entonces, que el juez presunto agravante no estaba facultado para dictar medidas cautelares de ningún género ya que éstas sólo pueden ser dictadas *pendente lite so pena* de violentar el artículo 588 del vigente Código de Procedimiento Civil infracción, que efectivamente ocurrió en el presente caso.

Al dictar estas medidas preventivas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil sin que existiera un juicio de carácter contencioso pendiente, se violentó en forma flagrante el derecho a la defensa y el debido proceso, consagrado en el artículo 68 del Texto Constitucional derogado, hoy expresamente prescrito por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁵¹

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 594/2021 ratificó los preceptos expuestos en sentencias 26 de julio de 2000 (caso: “*Rosa María Aular Ruiz*”) y del 13 de agosto de 2002 (caso: “*Pedro Oscar Vera Colina y otros*”), en referencia al procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, dejando en claro las siguientes premisas para el tratamiento de este tipo de acciones, que corresponden a lo siguiente:

a.- El procedimiento de irregularidades administrativas no es de jurisdicción contenciosa, consistiendo solo en la obligación de del juez de oír a los administradores para dictar una decisión.

b.- Con fundamento a lo anterior, el juzgador no puede dictar medidas preventivas, *so pena* de violar el derecho a la defensa y el debido proceso en su faceta constitucional.

c.- La decisión en este caso no es de carácter condenatorio o declarativo, sino que otorga a los accionistas minoritarios la posibilidad de convocatoria de una asamblea extraordinaria para tratar las denuncias respectivas.

Con referencia a la actuación de juez en el tratamiento de los procedimientos de irregularidades administrativas, se evidencia que el juez puede solo ordenar la inspección de libros con el nombramiento de comisario, previa entrevista a los administradores y el comisario, con la alternativa de cerrar el procedimiento si las denuncias no tienen fundamento o convocar a una asamblea si hay evidencias que se cometieron irregularidades.

Ante la determinación del procedimiento de irregularidades administrativas, el juzgador tiene claros límites en su actuación, que están circunscritos inicialmente a la obligatoriedad de oír a los administradores, a la abstención de dictar medidas preventivas y a la imposibilidad de realizar directamente inspecciones.

⁵¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 809, 26 de julio de 2001.

Pero además de las cuestiones formales que no puede ejecutar el juez dentro del procedimiento de irregularidades administrativas, se encuentran los principios que deben respetarse a nivel procesal, entre los que están los de proporcionalidad y racionalidad, que deben aplicar al conocimiento de las denuncias efectuadas por los accionistas minoritarios buscando las evidencias que acredite la veracidad de las mismas, creando la fundada sospecha de las irregularidades y evitar así que el procedimiento se convierta:

en un medio para la satisfacción de un interés societario o no, que no pueda obtenerse lícitamente, y menos en ordenamiento jurídico estatutario de derecho privado que se desarrolló conceptualmente bajo los parámetros del derecho a la libre asociación y a la autonomía de la voluntad.⁵²

Así mismo, la sentencia en cuestión establece que la subversión del procedimiento de irregularidades administrativas, tal como supone en el caso tratado, atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso, lo que contraría el carácter de ese tipo de acciones que están principalmente contempladas para:

garantizar los derechos de los accionistas minoritarios de una sociedad de capital de forma rápida, a través de un procedimiento no contencioso, que en ningún caso se puede constituir en un medio para la toma de control de la sociedad mercantil por parte de los accionistas minoritarios, o para el desarrollo de un verdadero “terrorismo judicial” que “...tiene lugar mediante la creación de varios juicios, en apariencia independientes, que se van desarrollando para formar con ellos una unidad fraudulenta, dirigida a que en una o varias causas la víctima quede indefensa o disminuida en su derecho, aunque los procesos aparezcan desligados entre sí, con diversas partes y objetos, que hasta podrían impedir su acumulación” (Vid. sentencia de esta Sala 2068/2001).”

La sentencia 594/2021 ratifica que este tipo de casos se tratan a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que luego de su sustanciación el juez podrá “en definitiva valorar si existen motivos para acordar la convocatoria inmediata de una asamblea de accionistas donde se discuta sobre las irregularidades denunciadas” pero en ningún caso se pronunciará sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco impondrá a la asamblea las medidas que se deben tomar, por cuanto ésta no es la finalidad de la norma, la cual resguarda y se enmarca en el derecho constitucional a la libre asociación.⁵³

De las sentencias transcritas, queda claro de la imposibilidad que tiene el Juez de dictar medidas cautelares en cualquier denuncia mercantil que se le presente.

⁵² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

⁵³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

4. Efectos relacionados con el procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 594/2021, resume muy bien el contenido específico de la referencia denuncia, en los términos siguientes:

Es por ello que, como no se trata de un juicio donde exista contención o conflicto intersubjetivo de intereses, la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, sólo está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios minoritarios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias; de allí que el Juez tenga facultades bien limitadas, cuales son: a) ordenar, luego de que escuche a los administradores y comisario, la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios; b) luego de visto el informe del o los comisarios, puede: b.1) en caso de que a su juicio no existan indicios sobre la veracidad de las denuncias, declarar la terminación del procedimiento; y b.2) si, por el contrario, existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea.⁵⁴

Entonces, el procedimiento establecido en el artículo 291 del Código de Comercio, establece dos opciones que van dirigidas a la declaratoria de sospecha cierta de irregularidades administrativas, para lo cual debe convocarse una asamblea de accionistas donde se ventile el tema o ante la falta de indicios que sustenten la sospecha objeto de denuncia, termine el procedimiento.

Ambas decisiones tienen apelación en un solo efecto –es decir que no se suspende la ejecución–, lo cual se sustenta en el contenido en el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil, que admite dicho recurso ante determinaciones del juez en este tipo de procedimiento, lo que cual se ventilaría ante el tribunal superior inmediato, en este caso un juzgado de primera instancia.

No obstante, dichas determinaciones no están sujetas a recurso de casación, pues si de acuerdo al código adjetivo pudiera interpretarse que las decisiones objeto de apelación son susceptibles de recurso de casación, al emitirse la mención del procedimiento dentro de lo contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio, el mismo no comparte las características de juicios civiles o especiales, que se contemplan en el artículo 312, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, tal como lo indica el siguiente fragmento de la sentencia de juzgado de municipio:

⁵⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1923 del 13 de agosto de 2002.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil concede la apelación a las determinaciones dictadas en la jurisdicción voluntaria, lo cual supondría que también es admisible en dicho procedimiento el recurso de casación; sin embargo, no son compatibles las características del procedimiento precedentemente comentado, con la mención “juicios civiles” o “juicios especiales”, a los cuales se refiere el artículo 312 *ejusdem*, como requisito de admisibilidad del recurso de casación....” (...) El caso en comento, se enmarca perfectamente en la jurisprudencia transcrita, pues, la decisión que pretende ser recurrida en casación, se dictó en un procedimiento tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Comercio, correspondiente a la jurisdicción voluntaria, cuyas características son incompatibles con las decisiones que pueden ser revisadas en esta sede de casación, referidas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, es decir la decisión que pretende acceder a casación no fue dictada dentro de un juicio propiamente dicho, en el cual se haya verificado el acto de contestación y la apertura de la causa a pruebas, entre otras etapas procesales, para finalmente concluir con una sentencia que cause cosa juzgada material y formal. En atención a lo expuesto y aplicando la doctrina *ut supra* transcrita, al caso de estudio, la Sala concluye que el recurso de casación en el presente asunto es inadmisibile, como con acierto lo resolvió el Juez Superior...⁵⁵

Conocido un procedimiento de denuncia de irregularidades administrativas y emitida la determinación, es posible que tenga cabida una acción de amparo constitucional presentada por algunas de las partes en disputa, bajo el presupuesto que esté vinculada a aspectos relacionados con el orden público y así lo consideró la Sala Constitucional en sentencia 594/2021⁵⁶ al señalar que en un caso de subyacente de irregularidades administrativas, hubo elementos “concernientes a la interpretación de instituciones procesales que se vinculan a la garantía de la tutela judicial efectiva”, los cuales no podían ser obviados con el fin de incitar al cumplimiento del debido proceso y garantizar la seguridad jurídica, que va más allá del contenido subjetivo de los participantes en el procedimiento que se conoce.

Tal posición ratifica los pronunciamientos realizados por esa misma Sala contenidos en la decisión número 1207/2001, apalancados en que cuando “se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes”, debe aplicar la excepción al cumplimiento de ciertas normas que rigen la materia de la acción de amparo constitucional, en el entendido que más allá que las acciones de amparo se ventilen sobre relaciones entre particulares, los hechos denunciados pueden trastocar “derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen”.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribaren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, expediente KP02-S-2015-000007 del 22 de julio de 2016.

⁵⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

Vale acotar que en este tipo de acciones de amparo constitucional “sólo es posible la intervención voluntaria del tercero denominada en doctrina ‘adhesiva’, la cual puede ser simple o litisconsorcial”, no teniendo aplicación la tercería excluyente ni la forzada, vista la naturaleza de las acciones de amparo.

Al existir una causa subyacente de orden mercantil, el juzgador evalúa la solicitud de intervención voluntaria en la acción de amparo constitucional del denunciante de las irregularidades administrativas en su rol de accionista de la empresa así como puede hacerlo cualquiera que detente la administración de la sociedad mercantil, por lo que la participación de terceros en el trámite de una acción de amparo constitucional que tiene como causa subyacente un procedimiento de carácter mercantil, solo está circunscrito a quienes están directamente relacionados con el trámite judicial originario, que no pueden ser otros que los actores propios vinculados a la entidad corporativa, como los son accionistas, administradores, comisarios y otros representantes expresamente autorizados, que acrediten su verdadero interés en las resultas de la acción de amparo constitucional, así como del procedimiento mercantil inicial.

Vale la pena acotar, que el juez en conocimiento del amparo constitucional tiene limitaciones para realizar la valoración de las pruebas realizadas por otro juzgador en el juicio donde se ha hecho la denuncia de violación constitucional.

En ese sentido, la sentencia de la Sala Constitucional⁵⁷ asume la posición dictada en la decisión anterior de la misma Sala bajo el número N° 422/2009 (caso: “*Mirna Mabel Che García*”), en la cual se señala que los jueces en este tipo de causas de amparo solo pueden conocer de los hechos que constituyen amenazas o riesgos a un derecho o garantía constitucional, teniendo como excepción que se cause un daño directo a tal derecho, con lo cual si podría revisar la aplicación de derecho o la valoración de pruebas.

CONCLUSIONES

Visto que la legislación venezolana otorga amplia libertad para el desarrollo de las actividades dentro de cada sociedad mercantil, y analizados como han sido el procedimiento de denuncia y el procedimiento de irregularidades administrativas, podemos afirmar que el hecho que estos procedimientos luego de sustanciados y conocidos por parte del juzgador, remitan a la asamblea de accionistas, la denuncia, la irregularidad o el conflicto para su decisión definitiva, ratifican la idea que el seno de la sociedad es quien tiene el deber y el derecho de decidir sobre sus controversias.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 594, 05 de noviembre de 2021.

El mecanismo de oposición, por ejemplo, vimos que permite a los accionistas acudir al Juez Mercantil, sin embargo, éste no decidirá sobre el fondo de lo planteado. Lo mismo sucede al iniciar un procedimiento por sospechas de irregularidades administrativas. Es así como el legislador precisó de alguna manera que todo se mantuviera en el ámbito privado. Además, previó el legislador que tales procedimientos se trataran por la llamada jurisdicción voluntaria.

Somos partidarios de que tanto accionistas, administradores, comisarios, y todas las personas que conjugan para el desenvolvimiento óptimo de una compañía puedan mantener y resolver sus controversias dentro del cuerpo societario, y que el acudir instancias judiciales o arbitrales, sea utilizado únicamente en caso de extremas violaciones a la Ley y/o a los estatutos sociales.

En ese sentido, compartimos lo expresado por la Sala Constitucional en la referida sentencia 594/2021 –ampliamente comentada– acerca que “los jueces tienen el deber de extremar el cuidado en el trámite de denuncias de irregularidades administrativas y acciones de amparo”, pues, permitir un uso descontrolado de las acciones y los derechos que establece la ley puede prestarse para entorpecer el giro normal de una empresa a través del Poder Judicial, lo cual es contrario al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia vinculante y reiterada en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Carbonell Sánchez, Miguel. “Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana”. *Pensamiento Constitucional* Año XV, no. 15 (2011): 13-37.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”. En *Temas de contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos*, editado por Universidad Diego Portales, 159-194. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
- Briceño, Rafael Ángel. *De las irregularidades administrativas en las sociedades mercantiles*. 3a ed. Caracas: Sherwood, 1998.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de derecho mercantil*. Tomo II. 4a ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Quijano González, Jesús. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985.
- Ramos Herranz, Isabel. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”. *Anuario de Derecho Civil* 59, no. 1 (2006): 197-238.
- Luque de Lázaro, Enrique. *La sociedad anónima y el derecho de los accionistas minoritarios en Venezuela*. Caracas, 1987.

Hernández-Bretón, Armando. Código de comercio venezolano. Caracas: Editorial La Torre, 1965.

Castagnino, Diego Tomás. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, no. 2 (2021): 35-67.

Corsi, Luis. “Tutela de las minorías: el derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea extraordinaria”. En Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández: Derecho de sociedades, editado por Asociación Venezolana de Derecho Mercantil, 493-508. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012.

Marsala, Eduardo A. “El abuso de las minorías societarias”. Doctrina Societaria y Concursal, no. 356 (2017): 243-266.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional. Sentencia No 809 de 26 de julio de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1923 de 13 de agosto de 2002.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena. Resolución N° 2009-0006 de 18 de marzo de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N°RC.00565 de 22 de octubre de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 585 de 12 de mayo de 2015.

Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara. Sentencia No KP02-S-2015-000007 de 22 de julio de 2016.

Juzgado Superior Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón. Sentencia N° 152-O-18-10-16 de 18 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 312 de 16 de diciembre de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N°594 de 5 de noviembre de 2021.

Legislación:

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475, 21 de diciembre de 1955.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2990, 26 de julio de 1982.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209, 18 de septiembre 1990.