

# **Administradores Ad hoc**

## **Aporte para sistematizar las sentencias más relevantes de las últimas tres décadas**

**Mario Bariona G.<sup>1</sup>**

**Resumen:** Ante la falta de una legislación societaria actualizada, se han buscado alternativas a la lentitud y potencial inutilidad de los procedimientos previstos en el Código de Comercio para la impugnación de decisiones tomadas en asambleas de accionistas y denuncias de irregularidades cometidas por los administradores. Una de estas alternativas consistió (y aún hay quien pretende aplicarla) en pedir el nombramiento, por vía cautelar, de administradores judiciales que desplacen a los administradores naturales, esto es, aquellos electos por la asamblea de accionistas. Lo consideramos una práctica perniciosa que debe ser eliminada de nuestra práctica forense. Analizamos diversas sentencias que apoyan nuestra posición.

**Palabras claves:** Sociedades / Corporations. Administradores / Directors. Administradores ad-hoc / Judicially appointed directors. Jurisprudencia / Jurisprudence. Responsabilidad de directores / Directors responsibility.

### **I - LOS ADMINISTRADORES.**

#### **DEFINICIÓN, BASE LEGAL, PRECISIONES DOCTRINARIAS.**

Los administradores de una sociedad de comercio son, por definición, aquellos funcionarios societarios encargados de ejecutar las decisiones de la asamblea de accionistas y, en general, de hacer todos aquellos actos que conduzcan al logro del objeto social.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello 1984. Especialista en Derecho Mercantil Universidad Central de Venezuela. 1986. Profesor de Derecho Societario I y II del post-grado en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andres Bello. Profesor de "Sociedades Anónimas" del post-grado en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador SOVEDEM. Dirección de correo electrónico: mbariona@mbglegal.com

El autor colombiano Leonardo Espinosa Quintero, los ubica dentro de los “órganos sociales”<sup>2</sup>. *“Como consecuencia del carácter organizativo del contrato generador de sociedad, surgen a la vida jurídica desde el mismo momento en que nace la persona jurídica societaria<sup>3</sup> unos órganos sociales, con funciones y procedimientos propios”*.<sup>4</sup>

En nuestra legislación vigente<sup>5</sup> el artículo 242 del Código de Comercio trata de manera impropia y desordenada a los administradores en cuanto dedica a ellos tres artículos aislados sin terminar de contemplar las funciones y las atribuciones de los administradores, retomando su regulación en los artículos 259 y siguientes del mismo Código, lo cual ocasiona una interrupción legislativa significativa en el estudio de los representantes de la sociedad de comercio.

Acudimos nuevamente, entonces, a la obra de Espinosa quien sostiene: *“En términos generales, administrar es ordenar, disponer, organizar los bienes. En materia societaria se entiende como administrador, a la persona que dentro de sus funciones específicas pueda disponer del patrimonio de la sociedad y desarrollar el objeto social”*<sup>6</sup>.

Vemos entonces que hay tres funciones esenciales atribuidas a los administradores: a.- Desarrollar el objeto social; b.- Representar a la sociedad; c.- Disponer del patrimonio de la sociedad. Esta sistematización de las funciones de los administradores es esencial para su estudio.

De manera impropia, es frecuentemente dividida la función de los administradores en base a la antigua y civilista dicotomía entre “actos de simple administración” y “actos de disposición”.

---

<sup>2</sup> ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Teoría General de las Sociedades Comerciales. Universidad Sergio Arboleda. Tercera Edición. Pag 216.

<sup>3</sup> NARVAEZ GARCÍA, Jose Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Teoría General de las Sociedades. Vol III. Novena Edición. Editorial Legis Editores C.A. Pag. 272. Citado por ESPINOSA QUINTERO, Leonardo.

<sup>4</sup> ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Op. Cit. Pag. 217.

<sup>5</sup> Código de Comercio de la Republica Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial Nro. 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

<sup>6</sup> ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Op. Cit. Pag. 218.

Precisamente, la doctrina más moderna, ha rebasado tal distinción entre actos de disposición y actos de simple administración, para, en el caso de las sociedades de comercio, orientarse hacia una división de los actos de los administradores mucho más cónsona con la esencia de la entidad de comercio como es distinguir entre aquellos actos que implican la consecución del objeto social a través del “giro diario” de la sociedad y aquellos actos que exceden o se apartan del objeto social.

Al respecto se pronuncia igualmente Di Sabato: *El ejercicio válido del poder de representación, en cuanto a sus posibles limitaciones, debe ser examinado bajo tres diferentes perfiles: a.- En base a los límites impuestos estatutariamente; b.- En base a la relación entre cada acto individualmente considerado y el objeto social; c.- En base a la equivalencia entre el poder de representación y el poder de deliberar de cada administrador*<sup>7</sup>. (Traducción libre del autor).

Cuando el autor italiano se refiere a la equivalencia entre el poder de representación y el poder de deliberar de cada administrador, se refiere a que hay decisiones que implican una deliberación de los administradores y lo que se decida en dicha deliberación va a ser el marco dentro del cual se tiene que encuadrar la actuación del administrador.

Llamamos la atención del lector en cuanto que, en la legislación venezolana, las consecuencias de las actuaciones de los administradores están tarifadas legalmente por el artículo 243 del Código de Comercio, esto es, adjudicando a la gestión del administrador, las consecuencias del mandato: *“Los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la Ley les impone”*... (omissis)...

Y más adelante en el mismo artículo: *“No pueden hacer otras operaciones que las expresamente establecidas en el estatuto social; en caso de transgresión, son responsables personalmente, así para los terceros como para la sociedad”*.

---

<sup>7</sup> DI SABATO, Franco: **Diritto Delle Società**. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. Milano, 2005, p. 327.

No obstante, una poderosa reacción de la doctrina ha ido mucho más allá de considerar la actuación del administrador como la simple ejecución de un mandato.

Así opina Di Sabato:

*Pero la tesis de la asimilación de la relación de la administración con el mandato debe considerarse superada, bien porque la actividad que los administradores desarrollan no se agota en el cumplimiento de actos jurídicos (art. 1703<sup>8</sup>), bien porque –por una parte- ellos tienen una posición autónoma que sustancialmente se sustrae inclusive a las instrucciones de la asamblea y –por otra parte- están sometidos a un control y una vigilancia interna y externa incompatibles con la figura del mandato. Por otra parte, también el –débil- vínculo con la postura del mandato constituido por la explícita referencia contenida en el artículo 2392<sup>9</sup> ha sido ya eliminada, habiéndose omitido en tal artículo la remisión directa a la figura del mandato<sup>10</sup>. (Traducción libre del autor).*

Y Neila refiriéndose a la legislación española:

*Con anterioridad a la publicación de la primera Ley Especial Mercantil (la Ley de Sociedades Anónimas de 1951), los Administradores eran considerados como mandatarios de tales Compañías, a virtud de lo que se establecía en el entonces vigente artículo 156 del Código de Comercio. Y sus obligaciones eran exclusivamente las derivadas del contrato de mandato (Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales). Sin embargo, en la dicción del texto legal de la Ley de sociedades Anónimas de 1951 se elude por el legislador calificar la relación entre el Administrador y la Sociedad como de mandato, porque empieza a aflorar la*

---

<sup>8</sup> Código Civil Italiano. Aprobado por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942.

<sup>9</sup> Código Civil Italiano.

<sup>10</sup> DI SABATO, *Ob. Cit*, p. 328

*concepción doctrinal en cuanto a que el Administrador es un propio órgano de la Sociedad, y no un tercero que tiene una determinada relación con la misma*<sup>11</sup>.

No podemos dejar de mencionar la opinión de los autores patrios Luisa Teresa Acedo de Lepervanche y Manuel Acedo:

*En nuestra opinión los administradores son órganos sociales, no mandatarios pero cuyas funciones y responsabilidades se rigen por las normas de mandato. Expliquémonos: el Código de Comercio venezolano no dice como sí lo dijo el italiano de 1882 que los administradores “son mandatarios”; lo que dice el Código venezolano es que a los administradores se le aplican las disposiciones sobre ejecución del mandato “responden por la ejecución del mandato”. Dicho en otros términos estaríamos en presencia de una norma de remisión legal: a los administradores, aun cuando no se les califique de mandatarios, se les aplica las disposiciones legales sobre el mandato por disposición legal. Rodríguez Rodríguez en el caso de México cuya ley tiene una norma semejante a la del Código de Comercio italiano de 1882, concluye así “Hubimos de advertir que, aunque los administradores no eran mandatarios, las referencias legales al mandato tenían cuando menos la eficacia de señalarnos las disposiciones pertinentes como aplicables con carácter analógico ) ob. Cit, tomo II, pág. 121; preferimos nosotros decir “con carácter de norma de remisión legal “en vez de con carácter analógico”). Esto es, a nuestro entender, que el administrador es órgano de la sociedad con características y funciones propias, pero que por afinidad con la figura del mandatario (y por qué no decirlo por razones históricas, reminiscencias como dice Rodríguez, la ley impone que su gestión y responsabilidad se rijan por las normas legales del mandato.*<sup>12</sup>

En conclusión, los administradores no están limitados por las facultades expresamente conferidas en los estatutos sociales, sino que pueden y deben

---

<sup>11</sup> NEILA NEILA, Jose Maria: **La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital**. Editoriales de Derechos Reunidas. Madrid, 1995, p. 13 y 14.

<sup>12</sup> ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa. **La sociedad anónima**. Vadell Hermanos Editores. Tercera Edición. Caracas, 1996, p.317 y 318.

extender su decisión y representación a todos aquellos actos que sean necesarios para el mejor desarrollo y cumplimiento del objeto social. Pero, por otra parte, sus facultades –muy lejos de ser ilimitadas- son restringidas o contenidas por: a.- Lo expresamente prohibido en los estatutos sociales y b.- aquellos actos que, considerados individualmente, requieran previa deliberación de la asamblea de accionistas o excedan o se aparten del objeto social.

Es pertinente citar al respecto al doctrinario colombiano Reyes Villamizar: *“La primera importante especificación de la Ley 222 de 1995 está en señalar, de acuerdo con la tendencia moderna, una responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, los asociados o terceros. No puede existir, por tanto, duda alguna sobre el alcance de la responsabilidad que asumen los administradores de las sociedades. Bastará, entonces que se compruebe que hubo culpabilidad, daño y relación de causalidad para que se imponga responsabilidad a todos los administradores que participaron en la toma de la decisión respectiva o que la ejecutaron”*<sup>13</sup>.

## **II - REGLAS DE DESIGNACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.**

Los estatutos sociales pueden y deben determinar cómo se organiza la administración de la sociedad, (Código de Comercio artículo 213 numeral 8º), número de administradores, funciones, atribuciones, duración del cargo y finalmente, de extrema importancia, si van a funcionar como directores individualizados o como una verdadera y propia junta directiva, con desempeño colegiado.

Los administradores los designa la Asamblea de Accionistas a través de los métodos de votación establecidos en los estatutos. Así lo dispone el artículo 275

---

<sup>13</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Temis Bogota. 2002. p. 458 y 459.

del Código de Comercio, numeral 2: *“La asamblea ordinaria: ... (omissis)...  
Nombra a los administradores, llegado el caso”*<sup>14</sup>.

Al no ser de las materias expresamente establecidas en el artículo 280 del Código de Comercio, el quórum y votación aplicables son aquellos establecidos en el artículo 275 del Código de Comercio.

Queremos recalcar que ningún otro órgano societario, administrativo o judicial puede desplazar a la Asamblea de Accionistas como el ente -esencial e inmodificablemente- facultado para designar administradores. Esta es una regla absoluta en las sociedades de capital cerrado. En cambio, las sociedades de capital abierto pueden sufrir ciertas modificaciones en este aspecto.<sup>15</sup>

La razón por la cual las sociedades de capital abierto pueden estar afectadas por un régimen distinto en cuanto al nombramiento forzoso de administradores por parte de órganos ajenos a la asamblea de accionistas, es que en este tipo de sociedades se debe otorgar una protección especial y adicional a las minorías que, por la particular estructura de estas sociedades, invierten en el capital a sabiendas que su participación probablemente no llegará a conferirles la posibilidad de escoger un administrador o exigir su responsabilidad. Así la protección estatal a los inversionistas se materializa en: a.- La sujeción de este tipo de sociedades a una Superintendencia y b.- La posibilidad de la Superintendencia de intervenir en la administración y fiscalización de la sociedad. Son innumerables las ratificaciones doctrinarias nacionales y extranjeras de cuanto aquí se señala.

---

<sup>14</sup> BARIONA GRASSI, Mario: «Régimen de las asambleas de accionistas». En: Separata de Ensayos de Derecho Mercantil. Homenaje a Jorge Enrique Núñez. Colección Libros Homenaje - N° 15. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2004, p. 155.

<sup>15</sup> Ley de Entidades de Inversión Colectiva de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.027 del 22 de agosto de 1996.

Así los autores argentinos Halperin y Otaegui, expresan:

*El primer directorio es elegido por los socios al constituir la sociedad, sea ésta de constitución por acto único (art. 163, ap. 3º) o por suscripción pública (art.179, inc. 4).*

*Los integrantes posteriores del directorio se elegirán con las modalidades que fijen los estatutos, por las asambleas generales de accionistas<sup>16</sup>.*

De igual manera es regulada esta situación en la Ley Italiana, que Ferrara resume brillantemente:

*La designación de administradores corresponde a la asamblea, con excepción de los primeros administradores que son nombrados en el acto de constitución<sup>17</sup>o, en la hipótesis de la constitución sucesiva, por la asamblea de suscriptores.*

*La asamblea no puede delegar a la junta directiva la designación de algunos miembros con el sistema de la cooptación. Son válidas las cláusulas estatutarias que refieren el nombramiento de algunos administradores a las minorías, quedando comprendidas entre aquellas normas particulares para los nombramientos a los cargos societarios permitidas por el artículo 2638 in fine<sup>18</sup>*

Ratifica lo antes señalado el autor francés Jean-Marc Moulin: “*En el transcurso de la vida societaria, los administradores son normalmente nombrados por la asamblea general ordinaria de socios*”.<sup>19</sup> (Traducción libre del autor).

---

<sup>16</sup> HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio: **Sociedades Anónimas**. 2da. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1998. p.440

<sup>17</sup> En Venezuela el “acto de constitución” es denominada asamblea constitutiva.

<sup>18</sup> FERRARA, Francesco Jr.: **Gli Imprenditori e le Società**. Giuffrè Editore. Milano, 1980, p. 477.

<sup>19</sup> MOULIN, Jean-Marc. *Droit des Sociétés et des Groupes*. Gualino Lextenso Editions. Paris 2013. P. 315.



### III - LOS ADMINISTRADORES AD HOC.

#### APROXIMACIÓN A ESTA NOCIÓN. LAS PRIMERAS DESAFORTUNADAS EXPERIENCIAS.

Alrededor del año 1991 se da inicio a una práctica judicial perniciosa, además de antijurídica. Ciertos Tribunales basados en un mal uso de la facultad de dictar medidas cautelares innominadas<sup>20</sup> (las nominadas son el embargo, la prohibición de enajenar y gravar determinados bienes y el secuestro) iniciaron la deplorable práctica de designar un administrador “ad hoc” (a veces varios administradores pero, no necesariamente, actuando de manera colegiada) con el objeto que suplante -desplace- a los administradores que llamaremos “naturales” a los efectos del presente trabajo, entendiéndose por tales aquellos designados por los órganos regulares, esto es, la asamblea de accionistas.

Usaremos el tiempo pasado en todos los verbos de los párrafos siguientes, en la esperanza que ésta deplorable práctica haya sido abandonada de una vez por todas en nuestro país. No obstante, dos evidencias inocultables hacen palidecer nuestro optimismo: a.- Los abogados siguen solicitando indiscriminadamente estas medidas<sup>21</sup>, en un poco disimulado intento de arrodillar a su contrario en fase cautelar y, b.- Aún existen Tribunales que otorgan este tipo de solicitudes cautelares, quizás por ignorancia, quizás por desprecio a los lineamientos jurisprudenciales sentados por el máximo tribunal de justicia en numerosas decisiones que analizaremos más adelante<sup>22</sup> y a los más elementales principios del derecho societario.

---

<sup>20</sup> Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209 del 18 de Septiembre de 1990. Art. 588.

<sup>21</sup> En sentencia del 30 de marzo del 2007 llevado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área metropolitana de Caracas, por Carmen Pino Llaveneras Vs. Manuel Ángel Tinjaca García y otros; en el juicio de merodeclarativa de levantamiento del velo corporativo, llevado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 17 de diciembre de 2012, por Carmen Hereter de León vs. Arenera Mopia C.A.

<sup>22</sup> Decisión del tres (03) de junio de 2013, Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, expediente C-43.253-13.

Así, una vez designado el (o los) administradores “ad hoc” éstos, con la dudosa investidura de “auxiliar de justicia”, serían llevados a tomar posesión del cargo aun con el apoyo de un Tribunal Ejecutor de la medida y de la fuerza pública, si existiere oposición fáctica por parte del demandado (o tercero) que la sufría.

Veremos que en un gran número de casos (preocupantemente grande) la medida no afecta siquiera al demandado, que ya grave sería, sino a terceros totalmente ajenos a la litis.

En algunas ocasiones, el Tribunal, al decretar la medida establecía las funciones y facultades específicas del administrador “ad hoc” usualmente atribuyéndole todos los actos de representación y decisión<sup>23</sup> de la sociedad, bien aquellos dirigidos a la consecución del objeto social bien aquellos que excedían el objeto social. En otros casos no se establecían sus funciones, dando rienda suelta a la anarquía en el ejercicio del cargo, y en otros, existía una simple remisión a las cláusulas estatutarias sobre la administración de la sociedad, trasladándola sin más al administrador judicial.

Trataremos de ordenar las características más resaltantes de esta figura: a.- Consistía en el nombramiento de “auxiliares de justicia”; b.- Nombramiento éste efectuado por un Tribunal; c.- Eran nombrados mediante el ejercicio de la potestad cautelar de dictar medidas innominadas; d.- Suplantaban o desplazaban totalmente a los administradores “naturales” de la sociedad, entendidos estos como aquellos nombrados por la Asamblea de Accionistas que es el único órgano societario conforme al derecho venezolano, capaz de nombrar administradores; e.- Tomaban posesión de su cargo aún con apoyo de la fuerza pública y aún en contra de cualquier oposición fáctica de quien soporta la medida; f.- No existen reglas ni parámetros para determinar las facultades de estos “auxiliares de justicia”

---

<sup>23</sup> Existen legislaciones donde se divide y distingue entre las facultades de representación y de decisión de la Junta Directiva.

sino que eran adjudicadas caprichosamente por cada Juez al momento de dictar la medida.

Se alteraba así la esencia de la vida societaria, donde la Asamblea de Accionistas podía tomar decisiones, pero carecería de un órgano que las ejecutara, siendo el administrador “ad hoc” un mandatario oculto de la parte que obtenía la medida y que, es lógico, se opondría a ejecutar las decisiones de la asamblea de accionistas.

Además de lo irregular de estas designaciones, se añadían otros elementos de ilegalidad que iremos detallando en el presente análisis: las personas designadas como tales no pertenecían a una lista de posibles ejecutores del cargo, sino que eran nombradas caprichosamente por el Juez; no les era exigido ningún conocimiento ni especialización, (siendo que el cargo de administrador implica tener una serie de conocimientos sólidos en materia de administración de empresas); no estaban tenidos a constituir garantía alguna que respaldara el eventual mal desempeño de este administrador “ad hoc” al frente de la sociedad; tampoco se exigía a la parte beneficiada con la medida, la constitución de garantía alguna para responder de los eventuales daños que la medida pudiera causar, y finalmente, lo más grave es que no obedecían a un sistema de intervención reglada y organizada, sino al capricho del solicitante y del Tribunal que acordaba la medida.

De esta manera, una sociedad de comercio, veía subvertida su organización natural y de un día a otro, se encontraba administrada y dirigida por un extraño que no poseía el conocimiento ni la inmediatez con la sociedad mercantil necesaria para su conducción eficiente, por un tiempo prácticamente indefinido dado que, es un hecho notorio, la duración de un procedimiento judicial en Venezuela es absolutamente impredecible.

Veamos de seguidas las principales decisiones en esta materia:

1.- Como primer caso, se cuenta el caso llevado por ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito, por causa de partición de herencia, expediente 03034. Sentencia del 08 de octubre de 1991. Haydée Grillo Rodríguez Vs. Sucesión de Billo Frómata<sup>24</sup>.

Se pidió, en ese caso, la designación de un administrador Ad-hoc de un fondo de comercio denominado “ORQUESTA BILLO’S CARACAS BOYS”. Aunque este antecedente judicial tiene una serie de elementos que lo distancian del objetivo del presente trabajo, presentaremos al lector los puntos destacados del caso para su comparación con posteriores decisiones judiciales que se analizarán: a.- No se trata de una sociedad de comercio, sino de un fondo de comercio que, como sabemos, carece de personalidad jurídica y de administradores naturales como las sociedades. En el caso del fondo de comercio el o los propietarios actúan como comuneros proindiviso sobre el fondo de comercio sin que ninguno de ellos tenga, legalmente, funciones atribuidas y definidas como administrador; b.- La parte contra quien operaría la medida, convino en ella; c.- El tribunal convocó a las partes para que de común acuerdo procedieran a la designación del administrador.

Al comentar esta decisión, Ortiz-Ortiz señala:

*Ahora bien, es posible que en un juicio de partición ¿pueda nombrarse un administrador ad hoc de empresas sometidas a partición? Sin duda, si la empresa pertenece en la totalidad de sus acciones a la masa hereditaria, y si una de las partes pretende cometer lesiones o daños en los derechos de la otra, no sólo es procedente sino conveniente que un tercero ajeno al conflicto administre los destinos de la empresa mientras se dilucida el juicio principal y se decida o no su*

---

<sup>24</sup> ORTIZ ORTIZ, Rafael: **Las medidas cautelares inominadas. Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional. Tomo II.** Paredes Editores. Caracas-Venezuela, 1999, p. 747 y ss.

liquidación, en cuyo caso habrá de atenderse a las reglas para la disolución de empresas que el Código de Comercio prevé. Reparemos que, en este supuesto, no es posible la celebración de ninguna Asamblea puesto que el accionista único ha fallecido<sup>25</sup>. (Subrayado propio).

A pesar que manifestamos nuestra plena adhesión al rechazo del comentarista a la figura de los administradores ad hoc, nos permitimos respetuosamente diferir puntualmente del profesor Ortiz-Ortiz, en los siguientes aspectos:

a.- En las sociedades de comercio cuyo único accionista ha fallecido sigue siendo perfectamente posible la celebración de asambleas de accionistas, la cual -es cierto- debe cumplir con una serie de formalidades, siendo la más importante que la comunidad sucesoral designe a un solo representante o los derechos proindiviso sean adjudicados mediante liquidación y ello permita que haya un solo representante por acción. Pero en modo alguno se puede llegar a la conclusión de la imposibilidad de celebrar asambleas de accionistas.

La convocatoria quedaría, en todo caso, en cabeza de los Tribunales, si el causante ocupare también el cargo de administrador único, en cuyo caso los sucesores pueden dirigirse al Tribunal para pedir que efectúe la convocatoria<sup>26</sup>.

b.- Precisamente el Código de Comercio está orientado a permitir y estimular la continuación de las sociedades de comercio más allá de la existencia física de sus accionistas<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> ORTIZ ORTIZ, Rafael: *ob. Cit.*, p. 750.

<sup>26</sup> Sobre convocatoria de asambleas de accionistas véase Bariona Grassi Mario. Régimen de las asambleas de Accionistas. Ensayos de derecho mercantil libro Homenaje Jorge Enrique Núñez. Tribunal Supremo de Justicia Colección Libros Homenaje N°15 pag. 151

<sup>27</sup> Código de Comercio artículo 296 Parágrafo Segundo.

2.- La segunda decisión que se analiza es el juicio **por cumplimiento de contrato** llevado ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Distrito Federal y Estado Miranda, auto del 31 de octubre de 1991, Digimatica C.A e Inversiones Acanial C.A. Vs. Digital Equipment Corporation y otras. Exp. 26.159<sup>28</sup>.

Inversiones Alcanial solicita a DEC (Digital Equipment Corporation) traspasar el 50% de las acciones que conforman su capital social y, simultáneamente, las empresas demandadas adquirirían de Digimatica, una serie de activos, de conformidad con el convenio de compra que se originó de las disposiciones del Memorándum de Entendimiento, por lo que solicitan la designación de una Junta de administración Ad Hoc para que fiscalice y administre DEV (Digital Equipment Venezuela), y para que celebre, renueve, suspenda y modifique los contratos ya celebrados por esta empresa o aquellos por celebrar. Como le es solicitado, el Tribunal concede la medida cautelar y prohíbe a los administradores ordinarios de la empresa ejecutar cualquier acto de administración o disposición sin la previa autorización de los administradores Ad Hoc.

Es increíble cómo, en el afán de dictar este tipo de medidas, se llegó a ignorar obscenamente la identidad que deben mantener el fondo de lo demandado con la medida cautelar. Esta identidad, institucionalizada por el derecho procesal, consigue en este particular caso, una consagración también clara y evidente a la luz del derecho mercantil.

En efecto, en el caso que se analiza, se demanda el cumplimiento de un contrato, cuyas resultas dependían de la voluntad de las partes y, en segundo lugar, del aseguramiento de bienes o prestaciones DIRECTAMENTE VINCULADOS con el objeto del contrato. No es difícil imaginar que una medida genérica e indiscriminada como el nombramiento de un administrador judicial, en poco o en nada contribuiría con el fondo de la causa.

---

<sup>28</sup> ORTIZ ORTIZ, Rafael: *ob. Cit.*, p. 753.

En las múltiples críticas que ha recibido el decreto de estas medidas innominadas consistentes en el nombramiento de administradores judiciales, resalta el hecho de su “generalidad” por cuanto no van dirigidas a aislar determinados actos o comportamientos que pueden resultar nocivos para el demandante, sino que se instituye como una actuación indiscriminada del auxiliar de justicia que invade inconstitucional e ilegalmente la esfera de la libre asociación y de la contratación entre particulares. Recordemos al efecto que los estatutos de funcionamiento de una sociedad de comercio tienen un indiscutible carácter contractual, admitido pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia.

No es casual entonces el comentario de Rafael Ortiz-Ortiz que reproducimos de seguidas:

Respecto a esta decisión comenta Ortiz-Ortiz:

*Uno de los aspectos que hay que profundizar en esta materia se refiere a la idoneidad formal y material de la cautela innominada, esto es, la medida cautelar que se dicta tiene que ser apta para evitar un daño o una lesión temida y comprobada (idoneidad material) y tiene que tener alguna vinculación con el juicio principal de modo que cumpla algunos efectos anticipativos no concediendo cautelarmente lo pedido en el juicio principal pero sí con la necesaria vinculación para cumplir con su finalidad cautelar (idoneidad formal), al primero llamamos adecuación y al segundo pertinencia de las medidas.*

*Con vista de ello e, independientemente que, en nuestro criterio el nombramiento de un administrador judicial en desplazamiento de la junta directiva nombrada por la asamblea de accionistas es ilegal e inconstitucional, creemos que existen otras razones para apuntalar este criterio.*

*En efecto, en el caso presente se trata de una demanda por cumplimiento de contrato según el cual se pretende “que cumplan o en su defecto sean condenados a cumplir con las obligaciones contraídas de acuerdo con el convenio de asociación y cooperación para las operaciones de comercialización, ventas y*

*servicio técnico y de mantenimiento a ser prestado a los clientes poseedores y usuarios de los equipos y productos marca Digital, y es por ello que Digimatica C.A., e Inversiones Acanial C.A., demanda a Digital Equipment Corporation y otras. Con vista a las obligaciones de hacer contraídas y demandadas, las obligaciones de dar involucradas que Digital Equipment Corporation proceda a traspasar a Acanial el 50% de las acciones de capital social de DEV.*

*Narrado el juicio principal entonces, se acuerda una medida cautelar innominada de nombramiento de tres administradores de la empresa Digital Equipment de Venezuela, por un supuesto daño que no se alegó en concreto, no se probó y mucho menos se analizó en el decreto cautelar. Es más, aun cuando se hubiese alegado una lesión en específico tenía que demostrarse que ello derivaba de una conducta de la persona jurídica demandada y no de aquella persona contra las cuales se ejecutó la medida puesto que no eran parte en el proceso.*

*Esta medida decretada contra la demandada en modo alguno garantizaba ningún daño alegado y sumariamente comprobado y, lo que es peor aún, no existe vinculación alguna entre los derechos demandados, esto es, operaciones de comercialización, ventas y servicio técnico y de mantenimiento a ser prestado a los clientes poseedores y usuarios de los equipos y productos marca Digital y menos tienen que ver con la obligación de traspasar 50% de las acciones en otra empresa producto de un convenio de asociación. La medida era, salvo mejor opinión, improcedente por ilegal, inconstitucional, inidónea, inmotivada, entre otros vicios del decreto.*

3.- Caso Café Fama de América C.A.<sup>29</sup>, en auto de fecha 20 de diciembre de 1995, llevado ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, por Nubia Sáenz de Arvelo y otros Vs. C.A. Café Fama de América, por nulidad de asamblea de accionistas.

Se trata en este caso, de un procedimiento que buscaba obtener la nulidad de una asamblea de accionistas<sup>30</sup>. Como medida cautelar se solicitó el nombramiento de

<sup>29</sup> ORTIZ ORTIZ, Rafael: *ob. Cit.* Tomo I, p. 376.

<sup>30</sup> Véase: La sociedad anónima. Manuel Acedo y Luisa Acedo de Lepervanche. Editorial Vadell Hermanos, 1996, pag. 312



administradores judiciales que desplazarán radicalmente a los administradores naturales de la sociedad mercantil Café Fama de América C.A.

Veamos como la causal de la petición de fondo difiere de las sentencias analizadas hasta ahora: En este caso se solicita la anulación de una asamblea de accionistas y se pide, por vía cautelar, la separación de los administradores naturales del cargo en tanto designados por la asamblea presuntamente viciada. Las decisiones<sup>31</sup> que rodean el caso Café Fama de América C.A. son las primeras reacciones contundentes al nombramiento indiscriminado de administradores ad hoc. De hecho, las ulteriores sentencias que citaremos, hacen referencia obligada a la doctrina sentada en este caso.

Así como establece la Corte Suprema en Sala de Casación Civil en sentencia dictada en el presente caso del 8 de julio de 1997:

*“Al decidir el Juez de Primera Instancia mediante una medida cautelar innominada la remoción de los miembros de la junta Directiva y del Consejo Consultivo de la Sociedad Mercantil y designar en su lugar un administrador ad-hoc, cercenó el derecho de la mencionada sociedad, la posibilidad de resolver si debían o no removerse los administradores y los miembros del Consejo Consultivo designados y decidir en definitiva, a quiénes se decidirían en su lugar, con lo cual alteró en forma determinante el funcionamiento de la misma, subvirtiendo el orden de la sociedad, razón por la cual esta Sala considera que se violó el derecho constitucional de asociación...”*

Así pues, *“el nombramiento de administradores ad hoc como medida innominada, no puede chocar con las normas sobre derecho societario, por lo que estos administradores no pueden sustituir a los órganos de las compañías, ni a la asamblea, ni tomar medidas en contra de las decisiones de las asambleas; en fin,*

---

<sup>31</sup> Contra la decisión que decreta la medida cautelar innominada, los afectados apelaron; siendo negada la apelación, interpusieron un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de enero de 1998, quien la declaró sin lugar. Esto originó que recurrieran en amparo, cuya sentencia definitiva declarando **con lugar la solicitud**, se publicó el 15 de abril de 1996.

*no podrían ir contra lo establecido en el Código de Comercio. La medida cautelar no puede sustituir los órganos societarios, destituir a un administrador, ni violar las normas de derecho mercantil...”*

A los solos efectos de aportar cierta sistematización al presente estudio, intentaremos agrupar las causales de solicitud de nombramiento de los administradores judiciales, en los siguientes grandes rubros: **a.** solicitudes de nombramiento de administradores en causas por liquidación de comunidad sucesoral, **b.** en causas por denuncia de irregularidades (bien por acción, bien por omisión) cometidas por administradores, **c.** en causas de divorcio donde se intenta preservar el patrimonio conyugal, cuando este se encuentra integrado, aunque sea en parte, por acciones de sociedades, **d.** en causas donde se demanda la nulidad o anulación de una asamblea, **e.** en causas, como veremos más adelante en el presente estudio, donde se solicita la declaratoria judicial de la indignidad de uno de los causahabientes a suceder, **e.** en causas donde se “pretende” está involucrado el orden público o la “función social del derecho”, lo cual es usado como excusa por ciertos jueces, para invadir inconstitucional e ilegalmente, el campo absolutamente privado de las relaciones comerciales entre socios, entre socios y administradores<sup>32</sup>, **f.** en causas donde se ventila la comisión de un delito (Caso La Tele)<sup>33</sup>.

Esta sistematización por supuesto no es omnicomprendensiva; lo que se pretende es recoger las causales más frecuentes que hemos podido encontrar en los diversos casos donde estas medidas han sido solicitadas. Mención aparte merece el caso de Editorial R.G. C.A. donde se llegó al impensable extremo de decretar la medida cautelar innominada en un juicio donde se demanda la declaratoria de indignidad

---

<sup>32</sup> Sentencia de oposición de Editorial R.G. C.A. del 5 de mayo de 2014 dictado por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Bancario y Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar Exp. 19872/Sentencia Cemento Andino C.A., dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 11 de agosto de 2006 Exp. N° 326-99 y 2585-06. Disponible en línea: <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/MAYO/1977-5-19.872-.HTML>

<sup>33</sup> Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 29 de agosto de 2014, Grupo Imagen Publicidad C.A. (La Tele Televisión C.A., Vepaco C.A. y Cablevisión C.A.) vs. Comercializadora Zul-Car C.A.

para suceder de una persona, afectando a todos los demás accionistas de la sociedad, terceros totalmente extraños y ajenos a la disputa.

4.- En el juicio llevado ante el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área metropolitana de Caracas, en el caso por **amparo constitucional contra decreto cautelar**, del 25 de junio de 1996, Roberto Juan Garay e Inversora Le Casino C.A. Vs. Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito de Caracas.

En el mencionado caso, la parte accionante alega que la empresa demandada ha impedido el acceso a los locales de Le Casino, lo que impide la supervisión y vigilancia que debía realizarse de la administración a fin de evitar que quedase ilusorio el cobro del préstamo por haberse disminuido el valor de la compañía a consecuencia de una administración errada de parte de los compradores. Basado en tal pretensión, se solicita la designación de un Administrador Ad Hoc el cual estará facultado para todos los actos de la administración de la empresa que sean necesarios a fin de que no se deprecie el valor de las garantías.

Concedida la medida cautelar, resultan afectados terceros ajenos a la litis, por lo que la problemática no se basa únicamente en la inconstitucionalidad de la medida, sino también en otros aspectos procesales que trataremos a continuación.

La sentencia establece que: *“Con respecto a las medidas innominadas, la ley no prevé oposición de terceros, solamente puede oponerse la parte contraria a aquella que la solicitó; tampoco es posible una acción de tercería, ya que esta es pertinente cuando un tercero se ve afectado en sus bienes por las medidas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, pero no cuando se trate de una medida innominada, por lo que para ellos, el único recurso para defender sus derechos es el Amparo Constitucional.”* Hasta aquí –advertimos al lector- el debate es esencialmente procesal.

Comenta al respecto Ortiz-Ortiz:

*“En este punto diferimos del criterio adoptado por el Tribunal, ya que, si bien el procedimiento de amparo es perfectamente admisible en el presente caso, también es admisible que un tercero intente un juicio de tercería en contra de una medida cautelar innominada. Aun cuando en un principio las medidas cautelares solo afectan a quienes forman parte del proceso, pudiese ocurrir que la medida tomada por el Juez afecte a quien no forma de el, por lo que también es admisible que este intervenga como un tercero. La empresa Le Casino C.A. sustenta su pretensión en la designación de un administrador Ad Hoc, lo que modifica su administración estatutaria, y por ende, resulta afectada y agraviada por la medida innominada que da lugar al amparo. Cualquier acto que lesione o atente contra sus derechos y modifique su normal desenvolvimiento, es un agravio para la empresa en referencia. En el presente caso, los accionantes sí son agraviados porque al designarse un administrador Ad Hoc, la consecuencia es que el querellante, ROBERTO JUAN GARAY, queda privado de sus funciones normales y ordinarias de miembro de la administración de la empresa y privado de cumplir sus funciones y actividades en el giro normal de la sociedad; y por otra parte, cuando a la empresa INVERSORA LE CASINO C.A., se le designa un administrador Ad Hoc para el manejo diario de sus intereses, se causa un agravio por trastornarse su normal administración, suplantando, en lo diario, a quienes la representan, dirigen, organizan y manejan, todo lo cual lógicamente la convierte en agraviada cuando se sustituye la administración normal y pasa a ser dirigida, en lo cotidiano, por un extraño a su organización y funcionamiento”<sup>34</sup>.*

Continúa Ortiz-Ortiz:

*“Efectivamente, no solo se afecta el giro normal de la empresa sino que constituye una antijurídica intromisión del juez en la voluntad colectiva de la Asamblea de accionistas quien designó a los administradores, con lo cual se violenta el derecho constitucional de industria y comercio.”*

En la decisión analizada, además se sostiene:

---

<sup>34</sup> ORTIZ ORTIZ, Rafael: *ob. Cit.* Tomo I, p. 515.

*“El juicio patrimonial enfrenta dos partes: una que pide o reclama; y otra contra la que se hace el pedimento o reclamación; y tratándose de medidas –sean preventivas o cautelares innominadas- estas puedan ir contra una de las partes empeñadas en la litis, que en el caso son: los ciudadanos Salvatore Di Vincenzo (...) y demandados la empresa Technigen Corporation, sin que figuren ni aparezcan en esa relación procesal ni el ciudadano Roberto Juan Garay ni la empresa inversora Le Casino C.A., por lo cual la medida decretada y practicada ha afectado los derechos o intereses de los querellantes ajenos a la litis, en razón de lo cual el Juez de Primera Instancia (...) incurrió en un exceso, extralimitación y abuso de funciones.”*

El derecho de libre asociación no contempla únicamente el derecho de crear un empresa, sino también de dirigirla de la forma como deseen quienes la crearon, por lo que cualquier limitación a ese derecho es inconstitucional, mucho más, si la limitación se realiza dentro de un juicio donde la empresa y, los miembros que forman parte de la administración, no son parte del juicio.

5.- En el juicio **por disolución y liquidación de sociedad de comercio**, llevado ante el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, por Angelo Gianturco Di Bianco vs. Policlínica Las Mercedes C.A. y otros, en sentencia 4 de junio de 1997 y otras sentencias.

Los accionantes demandan la **disolución y liquidación de la sociedad y a los fines de evitar una posible dilapidación u ocultamiento fraudulento de los bienes que integran la totalidad de los activos** de las empresas C.A. Policlínica Las Mercedes y su posible descapitalización, se solicita el nombramiento de un Administrador Judicial, con todas las facultades que los Estatutos Sociales confieren a la Junta Directiva y la designación de un Comisario Ad hoc.

En el decreto cautelar, el Tribunal estima que efectivamente existe la posibilidad de un daño patrimonial a los actores, mas pretende resolverlo por la sustitución de

los administradores naturales asignados por la Asamblea, órgano propio para estas designaciones conforme a los estatutos sociales, lo que comportaría un probable abuso de autoridad o en caso acarrearía un desequilibrio de las partes que lejos de preservar los eventuales derechos de los solicitantes, conculcaría, en el caso de marras, los de las demandadas. Por las razones expuestas, se designa un veedor y un comisario Ad hoc.<sup>35</sup>

Contra esta medida se ejerció el correspondiente recurso de oposición, se designa un administrador Ad Hoc y se ratifica el comisario Ad Hoc. Una vez adoptada la decisión, se interpuso una querrela recusatoria contra el Juez, y fue declarada con lugar por el Juzgado Superior y al mismo tiempo, la parte afectada ejerció un derecho de oposición contra la medida dictada por el Juez recusado, en la decisión donde debía declarar con o sin lugar, precisamente, el recurso de oposición, lo que demuestra serios errores de procedimiento y contenido.

En la sentencia de fecha 4 de junio de 1997 del Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Transito del Área Metropolitana de Caracas, se lee: *“Sin embargo, se dicta una decisión confirmatoria de la que decretara la medida innominada a través de la cual se designó un Administrador Ad Hoc, al establecer que dentro de la concepción actual de las medidas o poderes cautelares del juez y de los alcances de la jurisdicción, la potestad de tutelar los derechos de los litigantes en juego, le permite al juez tomar las providencias necesarias, adecuadas y proporcionales, a las circunstancias que pretende proteger o las consecuencias que pretende evitar. Es dentro de esta concepción que se enmarca la designación de administradores en sustitución o en cogestión con los designados por la Asamblea, cuando surgen pretensiones de conflicto de intereses y se traen elementos al proceso que hacen presumir juzgador, de la posibilidad de que los administradores representantes de una de las partes en*

---

<sup>35</sup> Auto del 14 de agosto de 1996 llevado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Transito del Área Metropolitana de Caracas, por disolución y liquidación de la sociedad de comercio Policlínica Las Mercedes.

*litigio, utilicen tal posición en detrimento de los accionistas denunciantes de irregulares. (...)*<sup>36</sup>

Al respecto, Ortiz-Ortiz comenta:

*“La injerencia de la función jurisdiccional mas allá de los límites permitidos por el Código de Comercio en la administración de una sociedad de comercio constituye, a no dudar, una extralimitación de sus funciones y un abuso de poder que vicia de nulidad absoluta el acto de que se trate.”*

El juez se adjudica las funciones naturales que le corresponden a la Asamblea de Accionistas al dictar una medida cautelar innominada que destituya la directiva de la empresa y nombre un administrador Ad Hoc, actuando mas allá de las funciones que le confiere la ley al juez, lo que constituye una injerencia inaceptable en la esfera jurídica subjetiva de los particulares y afecta a quienes no han sido parte del juicio.

6.- En juicio por nulidad de asamblea<sup>37</sup> llevado ante el Juzgado Decimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Transito del Área Metropolitana de Caracas, el 15 de abril de 1998, José Rodriguez Subero Vs. Carol Curiel Navarro.

En este caso, la parte actora solicita la designación de un administrador Ad Hoc con la prohibición expresa de realizar actos que excedan de la simple administración. Esta medida es solicitada en un procedimiento de nulidad de asamblea, la cual persigue dejar sin efecto cualquier decisión que se hubiese adoptado, todo esto fundado en una serie de irregularidades societarias cometidas por la sociedad mercantil.

Respecto al decreto cautelar el Tribunal de la causa señala:

---

<sup>36</sup> En sentencia del 4 de junio de 1997 llevado ante el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, en procedimiento por oposición a la medida cautelar innominada.

<sup>37</sup> Sobre impugnación de asambleas de accionistas véase Bariona Grassi Mario. Régimen de las asambleas de Accionistas. Ensayos de derecho mercantil libro Homenaje Jorge Enrique Núñez. Tribunal Supremo de Justicia Colección Libros Homenaje N°15 pag. 151



*“La sociedad anónima como persona jurídica de derecho mercantil está integrada por varios órganos de la junta directiva, la Asamblea y los Comisarios, ninguno de los cuales tiene preeminencia sobre el otro, sino específicas funciones atribuidas por los estatutos sociales y por ley, para lograr la constitución del objeto social. La forma en que han sido creados los órganos de la sociedad, permiten que estos se controlen entre si y que la voluntad de la mayoría de los socios sea la que prevalezca. Por esta razón el juez de comercio tiene limitadas sus atribuciones de intervención dentro de las sociedades, y en ningún caso puede, mediante una decisión cautelar ni aun definitiva, en un procedimiento de nulidad de asamblea o por irregularidades en la administración suplir funciones de la asamblea, como órgano encargado para discutir, aprobar o modificar el balance que presenten los administradores y de removerlos y designarlos, entre otras...”*

Al respecto Ortiz-Ortiz señala:

*“Debe tomarse en cuenta que la sentencia definitiva tiene carácter de mero declarativa, esto es “declaración de la nulidad invocada” con lo cual el fin perseguido no es exactamente la ejecución (eficacia) del fallo sino la efectividad del proceso; esta efectividad debe estar amenazada por hechos objetivos que debe ser comprobados sumariamente, a lo menos con una “presunción grave”. En el caso comentando se demanda la nulidad de una asamblea que nada tiene que ver con los administradores salvo la denuncia de irregularidades y justamente con respecto de los administradores se pretende su suspensión y sustitución a través de la medida cautelar innominada.”*

En casos en los que se demande la nulidad de asamblea, el juez deberá autorizar la convocatoria de una nueva asamblea. Es un hecho que si esta se declara nula, se corre el riesgo de que se causen daños irreparables a los socios, por lo que el juez pudiese autorizar, previa demostración del periculum in mora, el fumus boni iuris y el periculum in damni, a la parte actora para que nombre un “veedor” o vigilante de la administración de forma temporal mientras se resuelve la nulidad, pero la voluntad del juez al designar un administrador Ad Hoc, no puede derogar



nunca la voluntad de la Asamblea de accionistas, que es la máxima representación de la sociedad mercantil.

**7.- Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional<sup>38</sup>, sentencia 1153, expediente Nro. 07-1291, en el caso por demanda de divorcio, donde estuvieron involucradas las empresas Kgema Arrendadora C.A. vs. Centro Médico Quirúrgico San Ignacio C.A.**

Esta decisión, producto del ejercicio de un amparo constitucional, parecía la destinada a erradicar la deplorable institución de los administradores judiciales o administradores ad-hoc. Por lo menos, las decisiones que tuvimos oportunidad de revisar, entre ellas dos muy acertadas del Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital<sup>39</sup>, habían ratificado la posición de la Sala Constitucional en esta decisión sobre amparo constitucional.

Decimos que parecía destinada a erradicar la institución (si así se puede llamar) de los administradores judiciales, puesto que, después de cinco años de haber sido dictada y ratificada en numerosas decisiones, fue ignorada y violada indiscriminadamente por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Segundo Circuito del Estado Bolívar, en el caso conocido como Editorial R.G. C.A. o Nueva Prensa Guayana, que más adelante se analiza.

---

<sup>38</sup> Disponible en línea: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1153-110708-07-1291.HTM> (última consulta 18/06/2018)

<sup>39</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. 17 de diciembre de 2012. ASUNTO: AH12-X-2012-000064. Disponible en línea: <http://falcon.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/DICIEMBRE/2117-17-AH12-X-2012-000064-.HTML> y <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2007/marzo/2117-30-07-9150-.html>

Por medio de un proceso de divorcio, la Juez 12° del Tribunal de Protección del niño y del Adolescente, dictó una medida cautelar innominada que consistía en la designación de un administrador Ad Hoc sobre dos empresas: Kgema Arrendadora C.A., propiedad del patrimonio conyugal, y el Centro Médico Quirúrgico San Ignacio C.A., respecto de la cual, el 75% de las acciones que conforman el capital social son propiedad de los hermanos Krulig Gelman. De hecho, Ricardo Krulig, administrador y propietario, fue destituido de sus funciones por tal medida cautelar y sustituido por el administrador Ad Hoc.

Este es otro caso que demuestra como una medida cautelar dictada por un juzgado que obra fuera de su competencia, afecta derechos de quien no es parte en el juicio, además de haber usurpado las atribuciones de la asamblea de accionistas del Centro Médico Quirúrgico San Ignacio, C.A., al sustituir el régimen de administración pactado por sus socios y al impedir la realización de asambleas ordinarias y extraordinarias, pese a que los hermanos Krulig Gelman cuentan con el setenta y cinco por ciento de las acciones de la compañía. Todo esto aunado a que el administrador ad Hoc fue designado con amplias potestades de administración sobre el patrimonio de la compañía.

Tal como establece la sentencia: *“La Juez N.º12 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas decretó unas medidas cautelares que, lejos de perseguir la integridad del patrimonio conyugal -como corresponde en los juicios de divorcio-, intervienen directa y negativamente en la administración y gestión social de las compañías Centro Médico Quirúrgico San Ignacio, C.A. y Kgema Arrendadora, C.A., quienes naturalmente no son parte de dicho juicio y, por ende, están totalmente impedidas para alegar o probar nada en su descargo”.*

Sin duda alguna, la medida dictada ocasionó una gravísima violación al derecho a la defensa, a la asociación, a la libertad económica y a la propiedad. Es por esto, que la Sala asume el criterio que estableció la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en decisión del 8 de julio de 1997 (caso: *Café Fama de América*), a través de la cual se sostuvo que el nombramiento de administradores *ad hoc*, como medida cautelar innominada, debía estar limitado por las normas de Derecho Mercantil, por lo que las atribuciones que se confieren a estos administradores no podían sustituir las de los diferentes órganos de las sociedades, ni tomar medidas en contra de las decisiones de las asambleas.

Según el criterio de la Sala: *“la Juez agravante que emitió la providencia cautelar se excedió en el ejercicio de su poder cautelar, con lo cual infringió derechos y garantías constitucionales, pues, sin duda, injurió derechos de terceros ajenos al juicio de divorcio, cuando sustituye la voluntad de la asamblea de accionistas de las sociedades, a través de la creación de un régimen de administración diferente del que decidieron los accionistas, sin que a este Administrador ad hoc se le impusieran limitaciones en su actuación, de modo que, a través de esa desmedida protección cautelar, podrían ocasionarse daños irreversibles e irreparables a través de la sentencia definitiva, en caso de que se hiciera un ejercicio desmedido de la función de Administrador.”*

8.- En sentencia del 30 de marzo del 2007 llevado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área metropolitana de Caracas, por Carmen Pino Llaveneras Vs. Manuel Ángel Tinjaca García y otros.<sup>40</sup>

En el presente caso, la parte actora alega la simulación de un contrato de compraventa de acciones de la sociedad mercantil Corporación Colplex C.A., en la cual, su cónyuge, único administrador y representante de la mencionada compañía, ocultando su estado civil, vendió 90.000 acciones propiedad de la comunidad conyugal.

---

<sup>40</sup> Disponible en línea: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2007/marzo/2117-30-07-9150-.html>  
(Última consulta: 25/7/2018)

Basado en lo anteriormente expuesto, la parte actora solicita el embargo sobre las acciones que fueron vendidas y la designación de un administrador Ad Hoc sobre la mencionada sociedad mercantil, por lo que pide que se aplique el mismo criterio dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Corporación Cemento Andino C.A., en la cual se designa una Junta de Administración Ad Hoc. La referida decisión señaló lo siguiente:

*“Dadas las condiciones particulares del presente caso en el cual es posible la violación de un derecho fundamental de eminente carácter social y de interés nacional, se advierte la necesidad, en aras de resguardar el bienestar colectivo de los trabajadores que prestan servicios en dicha empresa, así como de los titulares de la misma, el nombrar una Junta de Administración Ad-Hoc de dicha compañía, la cual deberá rendir cuentas a esta oportunamente cada mes vencido, de las operaciones y cuentas realizadas sobre sus activos y pasivos, hasta que se decida el fondo del presente caso.”*

A lo que el Juez señala que para el caso anteriormente transcrito, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dadas las condiciones particulares del caso y vista la eminente violación de un derecho fundamental y del interés nacional se vio en la imperiosa necesidad de nombrar una Junta de Administración Ad-Hoc, ello en virtud de que el interés general privó sobre el interés particular, por lo que no habiéndose dado tales circunstancias para el caso sometido a discusión, mal podría aquí aplicarse la designación de un administrador Ad-Hoc, toda vez que se estaría violando el derecho constitucional de asociación consagrado en el artículo 52 de la Constitución Bolivariana de Venezuela.

9.- En el juicio en el cual se solicitó el **levantamiento del velo corporativo por vía merodeclarativa**, llevado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área

Metropolitana de Caracas, del 17 de diciembre de 2012. Partes: Carmen Hereter de León vs. Arenera Mopia C.A.<sup>41</sup>

En el presente caso, la parte actora alega la comisión de una serie de irregularidades cometidas por quienes representan y administran la sociedad mercantil Arenera Mopia desde el fallecimiento de su padre, por lo que establece que es necesario controlar la administración de la empresa, evitando pérdidas futuras. El caso llama nuestra atención ya que la accionante no es accionista de la prenombrada sociedad y alega que fue creada para con la finalidad de obstaculizar el control de otras tres empresas extranjeras. Así bien, Bestcarmar Private Foundation, domiciliada en Curazao, es propietaria de tres empresas extranjeras: Masverta Developments N.V., Darnley Associates, S.A. y Corporación Rehold Holding, B.V., siendo esta última a su vez propietaria de la sociedad mercantil Inversiones 19.179, S.A., sociedad registrada bajo leyes venezolanas, la cual es a su vez propietaria de la sociedad mercantil Arenera Mopia, C.A. Es por esto que la parte actora solicita que se aplique en el presente caso la tesis del abuso de personificación, levantamiento del velo y su desenmascaramiento.

En la medida cautelar innominada pretendida por la parte actora, se observa que la misma se contrae a que se intervenga la administración de la sociedad mercantil ARENERA MOPIA, C.A., designando un administrador ad-hoc, por las irregularidades en las que ha incurrido la Asamblea de Accionistas para que la dirección de la compañía sea controlada. En base a esto, el Tribunal establece que la sentencia que se dicta en el procedimiento e irregularidades de asamblea será únicamente la convocatoria de una nueva asamblea que, a su vez, decida sobre las irregularidades que se han denunciado; es decir, que el juez no tiene facultades para pronunciarse sobre la legalidad o validez de la asamblea impugnada. Por lo que en el caso presente, el nombramiento de un administrador o comisario ad hoc es ilegal, inconstitucional, se dicta con extralimitación de funciones y abuso de poder; además en el caso concreto, el decreto cautelar es

---

<sup>41</sup> Disponible en línea: <http://falcon.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/DICIEMBRE/2117-17-AH12-X-2012-000064-.HTML> (Última consulta: 25/7/2018)

inmotivado por carecer del análisis necesario para llegar a la conclusión sobre la necesidad de la medida.

En similar sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, en sentencia dictada en fecha 11 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor Pedro Rondón Haz<sup>42</sup>, en un precedente judicial donde fue anulada por inconstitucional una medida cautelar de designación de un administrador ad-hoc. En la indicada decisión de nuestra Sala Constitucional se estableció lo siguiente:

*“El nombramiento de administradores ad hoc, como medida cautelar innominada, debía estar limitado por las normas de Derecho Mercantil (Código de Comercio), por lo que las atribuciones que se confieren a estos administradores no podían sustituir las de los diferentes órganos de las sociedades, ni tomar medidas en contra de las decisiones de las asambleas. En efecto, las sociedades mercantiles se encuentran integradas por varios órganos: los Administradores, la Asamblea y los Comisarios, cuyas funciones son atribuidas por los estatutos sociales y por la Ley, lo cual permite que se controlen entre sí y que la voluntad de la mayoría de los socios sea la que prevalezca. Es por ello que la intervención del juez en el funcionamiento interno de las compañías debe estar limitada, ya que, de lo contrario, se alterarían y violentarían las funciones legal y estatutariamente conferidas a los referidos órganos. Dicha limitación tiene su justificación en que una decisión judicial no puede ubicarse por encima de las regulaciones que establecieron los socios en los estatutos, so pena de infracción al derecho constitucional de asociación.”*

La modificación que se pudiese pretender respecto del régimen administrativo de una sociedad mercantil por vía de una medida cautelar innominada, se traduce en una extralimitación de funciones por parte de los jueces que las decreten, toda vez que dichas modificaciones pueden realizarse únicamente a través de las

---

<sup>42</sup> Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional<sup>42</sup>, sentencia 1153, expediente Nro. 07-1291, en el caso por demanda de divorcio, en el que están involucradas las sociedades mercantiles Kgema Arrendadora C.A. vs. Centro Médico Quirúrgico San Ignacio C.A.

asambleas de accionistas, en las cuales se puede acordar la modificación de los estatutos sociales de dicha sociedad mercantil.

10.- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 29 de agosto de 2014, en la causa seguida por Inversiones Lileska contra Fernando Fraiz, Hernán Pérez Belisario, Alejandro Vicentini y Juan Carlos Álvarez y en la causa seguida por Comercializadora Zul-Car C.A. contra Grupo Imagen Publicidad C.A., LaTele Televisión C.A, Cablevisión C.A., Vepaco C.A. y demás sociedades mercantiles. Los apoderados judiciales del Ciudadano Fernando Fraiz Trapote solicitaron el avocamiento en las causas cursante por ante el Tribunal Sexto en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Este caso se remonta al 18 de marzo del 2002 cuando inversiones Lileska C.A. denuncia a Fernando Fraiz y otros ante el Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal Caracas, por agavillamiento, estafa, apropiación indebida calificada y falsa atestación en perjuicio de Inversiones Likeska C.A., en el cual el Fiscal 28 del Ministerio Público, dio su acto conclusivo a través del cual solicita se decrete el sobreseimiento de la causa por no revestir carácter penal. Esta denuncia está fundada en una compraventa de acciones de la sociedad mercantil Vitsana 333, realizadas entre Pérez Belisario y Julio Perez Makaren, representante de Likeska C.A. Estas acciones eran propiedad de Lileska C.A. y esa misma sociedad mercantil alega que la compraventa fue realizada sin su consentimiento.

Inversiones Lileska apela la decisión en octubre del 2006, la Corte de Apelaciones en fecha 19 de julio de 2007 dicta sentencia y confirma el sobreseimiento decretado por el Tribunal de Control. Acto seguido, se anuncia recurso de casación, la Sala de Casación Penal, declara con lugar el recurso, anula el fallo del 19 de julio de 2007, y ordena subsanar el error cometido. Durante ese proceso, Inversiones Lileska solicita unas medidas cautelares de Prohibición de Enajenar y Gravar sobre un inmueble, el embargo de acciones de Imagen Televisión, la suspensión de efectos de la compra venta de acciones de Vistana 333 y

designación de una Junta Administradora Ad Hoc; las cuales fueron negadas por el Tribunal.

En fecha 24 de noviembre de 2009 el Tribunal 35 de Control dicta decisión decretando el sobreseimiento de la causa por no revestir los hechos carácter penal. Inversiones Lileska C.A. apela el 20 de enero de 2010, el expediente es recibido por la Sala 9 de la Corte de Apelaciones, y allí permanece sin actividad procesal por espacio de casi 4 años, hasta que en fecha 14 de abril de 2014 dicta sentencia declarando con lugar el recurso de apelación, anula la decisión del 24 de noviembre de 2009 del Juzgado 35 de Control, y ordena emitir un nuevo pronunciamiento prescindiendo de la falta de motivación en que incurriera la sentencia; se remite el expediente y es recibido por el Juzgado Sexto de Control en fecha 28 de abril de 2014 a través de auto que no suscriben ni el Juez ni el secretario.

En fecha 30 de abril de 2014 la querellante realiza nueva solicitud de medidas similares a las que había solicitado anteriormente y que habían sido negadas. Al sexto día hábil el Juez dicta sentencia, concediendo las medidas cautelares solicitadas, incluyendo la Junta Interventora en La Tele Televisión, CA., la cual, debido a su mal desempeño, le causó graves perjuicios a la compañía y, sin duda alguna, afectó a terceros ajenos a la litis.

Como establece el demandado: *“el daño a terceros que ha generado dicha sentencia ya ascienden a cuantiosos daños patrimoniales, económicos, y el peligro de las empresas ajenas a la causa penal, pero afectadas en virtud de las medidas cautelares decretadas, podrían colocarla frente a una posible cesación de pagos, al estar administradas por una junta Interventora que actúa en desconocimiento al objeto que desarrolla.”*

Respecto a los hechos planteados, el Tribunal decide que la parte actora solicitó el avocamiento de la causa sin que hubiere pronunciamiento definitivo respecto de



las supuestas irregularidades reclamadas, razón por la que la delación en instancia de las supuestas anomalías aún no puede ser calificada de exitosa o no exitosa.

Uno de los terceros afectados por la designación de la Junta Interventora fue la sociedad mercantil Academia Americana, quien ejerce un recurso que fue decidido en sentencia N°528 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de mayo de 2015. La mencionada sociedad mercantil alega no guardar relación con la querrela penal, salvo que sus dueños son los padres del ciudadano Fernando Fraiz, y que sin embargo, fue intervenida de forma arbitraria por la Junta Interventora, lo que violenta el debido proceso, el derecho societario, los derechos económicos y el derecho de propiedad, ya que dicha Junta la sustituyó en su gestión de administración, asumió la gerencia y representación de ellas, y comenzó a ejecutar actos que exceden de la simple administración, tales como retirar casi a diario las cantidades de dinero que ingresaron diariamente a la sociedad mercantil, ordenaron efectuar depósitos bancarios a cuentas ajenas a la sociedad; ingresaron personal nuevo; movilizaron y cambiaron las funciones de los trabajadores existentes, y han asumido sin estar facultados para ello la dirección y administración, funciones que no constan en ninguna sentencia.

#### **IV- ANALISIS DE UNA PARTICULAR DECISION SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN AMBITO SOCIETARIO, EMANADA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES COLOMBIA.**

Como simple ratificación de los requisitos que deben cumplirse con el decreto de una medida cautelar innominada, citamos una decisión emblemática emanada de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, que expresó:

*Con todo, en el presente caso, el Despacho ha advertido que la medida cautelar solicitada no es congruente con las pretensiones del demandante. En verdad, mientras en la demanda se solicita el reintegro de ciertas sumas de dinero que le*

*fueron entregadas a Idenox S.A.S., la medida cautelar recae sobre activos de propiedad de Daniela Alejandra Estrada García, quien reviste la calidad de accionista en aquella compañía. En este sentido, aunque llegaran a prosperar las pretensiones formuladas en la demanda, la citada accionista no podría ser obligada a pagar las sumas correspondientes a una condena emitida en contra de Idenox S.A.S. Ello sólo sería posible si, en el curso de un proceso de desestimación de la personalidad jurídica, una autoridad judicial colombiana le extendiera a los accionistas de Idenox S.A.S. la responsabilidad por las obligaciones sociales. Sin embargo, por ser la aludida desestimación una sanción verdaderamente excepcional—cuya aplicación no se debate en el presente proceso—el Despacho considera que la medida cautelar no guarda congruencia con las pretensiones de la demanda. Por lo demás, aunque podría decretarse de oficio una medida diferente de la solicitada, el demandante no ha hecho méritos suficientes para el efecto, ni le ha aportado al Despacho elementos de juicio que permitan llevar a cabo un análisis detallado de las probabilidades de éxito de sus pretensiones. Así las cosas, el Despacho debe concluir que, al menos en esta etapa del proceso, no es procedente decretar la medida cautelar solicitada<sup>43</sup>*

Este elemento de procedencia de las medidas cautelares, que adquiere mayor relevancia aun en las innominadas, deviene del principio que cobija toda medida precautelativa: Esto es, que aseguren al demandante la posibilidad de ejecutar el fallo definitivo en caso le sea favorable.

Pero, como dice la decisión analizada, debe existir siempre una estricta congruencia entre la medida solicitada y el fondo de lo que se debate en un determinado procedimiento.

---

<sup>43</sup> Disponible en línea:

[https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Paginas/medidas-cautelares.aspx](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Paginas/medidas-cautelares.aspx) (última consulta: 18/06/2018)

Veremos de seguidas como en el caso en particular que se analiza, no solo no existió congruencia, sino un verdadero e indignante divorcio entre el fondo del proceso (solicitud de declaratoria de indignidad de un causahabiente) y la medida solicitada (desplazamiento de los administradores naturales de una sociedad de comercio donde el causante tenía solo un cierto porcentaje del capital social).

## **V- DEL CASO ESPECIFICO QUE SE ANALIZA.**

### **SUCESION DE RUBEN GAMARRA SOBENES. EDITORIAL R.G. C.A. o NUEVA PRENSA de GUAYANA.**

En el año 2008, fallece ab-intestato, en la ciudad de Puerto Ordaz el señor Ruben Gamarra Sobenes. Esta información es relevante para el presente estudio, en tanto y cuanto el causante era titular de una serie de acciones en la sociedad mercantil denominada Editorial R.G. C.A. que más adelante se identifica.

Se abre así la sucesión de Ruben Gamarra Sobenes, entre cuyos activos se encontraban las acciones mencionadas.

Por tratarse de un caso con unas implicaciones penales de gran relevancia, rodeado de una inconcebible cantidad de vicios procesales y violaciones reiteradas a garantías y derechos constitucionales, haremos nuestro mayor esfuerzo para analizar lo sucedido estrictamente desde el punto de vista del derecho mercantil, tratando de no desviar la atención hacia detalles que rayan en lo novelesco.

Entre los bienes de mayor importancia dejados por el causante, se encuentran unas acciones en una sociedad de comercio denominada Editorial R.G. C.A. las cuales entran así a formar parte de la masa hereditaria.

Para ser más exactos, para el momento de su fallecimiento, Ruben Gamarra Sobenes era titular de Doscientas Cuarenta Mil (240.000) acciones, totalmente pagadas.

La administración de la empresa estaba (y está) regulada por la cláusula décima quinta de los estatutos sociales<sup>44</sup> que textualmente reza:

*La compañía estará (sic) administrada por una Junta Directiva constituida por un Presidente cuyas funciones serán suplidas, siempre que exista un mandato expreso por escrito, por un Vice-Presidente, quienes permanecerán en el ejercicio de sus funciones durante cinco (5) años, siendo prorrogable el ejercicio de sus cargos, y sus atribuciones son las siguientes: ... (omissis) ... L. Convocar las Asambleas de Accionistas, cumplir y hacer cumplir las decisiones”...(omissis)...<sup>45</sup>*

Y más adelante: *...”Y el Vice-Presidente asumirá estas facultades siempre que se emita mandato expreso para ello”.*

De manera que hay tres cargos involucrados, los dos primeros, directamente con la administración de la sociedad y el tercero con el control de dicha administración, a saber: a.- Presidente; b.- Suplente del Presidente; c.- Comisario.

Al respecto queremos resaltar, aunque no es el objetivo central de nuestro trabajo, las siguientes falencias de las cláusulas de administración de la sociedad: a.- Se condiciona la intervención del Suplente a la existencia de una autorización escrita por parte del Presidente. Si bien es una condición que puede limitar y regular válidamente las intervenciones del suplente<sup>46</sup>, en este caso ocasionó la aparente paralización de la administración de la sociedad; b.- Tal requisito de la emisión de una autorización escrita al suplente para ejercer la suplencia, tiene

---

<sup>44</sup> Editorial R.G. C.A Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, anotada bajo el Nro. 67, Tomo A-71, del 26/05/1993.

<sup>45</sup> Cláusula Decima Quinta de los Estatutos Sociales de la sociedad mercantil Editorial R.G. C.A.

<sup>46</sup> El uso ilegítimo y abusivo del cargo de suplente de una determinada persona, sin que ésta estuviere ausente, ha ocasionado no pocas discusiones en el foro, por cuanto han existido casos que los suplentes contratan en nombre de la sociedad, aun sin que el principal se encuentre ausente o imposibilitado. Algunos redactores de estatutos intentan poner coto a esta situación mediante la exigencia de una carta de autorización del titular al suplente para poder actuar, lo que en este caso fue imposible de cumplir y ocasionó una cantidad impresionante de decisiones judiciales, a cual más desafortunada, en razón de la aparente paralización de la administración de la sociedad.

sentido solamente para el caso de las ausencias planificadas donde el potencial ausente pueda prever su separación física del cargo; no obstante, expone a toda la estructura de administración a un verdadero y propio colapso cuando se trate de ausencias imprevistas, lo cual nos lleva a concluir que cláusulas de este tipo deben tenerse por no escritas en caso de ausencias absolutas del titular del cargo que no puedan haber sido previstas; c.- Se denominó Junta Directiva incorrectamente, por cuanto para que exista una verdadera y propia Junta Directiva, las decisiones de conducción de la sociedad deben ser tomadas por un conjunto de personas de manera colegiada, aunque quien ejerza la REPRESENTACIÓN de la sociedad sea una sola conforme a las normas de los estatutos sociales o de quien designe la Junta Directiva. Este es un error frecuente en nuestra práctica mercantil, al confundir quienes redactan estatutos la figura de la Junta Directiva (en otras legislaciones denominado “consejo directivo” o también “consejo de administración”) con aquellas organizaciones de administración societaria donde están involucradas varias personas que, sin embargo, tienen funciones individualmente asignadas. Repetimos, para que se pueda hablar de Junta Directiva<sup>47</sup>, ésta debe funcionar como un órgano colegiado de toma de decisiones.

## **VI- BREVE ANÁLISIS DE LA CLAUSULA DECIMA TERCERA DE LOS ESTATUTOS**

### **EJEMPLO TIPICO DE CLAUSULA SOCIETARIA PATOLOGICA QUE IMPIDE EL FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD.**

En los estatutos<sup>48</sup> se reguló el mecanismo de votación para las asambleas de accionistas de la siguiente manera:

*CLAUSULA DECIMA TERCERA: ...(omissis)...En los casos contemplados en el artículo 280 del Código de Comercio, se procederá de acuerdo a lo establecido en dicho artículo y en el 281 salvo en lo referente al aumento del capital para lo cual*

<sup>47</sup> O “Junta Administrativa” como la denomina el artículo 213 del Código de Comercio Venezolano.

<sup>48</sup> Acta Constitutiva de Editorial R.G. C.A. *Ob. Cit.*

*se requerirá el (sic) voto de las Tres Cuartas partes (75%) del Capital Social. Esa misma mayoría será necesaria para la designación de los Administradores y también para la reforma de éstos Estatutos*

Nuevamente, aunque no pertenezca al tema central del presente trabajo, consideramos imprescindible desde el punto de vista del derecho societario proponer al lector el siguiente análisis de la cláusula *in commento*:

a.- Los estatutos pueden perfectamente regular el mecanismo de votación en las Asambleas de Accionistas, por cuanto el artículo 213 numeral 8 del Código de Comercio así lo permite<sup>49</sup>, en concordancia con el artículo 273 del mismo Código, el cual establece: “*Si los estatutos no disponen otra cosa*”... (omissis)...

b.- Sin embargo tal libertad de contratación de las partes intervinientes en el contrato societario, no es ilimitada. La doctrina y la lógica de funcionamiento de las sociedades han puesto límites, a la aparente indiscriminada libertad concedida por estos artículos. En conclusión, la libertad de las partes de modificar el régimen de votación previsto por el Código de Comercio no es ilimitada ni absoluta.

c.- En efecto, la modificación que los contratantes hagan del régimen establecido en el Código de Comercio, jamás deberá ser de tal forma que impida el funcionamiento de la sociedad. Imaginemos, por ejemplo, una cláusula donde se exprese que para cualquier decisión, sea en primera o segunda convocatoria, se requerirá el voto favorable del 100% del capital social presente en la asamblea, eliminando así dos principios esenciales recogidos por el Código de Comercio:

c.1.- El funcionamiento de las sociedades en base a las decisiones tomadas por mayoría; c.2.- La posibilidad de, en segunda convocatoria, obtener quórum y

---

<sup>49</sup> El documento constitutivo y los estatutos de las sociedades en comandita por acciones deberán expresar: ... (omissis)... “Las facultades de la asamblea y las condiciones para la validez de sus deliberaciones y para el ejercicio del derecho del voto, si respecto a este punto se establecieren reglas distintas de las contenidas en los artículos 278, 280 y 285”. Código de Comercio Venezolano. *Ob. Cit.*

votación sea cual fuere el capital social presente. Eliminar esta válvula de escape equivale a bloquear, a impedir el funcionamiento de la sociedad, por cuanto bastará la actitud obstructiva de un socio que, así detente solamente el uno por ciento (1%) del capital social podrá impedir, con su inasistencia a la convocatoria, que se tomen las decisiones asamblearias, esenciales para el funcionamiento societario.

d.- En la cláusula que analizamos, colma de imprecisiones, parece dar a entender que para decidir sobre el nombramiento de administradores y reforma de estatutos, el quórum exigido y la votación requerida es del 75% del capital tanto en primera convocatoria como en segunda convocatoria, lo cual podría llevar a la conclusión que salvo que concurra y vote tal porción del capital social, no será posible tomar decisión alguna sobre el nombramiento de nuevos administradores. Esto podría conducir a la paralización de la sociedad.

e.- Como afirmamos, esta conclusión llevaría infablemente a la paralización societaria, obligando a los socios a declarar la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad (que se equipara a la “imposibilidad de conseguir el objeto social”) y proceder por ende a la liquidación de la sociedad.

f.- Se hace pues, en este y en otros casos, necesaria la “interpretación” del contrato societario (no olvidemos que los estatutos forman parte e integran al contrato societario, el cual como cualquier otro contrato puede ser sujeto de interpretación) la cual debe necesariamente atender a la voluntad de las partes, más allá aun de la forma escrita y de una interpretación literal de ésta.

g.- Así, al aceptarse pacíficamente que el contrato societario es un verdadero y propio contrato, entran en funcionamiento las reglas de interpretación del contrato y, siendo un contrato al cual se aplica indiscutiblemente la ley venezolana, estas reglas serán las que rigen para cualquier otro contrato. Será entonces procedente la adecuación de la conducta del sentenciador al cual es sometida la oscuridad o

ambigüedad contractual, al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil que dispone: ...”*En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y la intención de las partes (subrayado nuestro) o de los otorgante, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe<sup>50</sup>”.*

h.- En conclusión, la desafortunada, por decir lo menos, cláusula DECIMA TERCERA de los estatutos sociales no pudo jamás ser esgrimida como justificación para optar al decreto de una medida cautelar inconstitucional e ilegal, antes que a la convocatoria de una asamblea de accionistas que se desarrollara de conformidad con los estatutos interpretados armónicamente y al Código de Comercio, donde se hubiera podido perfectamente lograr el nombramiento de administradores conforme a la voluntad mayoritaria de la asamblea.

A título de ejemplo citaremos textualmente otra cláusula patológica de una sociedad de comercio distinta, que evidencia lo anteriormente señalado en el sentido que la libertad de las partes para regular el quórum y votación de las asambleas no puede ser irrestricta e ilimitada, por cuanto puede llevar a una paralización societaria.

*Décima Tercera: para la validez de toda Asamblea de Accionistas, ya sea ordinaria o extraordinaria, el quórum requerido consistirá en un número de accionistas que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones que integren el total del capital social de la compañía; asimismo las decisiones de las asambleas de accionistas deberá (sic) contar con el voto favorable de por lo menos del 51% que integren el total del capital social de la compañía.*

*Décima Cuarta: si en la asamblea de accionistas anterior no se logra el quórum establecido, se deberá realizar una segunda convocatoria dentro de los 30 días hábiles siguientes con por lo menos cinco días hábiles de anticipación a la fecha*

---

<sup>50</sup> Código de Procedimiento Civil. Ob. Cit.}



*de celebración de esa segunda asamblea de accionistas la cual para constituirse requerirá de un quórum del 51% de las acciones que representan el capital social. Las decisiones de ésta segunda asamblea se tomarán con el voto favorable del 51% de las acciones que representan el capital social de la compañía. De no obtenerse el quórum para esta segunda asamblea se considerará negado el punto o puntos objeto de la misma. (Subrayado nuestro).*

No es difícil notar que la última oración del párrafo anterior, llevará a la paralización de la sociedad en caso de no contar con el quórum estatutariamente establecido, por cuanto se borra la posibilidad de tomar decisiones en una segunda convocatoria de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio.

## **VII- DE LA MEDIDA DECRETADA POR EL JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRANSITO DEL SEGUNDO CIRCUITO DEL MUNICIPIO CARONI DEL ESTADO BOLIVAR.**

En el libelo de la demanda del juicio que por indignidad sucesoral<sup>51</sup> incoaron los ciudadanos Claudia Yolibel Gamarra Martínez, Rita Graciela Gamarra Páez, Ruben Mauricio Gamarra Páez y Daniel Fernando Gamarra Páez en contra de Jalousie Fondacci de Gamarra, formularon una solicitud de medidas cautelares que se concretaba a lo siguiente: a.- Nombramiento de un administrador ad hoc y de un comisario ad hoc, y, como medida complementaria, el congelamiento de una serie de cuentas bancarias.

Al decidir sobre la solicitud de medidas, el Tribunal mencionado expresó:

*Corresponde ahora verificar la existencia de tales extremos en el caso en autos, o cuyo efecto conviene -sin que ello implique adelanto de opinión respecto del fondo del presente asunto- analizar los recaudos consignados por el demandante; en lo que respecta a la solicitud de designación de Administrador Ad Hoc y un comisario*

---

<sup>51</sup> Sorprendentemente el Tribunal admitió una demanda por “indignidad sucesoral” en base a una decisión del Tribunal de Juicio de Barcelona que ordenó la “detención preventiva” de la señora Jalousie Fondacci de Gamarra, en un proceso que no ha originado, inclusive hasta el día de hoy, una sentencia absolutoria o condenatoria, siendo este último requisito sine qua non para iniciar un procedimiento de declaratoria de indignidad sucesoral basado en la comisión de delito contra el causante. Violó así el Tribunal, de manera obscena, la garantía constitucional de “presunción de inocencia” que debe amparar a todo ciudadano venezolano.

*Ad Hoc, para que asuma la representación de Editorial R.G., C.A., conocida popularmente en esta ciudad como Diario Nueva Prensa., y la medida complementaria de paralización de las cuentas descritas previamente, observa este juzgador que efectivamente al verificarse los estatutos de la mencionada empresa, así como todas sus actas de asamblea, es indudable que los únicos accionistas era el de cujus y la demandada de autos, quien al estar uno de ellos fallecido y sus herederos no haber comenzado a desarrollar la actividad de la misma, así como que la otra socia se encuentra privada de libertad, y estando vencidos los periodos de la junta directiva, considera este tribunal que se hace necesaria a los fines de la protección de los intereses de todos los interesados, la designación de tales cargos como ADMINISTRADOR Y COMISARIO AD HOC, a los fines de control de la supervisión y desarrollo de la actividad económica y objeto social de la mencionada empresa, sin que pudiese existir detrimento en los derechos de los socios, por lo que el Tribunal da por satisfecho el requisito de presunción de buen derecho que asiste al reclamante.*

*En lo que atañe al periculum in mora, debe observarse, como se ha señalado en las jurisprudencias anteriormente citadas, se ha apilado el criterio de que el peligro de mora tiene dos causas motivas: una constante y notoria que no necesita ser probada, cual es la inexcusable tardanza del juicio de conocimiento, el arco del tiempo que necesariamente transcurre desde la introducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada, otra causa es los hechos del demandado para burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada; adicionalmente el legislador exige al solicitante, la presentación de un medio de prueba que sustente o apoye la solicitud, ello con la finalidad de proveer al juzgador de los elementos necesarios para obtener un juicio valorativo de probabilidad sobre la pertinencia de lo reclamado y así determinar la procedencia del decreto de la medida solicitada; es así como el demandante presenta los estatutos de la presente empresa de los cuales es evidente que los únicos socios son el decujo (sic) y la demandada, y que al ocurrir el deceso del socio mayoritario indudablemente sus herederos pasarían a tener derecho sobre sus acciones, y estando la otra socia privada de libertad por*

*el presunto delito de Homicidio Calificado por envenenamiento, previsto y sancionado en el artículo 406 Ordinal 1° del Código Penal, cuya principal indiciada en la ciudadana **JALOUSIE FONDACCI DE GAMARRA**, cónyuge del difunto, tal y como se evidencia de la copia certificada de la sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2009, por el Tribunal de Control de Barcelona, en el expediente signado bajo las siglas VP01-P-2009-003808, que ordeno su privativa de libertad, considera este Tribunal que efectivamente debe existir la protección cautelar, por lo que da satisfecho el requisito de presunción de peligro de mora.*

*En lo que se refiere al Periculum damni (sic), se evidencia que la actividad comercial desarrollada por la empresa se mantiene en pleno desarrollo, pero con una situación relacionada con los socios que conforman el 100% del capital de la compañía, donde uno de ellos falleció quedando en su lugar los herederos, y por la otra socia se encuentra privada de libertad, no pudiendo en consecuencia atender efectivamente el desarrollo de la empresa, lo cual podría generar daños irreparables e inmediatos al patrimonio de todos los socios es por lo que este Tribunal considera satisfecho el requisito de presunción de peligro de daño.*

*Por las razones antes expuestas, satisfechos los extremos requeridos por el artículo 585 así como el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia considera este Jurisdicente que la solicitud de medida preventiva innominada de nombramiento de un administrador Ad Hoc y un comisario Ad Hoc, para que asuma la representación de Editorial R.G., C.A. conocida popularmente en esta ciudad como Diario Nueva Prensa.*

Veamos la anterior decisión desde un punto de vista mercantil, societario, y no desde el punto de vista procesal.

El Juez Primero de Primera Instancia comete, en pocos párrafos de la sentencia, cinco errores inexcusables en derecho que denotan grave ignorancia del derecho mercantil, siendo que esta materia es una de las competencias del Tribunal:

a.- Señala que tomó la decisión de dictar la medida cautelar al ...”*verificarse de los estatutos sociales así como de todas sus actas de asamblea*”... confundiendo el valor probatorio de las actas de asamblea de una sociedad con el del libro de accionistas, elemento probatorio por excelencia para demostrar la propiedad de las acciones, según el artículo 296 del Código de Comercio<sup>52</sup>.

Omite hacer análisis del libro de accionistas, única y última verdad en cuanto a quienes son titulares de acciones y en qué proporción, prueba que jamás produjo la demandante. Por cuanto la motivación para dictar la cautelar pareciera basarse en la “imposibilidad” de celebrar asambleas de accionistas en Editorial R.G. C.A. ya que, según el Juez Primero de Primera Instancia... “*al estar (sic) uno de ellos fallecido*”... y la otra privada de libertad, no existía la posibilidad de celebrar asambleas.

b.- Así lo ratifica más adelante en la decisión, cuando afirma que es...”*indudable que los únicos accionistas eran el de cujus y la demandada de autos*”... Pues, todo lo contrario, el único elemento probatorio que daría el carácter de indubitable a la titularidad de acciones era el Libro de Accionistas. Tal carácter no podía, ni en este ni en ningún otro caso, desprenderse de las actas de asamblea (de las cuales tampoco había constancia en autos que fueran el espejo fiel del expediente del registro mercantil; los demandantes pudieron omitir algunas actas de asamblea) puesto que los porcentajes accionarios en ellas reflejados no necesariamente corresponderían a la realidad del Libro de Accionistas.

c.- Continúa el Juez mencionado diciendo que ...”*al estar (sic) uno de ellos fallecido y sus herederos no haber comenzado a desarrollar la actividad de la misma*”... desconoce el contenido del artículo 299 del Código de Comercio<sup>53</sup>, que

---

<sup>52</sup> Código de Comercio. Artículo 296. *Ob. Cit.* “La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros... (omissis)...”

<sup>53</sup> Código de Comercio. Artículo 299: *Ob. Cit.* “Si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas, la compañía no está obligada a inscribir ni reconocer sino a una sola que los propietarios deben designar como único dueño”.

pone fácil e inmediato remedio a la representación de acciones en caso de hacerse propiedad de una comunidad. Inclusive, se ha aceptado pacíficamente que las sucesiones designen a un solo representante (sin necesidad de transferir la propiedad como lo sugiere este artículo 299) para que ejerza el voto en las asambleas. De manera que es absolutamente errada la apreciación del Juez en el sentido que la sociedad no podía celebrar asambleas de accionistas, lo cual hubiera sido el método natural, lógico y efectivo para nombrar nuevos directores.

d.- No contento con lo anterior, sostiene que ...”*así como que la otra socia se encuentra privada de libertad, y estando vencidos los períodos de la Junta Directiva*”... con lo cual priva, de una vez, a la procesada de sus derechos civiles y le asesta una capiti diminutio judicial afirmando que por estar privada de libertad no puede participar en asambleas de accionistas, lo cual es absolutamente falso.

e.- Y culmina la motivación de su decisión así: ...”*a los fines de la protección de los intereses de todos los interesados*”... omitiendo que una de las accionistas (en cuotas aun por distribuir) era para ese momento una menor de edad (hija del causante y de la socia Jalousie Fondacci) QUE NO ESTABA REPRESENTADA en el juicio de indignidad. No era parte del mismo. La otra persona con vocación a recibir acciones era la hija del causante y de la socia Jalousie Fondacci, ya mayor de edad, que hubiera perfectamente podido representar acciones en una asamblea de accionistas que el Tribunal omitió dolosamente convocar.

En conclusión, el decreto de medidas cautelares innominadas emanado del Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Bancario y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar contiene una serie de vicios que van más allá de graves violaciones al debido proceso y al derecho a la defensa (en relación a las accionistas de Editorial R.G. C.A. que no formaban parte del juicio de indignidad) y que afectan directamente el estudio del derecho mercantil:

a.- Ignora la sentencia 1153 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de Julio de 2008, la cual, entre otros puntos de extremo interés dispuso:

*Al respecto, esta Sala asume el criterio que estableció la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en decisión del 8 de julio de 1997 (caso: Café Fama de América), a través de la cual se sostuvo que el nombramiento de administradores ad hoc, como medida cautelar innominada, debía estar limitado por las normas de Derecho Mercantil (Código de Comercio), por lo que las atribuciones que se confieren a estos administradores no podían sustituir las de los diferentes órganos de las sociedades, ni tomar medidas en contra de las decisiones de las asambleas. En efecto, las sociedades mercantiles se encuentran integradas por varios órganos: los Administradores, la Asamblea y los Comisarios, cuyas funciones son atribuidas por los estatutos sociales y por la Ley, lo cual permite que se controlen entre sí y que la voluntad de la mayoría de los socios sea la que prevalezca. Es por ello que la intervención del juez en el funcionamiento interno de las compañías debe estar limitada, ya que, de lo contrario, se alterarían y violentarían las funciones legal y estatutariamente conferidas a los referidos órganos. Dicha limitación tiene su justificación en que una decisión judicial no puede ubicarse por encima de las regulaciones que establecieron los socios en los estatutos, so pena de infracción al derecho constitucional de asociación.*

*En consecuencia, en criterio de esta Sala, la Juez agravante que emitió la providencia cautelar se excedió en el ejercicio de su poder cautelar, con lo cual infringió derechos y garantías constitucionales, pues, sin duda, injurió derechos de terceros ajenos al juicio de divorcio, cuando sustituye la voluntad de la asamblea de accionistas de las sociedades, a través de la creación de un régimen de administración diferente del que decidieron los accionistas, sin que a este Administrador ad hoc se le impusieran limitaciones en su actuación, de modo que, a través de esa desmedida protección cautelar, podrían ocasionarse daños*

*irreversibles e irreparables a través de la sentencia definitiva, en caso de que se hiciera un ejercicio desmedido de la función de Administrador<sup>54</sup>*

*Por otra parte, la Juez del Tribunal a quo, al nombrar un administrador plenipotenciario ad-hoc con facultades incluso de dirección, para “recibir los ingresos de la clínica y de las demás sociedades mercantiles señaladas, por cualquier concepto, satisfacer las deudas legítimas y documentadas, así como establecer la administración y control sobre el personal y en general actuar en forma amplia y suficiente para la cabal administración y operación de las referidas sociedades mercantiles, quedando prohibido registrar futuras Asambleas de Accionistas de las citadas empresas, especificándose que tal prohibición incluye tanto asambleas ordinarias como extraordinarias en las que se pretendiera incluir modificaciones al Documento Constitutivo Estatutario de las referidas compañías, quedando suspendidas las asambleas o reuniones de Junta Directiva que tengan como objeto acordar cambios estructurales en los Estatutos Sociales de las citadas empresas, debiendo el administrador ad hoc designado realizar todos los actos de administración, que incluya la movilización de las cuentas bancarias que posean dichas compañías”, sustituyó los órganos sociales que habían conformado los accionistas, en lo que concierne a la sociedad mercantil CENTRO MÉDICO QUIRÚRGICO SAN IGNACIO, C.A., afectó los derechos constitucionales de asociación, derecho de propiedad y derecho a la libertad económica del ciudadano RICARDO KRULIG GELMAN, contenidos en los artículos 52, 115 y 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ser éste un tercero ajeno al juicio principal que representa como anteriormente quedó demostrado, el treinta y siete y medio por ciento (37,50%) del capital social de la referida compañía, creando además un régimen de administración diferente al decidido por los accionistas, sustituyendo la voluntad de la asamblea de accionistas. Asimismo, en lo que respecta a la sociedad mercantil KGEMA ARRENDADORA, C.A., se materializó un aniquilamiento en el funcionamiento, autoridad y gestión de la*

---

<sup>54</sup> Disponible en línea: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1153-110708-07-1291.HTM>  
(última consulta: 18/06/2018)



*Asamblea de Accionistas, afectando de manera directa el giro comercial y sobre el recurso humano de la empresa, interfiriendo en su administración.*

Y continúa la argumentación del Tribunal Supremo de Justicia:

*En cuanto a las medidas que acordó la Juez n.º 12 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, esta Sala aprecia, tal como lo hizo el a quo constitucional, que las mismas fueron dictadas con extralimitación de funciones, por cuanto desbordaron el poder cautelar que tiene el juez, toda vez que las cautelas se producen en un juicio de divorcio entre los ciudadanos Eduardo Krulig y Sara Gelman, pero obraron contra personas naturales y jurídicas que no son parte en dicho juicio. Además, de manera arbitraria, dejó sin efecto mandatos que habían legalmente conferidos por sus poderdantes.*

*En consecuencia, en criterio de esta Sala, la Juez agravante que emitió la providencia cautelar se excedió en el ejercicio de su poder cautelar, con lo cual infringió derechos y garantías constitucionales, pues, sin duda, injurió derechos de terceros ajenos al juicio de divorcio, cuando sustituye la voluntad de la asamblea de accionistas de las sociedades, a través de la creación de un régimen de administración diferente del que decidieron los accionistas, sin que a este Administrador ad hoc se le impusieran limitaciones en su actuación, de modo que, a través de esa desmedida protección cautelar, podrían ocasionarse daños irreversibles e irreparables a través de la sentencia definitiva, en caso de que se hiciera un ejercicio desmedido de la función de Administrador.*

b.- Ignora olímpicamente la relación de causalidad que debe existir entre el fondo de lo litigado y la medida que se concede (característica ésta denominada “pertinencia de la medida”). Veamos que es un caso donde se demandó la declaratoria de indignidad para suceder de un causahabiente del difunto. Las partes son los otros herederos y la sociedad mercantil Editorial RG C.A., es un tercero extraño y ajeno a la demanda de indignidad. Igualmente, las resultas del



juicio de indignidad en modo alguno se pueden verse garantizadas o amenazadas por la actuación del administrador de la sociedad mercantil. No advirtió el juez que la medida decretada afectó intereses de terceros, como eran los de otros accionistas de la sociedad ajenos completamente al juicio de indignidad y la sociedad en sí.

c.- Asume la decisión motivándola en los porcentajes de acciones alegados (y nunca probados) por los demandantes en base a medios de prueba absolutamente inidóneos, ignorando expresa disposición del Código de Comercio sobre el valor probatorio del Libro de Accionistas.

d.- Asume la decisión motivándola en el supuesto de derecho erróneo que al fallecer un accionista es imposible celebrar asambleas de accionistas (contrariando nuevamente expresa disposición del Código de Comercio). El Tribunal debió, por el contrario, instar a los administradores a convocar una asamblea de accionistas para el nombramiento de nuevas autoridades.

e.- Asume la decisión motivándola erróneamente en el supuesto de derecho que (según la acomodaticia creación del Tribunal) un administrador debe estar presente físicamente, ignorando las más modernas y realistas teorías sobre la administración de sociedades y confundiendo lo que es la representación social y la toma de decisiones propiamente dicha.

f.- Asume la decisión motivándola erróneamente en el supuesto de derecho que la detención preventiva de una persona impide el ejercicio de sus derechos civiles. En este caso, la sentencia que acuerda las medidas cautelares innominadas sostiene que la privación de libertad de la señora Jalousie Fondacci le impediría hacerse presente y votar en una asamblea de accionistas. Cercenó inconstitucionalmente de esta manera la posibilidad que la accionista confiriera representación a otra persona para que ejerciera voz y voto en esa Asamblea.

## VIII - DE LA SENTENCIA SOBRE LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA.

En fecha cinco (5) de mayo de 2014, (después de la inhibición del Juez Primero de Primera Instancia) el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil Agrario, Bancario y Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, dicta sentencia sobre la oposición a la medida.

Nuevamente, nos concretaremos a los aspectos netamente mercantiles que se derivan de la decisión de este Juzgado, obviando los aspectos procesales propios de otros campos de estudio.

La decisión suscrita por la Juez Marina Ortiz Malavé, al decidir sobre la oposición formulada por los abogados de la demandada, decide:

*Estima esta juzgadora que en un proceso donde se deduce una pretensión cuyo objeto es que se declare indigna para suceder a una persona, de otra que ha fallecido privándosele de su vocación hereditaria, no es procedente el decreto de una cautelar que designe un administrador y comisario ad hoc a una sociedad de comercio que goza de personalidad jurídica propia y en tal condición es un tercero en relación con los sucesores que intervienen en el proceso de indignidad en calidad de partes. Siendo un tercero, en criterio de esta juzgadora no debió ser sometida a medidas cautelares que incidieran en la administración y disposición de sus bienes, pues su condición de tercero la hace inmune a los efectos de un proceso en el cual se deduce una pretensión constitutiva que de prosperar incidirá únicamente en la situación jurídica de la sucesora demandada quien quedaría privada del derecho de heredar a su cónyuge premuerto.<sup>55</sup>*

---

<sup>55</sup> Disponible en línea: <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/MAYO/1977-5-19.872-.HTML> (última consulta: 18/06/2018).

Y más adelante:

*De la lectura del artículo antes transcrito y analizando la cautelar dictada en este proceso se infiere que la designación de una administradora y comisario ad hoc a la sociedad de comercio EDITORIAL R.G, C.A es contraria a lo previsto en el artículo 587 eiusdem porque ella repercute sobre bienes que no son propiedad de la persona contra la cual se libró la medida, la ciudadana JALOUSIE FONDACCI DE GAMARRA sino sobre el patrimonio de una sociedad de comercio EDITORIAL R.G, C.A que es un tercero ajeno a la controversia que enfrenta a los sucesores del De Cujus RUBÉN GAMARRA.*

Adopta por tanto la siguiente decisión que forma así la parte dispositiva de la sentencia; de seguidas veremos que la decisión dictada por la sentenciadora es digna, por lo menos, de ser incluida en las obras más destacadas del realismo mágico. En efecto, después de declarar CON LUGAR la oposición y revocar las medidas, las “reinstala” basada ahora en varios argumentos TOTALMENTE AJENOS al debate procesal de fondo. Veamos:

#### DECISION

*En mérito de las consideraciones expuestas, este Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara: PRIMERO: CON LUGAR la oposición efectuada por la parte demandada JALOUSIE FONDACCI DE GAMARRA contra la medida dictada por el Juzgado 1º de Primera Instancia en fecha 03/06/2013. En consecuencia, **se revoca la medida cautelar innominada mediante la cual se designó un administrador y comisario ad hoc de fecha 03/06/2013 por no cumplir con los requisitos de procedencia prevista en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.** SEGUNDO: En salvaguarda del orden público interesado en la preservación de las fuentes de empleo de conformidad con el artículo 11 del Código de*

Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 764 del Código Civil **se decreta una medida cautelar innominada de sometimiento de un régimen de administración provisional** a la empresa EDITORIAL R.G, C.A donde por auto separado esta juzgadora **procederá a designar un administrador de las acciones que pertenecieron en propiedad al De Cujus RUBÉN GAMARRA** quien durará en sus funciones, salvo que mediare su falta absoluta u otra circunstancia grave, **hasta que los herederos de común acuerdo procedan de la manera prevista en el artículo 299 del Código de Comercio.** Mientras, el administrador de las acciones que se designará por auto separado convoque a una junta de accionistas que ejerza las atribuciones establecidas en los estatutos y el Código de Comercio, o mientras no disponga lo contrario este Juzgado o el Tribunal Superior que conozca de una eventual apelación, estima esta juzgadora que resulta conveniente para dar continuidad a su gestión, para preservar la actividad de la empresa de innecesarios desequilibrios producto de un cambio repentino, considerando que es quien hasta la fecha de este fallo se ha encargado de representación de los intereses de la sociedad de comercio EDITORIAL R.G, **ratificar en el cargo como de administradora ad hoc, a la ciudadana MARIA CEQUEA PITRE con las facultades, obligaciones y límites establecidos por esta Juzgadora en previas decisiones, en particular en la decisión interlocutoria de fecha 17/10/2013, así como a la comisario ad hoc CARMEN ZORAIDA CORDERO.**

Por otra parte, a fin de efectuar la designación del administrador de las acciones que pertenecieron al De Cujus Rubén Gamarra, deberán las partes proponer una terna consignando el respectivo resumen curricular de sus tres propuestas, de manera de escoger de su seno el administrador de las aludidas acciones. Las propuestas deberán ser presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a que conste en autos la notificación de las partes. Así se decide”.- (subrayado y negrillas nuestro).<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Disponible en línea: <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/MAYO/1977-5-19.872-.HTML> (última consulta: 18/06/2018).

## IX – BREVE ANALISIS DE LA SENTENCIA SOBRE LA OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS.

a.- Comienza su argumentación para intentar sustentar la “reactivación” de la medida que pocas líneas antes había declarado inconstitucional e ilegal, con la siguiente frase:

*... (omissis)... pero ocurre que sus órganos sociales se encuentran acéfalos debido a que su presidente administrador falleció y la persona llamado a suplirlo, bajo ciertas condiciones, su vicepresidente se encuentra actualmente sometida a una medida cautelar privativa de la libertad que cumple en la Comandancia General de la Policía del estado Anzoátegui según se desprende las actas del proceso penal que cursan en el cuaderno principal*

Es decir repite la misma ilegal afirmación hecha por el Juez que decreto la medida originalmente: La ausencia física de un administrador no ocasionará jamás la imposibilidad del ejercicio del cargo. Al contrario, es absolutamente normal hoy día que los administradores desempeñen su cargo a distancia, sin necesidad de acudir físicamente a las oficinas o sede social de la empresa. Esto en cuanto a la toma de decisiones como administrador. Cosa distinta es la representación de la sociedad ante los diferentes órganos administrativos o judiciales, la cual, la demandada hubiera podido cubrir perfectamente mediante el otorgamiento de poderes especiales para cada acto o conjunto de actos de representación que se debían ejercer.

b.- Y continúa por este mismo argumento: “Por si lo anterior no revistiera la suficiente gravedad también acontece que la junta de socios **está imposibilitada de reunirse ya que uno de sus accionistas falleció y el otro se encuentra sometido a una medida privativa de libertad** dentro de un proceso penal en su contra”. (subrayado y negrillas nuestras).

c.- Pero lo mejor estaba todavía por llegar. En efecto, de seguidas se recita en la sentencia: *En virtud de lo anterior, estima esta sentenciadora que la paralización de los órganos sociales de la compañía - es cuestión que atañe al orden público - y de conformidad con los artículos 148 y 149 de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras está facultado el Estado Venezolano a intervenir las entidades de trabajo cuando por razones técnicas o económicas se tema la extinción de la fuente de empleo a objeto de proteger el proceso social de trabajo y el derecho al trabajo o, en caso de cierre ilegal o fraudulento, ordenar, a petición de los trabajadores, la ocupación mediante la instalación de una junta administradora especial. En tal sentido, por tratarse de un asunto en que el orden público está interesado los jueces que conocen de procesos de los que pudiera resultar una afectación de una actividad productiva de bienes y servicios, generadora de riquezas y de puestos de trabajo estamos obligados a dictar de oficio las providencias que se consideren adecuadas para el resguardo del orden público siempre que tales providencias sean legales, así lo autoriza el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil.*

## **X - CONCLUSIONES DEL PRESENTE ESTUDIO:**

A manera de conclusión, presentamos al lector las siguientes consideraciones:

1. Es impermisible que los Tribunales venezolanos, de cualquier Instancia, abandonen de una vez por todas, sin vacilaciones, el pernicioso decreto de medidas cautelares innominadas consistente en designar administradores judiciales que desplacen a los administradores naturales electos por una asamblea de accionistas.
2. Es esencial que los Tribunales venezolanos apliquen la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 1153 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional que hemos comentado anteriormente en el presente estudio. Sin embargo, observamos que, tristemente, hay jueces que aun decretan este tipo de medidas, no sabemos si por ignorancia

crasa de la evolución jurisprudencial que el tema ha experimentado, o porque no reparan en el deber de obediencia a los antecedentes jurisprudenciales como fuente de derecho.

3. En modo alguno son comparables estos criticables decretos de medidas con las “intervenciones” de sociedades de capital cerrado que están previstas en el derecho comparado por cuanto: a.- Estas intervenciones las efectúa un órgano del estado altamente preparado para manejar temas societarios (la Superintendencia de Sociedades en el caso colombiano, por ejemplo); b.- Los funcionarios que intervienen (bien en el aspecto legal, bien en el aspecto contable) son supervisados en sus actuaciones por diversos órganos de control, lo que dista mucho de la actuación anárquica que han tenido los administradores judiciales en Venezuela; c.- Estas intervenciones en el derecho comparado son intervenciones “globales” que involucran la supervisión de la sociedad en dificultades desde todo punto de vista (legal, contable y administrativo) y con el objetivo único y absoluto de procurar su recuperación y devolver entonces la conducción a los órganos naturales.
4. Debe ratificarse hasta el cansancio, que los administradores de la sociedad son designados por la asamblea de accionistas. Que en caso de disputas, diferencias, impugnaciones que se relacionen con los administradores, la solución primordial debe ser la convocatoria a una asamblea de accionistas donde se pueda resolver por tal vía la diferencia surgida.
5. Los administradores naturales de una sociedad son quienes tienen:
  - a.- El conocimiento del funcionamiento de la sociedad de comercio y de sus necesidades que le permiten continuar en el comercio;

b.- La intermediación necesaria con los demás órganos societarios, especialmente con la asamblea de accionistas;

c.- El conocimiento del área de comercio de cada sociedad que les permite hacerla más productiva.

6. Sea cual sea el grado de profundidad que se permitirá -en cada decreto de medida- intervenir al auxiliar de justicia, el Tribunal deberá exigir caución suficiente para responder de los daños que pueda causar con la medida.

La experiencia, prácticamente uniforme hasta la fecha, es que los administradores ad hoc nombrados por los Tribunales carecen de toda posibilidad de hacer frente a una acción por daños.

7. Veríamos con buenos ojos que las medidas cautelares en materia societaria, en particular aquellas dirigidas a conflictos relacionados con los administradores, se decreten con prohibiciones puntuales tendentes a ordenar la abstención del administrador en actos concretos, pero jamás dirigidas a desplazar los administradores naturales de una sociedad.
8. Tampoco vemos problemas en el nombramiento de “veedores” con facultades precisas contenidas en el decreto de la medida, que, sin desplazar a los administradores naturales, puedan supervigilar sus actuaciones e informar al Tribunal de las irregularidades que detecten.



## Referencias.

ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa. **La sociedad anónima**. Vadell hermanos Editores. Tercera Edición. Caracas, 1996.

BARIONA GRASSI, Mario: «Régimen de las asambleas de accionistas». En: Separata de Ensayos de Derecho Mercantil. Homenaje a Jorge Enrique Núñez. Colección Libros Homenaje - N° 15. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

Código Civil Italiano. Aprobado por el Decreto Real N°262 de 16 de marzo de 1942.

Código de Comercio de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 4.209 del 18 de Septiembre de 1990.

DI SABATO, Franco: **Diritto Delle Società**. Seconda Edizione. Giuffre Editore. Milano, 2005.

ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Teoría General de las Sociedades Comerciales. Universidad Sergio Arboleda. Tercera Edición.

FERRARA, Francesco Jr.: **Gli Imprenditori e le Società**. Giuffre Editore. Milano, 1980.

HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio: **Sociedades Anónimas**. Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires 1998.

Ley de Entidades de Inversión Colectiva de la República Bolivariana de

Venezuela. Gaceta Oficial Nro. 36.027 del 22 de agosto de 1996.

MOULIN, Jean-Marc. **Droit des Sociétés et des Groupes**. Gualino Lextenso Editions. Paris 2013.

NEILA NEILA, Jose Maria: **La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital**. Editoriales de Derechos Reunidas. Madrid, 1995.

ORTIZ ORTIZ, Rafael: **Las medidas cautelares innominadas. Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional**. Tomos I y II. Paredes Editores. Caracas-Venezuela, 1999.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. **Derecho Societario**. Tomo I. Temis. Bogota. 2002.