

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
POSTGRADO DE DERECHO MERCANTIL MENCIÓN SOCIEDADES

**LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PARA CONTROLAR LAS
DECISIONES TOMADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN
DE ASAMBLEAS DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

www.bdigital.ula.ve

Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de
Especialista, en Derecho Mercantil mención Sociedades

Autor: Abg. JOSÉ JAVIER GARCÍA VERGARA
Tutor: Dr. RICARDO ROMERO CASTELLANO

DONACION

SERBIULA
Tullo Febres Cordero

Mérida, noviembre de 2012.

ÍNDICE GENERAL

Lista de Siglas	vi
Resumen	vii
Abstract	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. Planteamiento del Problema	4
2. Objetivos de la Investigación	
2.1. Objetivo General	6
2.2. Objetivos Específicos	6
3. Justificación e Importancia	7

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN DE AMPARO

1. Antecedentes	9
2. Naturaleza	13
2.1. En nuestro Derecho	13
2.2. En el Derecho Comparado	16
3. Definición	17
4. Clases de amparos en nuestra legislación	17
4.1. Contra particulares	18
4.2. Contra los poderes públicos:	18
4.2.1. Amparo contra norma	19

4.2.2. Amparo contra actos administrativos y demás conductas omisivas de la Constitución	20
4.2.3. Amparo contra sentencia y demás actos judiciales: Amparo contra decisiones judiciales- Amparo sobrevenido	21
5. Del Amparo contra decisión judicial	24
5.1. Definición	24
5.2. Requisitos para su procedencia, criterios jurisprudenciales al respecto	26

CAPÍTULO III

DE LAS FORMAS DE IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA EN SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Del procedimiento de impugnación de asamblea de sociedades mercantiles, contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio	32
1.1. Sus características	34
1.2. Legitimados Activo y Pasivo	37
1.3. Naturaleza:	40
1.3.1. Criterio de Sala de Casación Civil, de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia	40
1.3.2. Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia	43
1.4. Importancia del control de las decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación de asambleas del artículo 290 del Código de Comercio	48
2. De la acción de nulidad ordinaria para impugnar las decisiones de la asamblea de sociedades mercantiles	49
2.1. Normas que la regulan	50
2.2. Su procedimiento	51
2.3. Legitimados Activo y Pasivo	52
2.4. Procedencia:	

2.4.1. Criterio de Sala Casación Civil, de la extinta Corte Suprema de Justicia como actual Tribunal Supremo de Justicia	55
2.4.2. Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia	58
2.4.3. Criterio de la doctrina	62

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PARA CONTROLAR LAS DECISIONES TOMADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ASAMBLEAS DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. Requisitos para la procedencia del amparo contra las decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación del artículo 290 del Código de Comercio	67
2. Supuesto en que procede	69
3. Legitimación Activa y Pasiva	87
4. Lapso para interponerlo	89
5. Efectos de la de decisión constitucional	90

CONCLUSIONES	93
---------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96
-----------------------------------	-----------

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
POSTGRADO DE DERECHO MERCANTIL MENCIÓN SOCIEDADES

**LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PARA CONTROLAR LAS
DECISIONES TOMADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN
DE ASAMBLEAS DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

Autor: Abg. JOSÉ JAVIER GARCÍA VERGARA

Tutor: Dr. RICARDO ROMERO CASTELLANO

Mérida, noviembre de 2012.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación intentará establecer la procedencia de la acción de amparo como medio de control de las decisiones tomadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación de asambleas societarias, de aquí que se buscará su viabilidad, vigencia y eficacia. El control de estas decisiones tienen gran importancia debido a que hay que garantizar la buena marcha de las compañías de comercio, debido a su gran influencia en la economía de la nación, de aquí, que lo que le pase negativamente a éstas, marcará negativamente el desarrollo económico integral del país. El presente estudio monográfico será documental, con estudio profundo de fuentes bibliográficas y documentales. Utilizando el método documental y cualitativo, tomado como partida, la revisión de la bibliografía representada por: leyes, libros de especialistas sobre las materias relacionadas con el estudio, así como, la jurisprudencia al respecto. El instrumento a utilizar, será una matriz fundamental que permitirá analizar el contenido de la información, que se extraerá de las fuentes bibliográficas, documentales y jurisprudenciales. Se aplicará el método deductivo, de lo general a lo particular. Se ejecutará el análisis de interpretación lógica, para analizar la información. El nivel de investigación será descriptivo, escudriñando los aspectos más relevantes del tema investigado, llegando a las conclusiones sobre el tema investigado.

Descriptor: impugnación, nulidad, amparo.

**THE WIT OF AMPARO AS A WAY TO CONTROL THE DECISIONS
TAKEN IN THE CHALLENGE OF ASSEMBLIES' PROCEDURE
CONTAINED IN THE ARTICLE 290 OF THE CODE OF COMMERCE**

Author: Abg. JOSÉ JAVIER GARCÍA VERGARA
Tutor: Dr. RICARDO ROMERO CASTELLANO
November, 2012

ABSTRACT

In this research is established the provenance of the *Writ of Amparo* as a method for the control of the decisions taken by the judge in the mercantile procedure about the challenging of corporate assemblies. This is the main reason why the viability, relevance and effectiveness are studied in this paperwork to find out about their pertinence. The control of these decisions is of great importance in order to guarantee the smooth running of the trade companies, due to its pronounced influence in the nation's economy; because if they go through any negative situation, it will negatively affect the economic development of the country. This research followed the documentary design, with a deep study of bibliographic and documentary sources. The documentary and qualitative method are used as well, starting with the revision of the literature represented by: laws, books of specialists on matters related to the study, as the jurisprudence on the matter. The deductive method is also applied, going from the general to the particular issues. The analysis of logical interpretation is used to analyze the information. The descriptive level of research allowed emphasizing the most relevant aspects of the researched topic, coming to conclusions on the issue under investigation.

Keywords: challenge, annulment, wit of amparo.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo especial de grado, se estudia un problema de vital importancia y significación para la ciencia del Derecho Mercantil, en especial del Derecho de Sociedades Anónimas por su notable importancia en la economía o desarrollo económico integral del Estado, como lo es el control de las decisiones tomadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación de asambleas de accionistas de las sociedades anónimas a que se contrae el artículo 290 del Código de Comercio.

En el devenir del ejercicio de la abogacía, se ha visto con preocupación como el procedimiento de impugnación antes comentado, se convierte en una forma legal de convalidar decisiones irritas de asambleas de accionistas, al ser un medio propicio para el abuso de derecho de los accionistas mayoritarios de estas empresas mercantiles contra los accionistas minoritarios.

Puede pensarse que este es un problema que solo entrañe a los accionistas, por ello, a la esfera meramente privada, pero, desde luego no es así, ya que las empresas mercantiles son empresas que influyen notablemente en la economía del país, ellas generan fuentes directas e indirectas de empleo, son sin lugar a dudas unos de los vehículos más importantes para el desarrollo económico e integral del país, y eso es materia de orden público, sobrepasando el campo meramente privado. Por ello, la importancia de control de estas decisiones dictadas por el Juez Mercantil en este especialísimo procedimiento de impugnación, dándole verdadera tutela jurídica efectiva a los socios disidentes, que en la mayoría de los casos, son los socios minoritarios de esas empresas mediante un procedimiento expedito e idóneo.

El presente trabajo está dividido en cuatro capítulos. El Capítulo I, contenido del problema: 1. Su planteamiento; 2. Los objetivos de la investigación: 2.1. General. 2.2. Específicos; y, 3. Su justificación e importancia. El Capítulo II, dedicado al estudio y análisis de la acción de amparo, desarrollado así: 1. Antecedentes; 2. Naturaleza: 2.1. Según nuestro derecho. 2.2. En el derecho comparado; 3. Definición; 4. Clases de amparo en nuestra legislación: 4.1. Contra particulares. 4.2. Contra los poderes públicos: 4.2.1. Amparo contra norma. 4.2.2. Amparo contra actos administrativos y demás conductas omisivas de la Constitución. 4.2.3. Amparo contra sentencia y demás actos judiciales: Amparo contra decisiones judiciales – Amparo sobrevenido; 5. Del amparo contra decisión judicial: 5.1. Definición. 5.2. Requisitos para su procedencia, criterios jurisprudenciales al respecto.

El Capítulo III, donde se hace el estudio y análisis de las formas de impugnación de la asamblea en la sociedad anónima. Se desarrolla a saber: 1. El procedimiento de impugnación de asamblea de sociedades mercantiles contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio: 1.1. Sus características. 1.2. Legitimados, activo y pasivo. 1.3. Naturaleza: 1.3.1. Criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia. 1.3.2. Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia. 1.3.3. Criterio de la doctrina; 1.4. Importancia del control de las decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación de asamblea del artículo 290 del Código de Comercio. 2. De la acción de nulidad ordinaria para impugnar las decisiones de la asamblea de sociedades mercantiles, compuesto a su vez: 2.1.

Normas que la regulan. 2.2. Su procedimiento. 2.3. Legitimados: Activo y pasivo. 2.4. Procedencia según los criterios de: 2.4.1. Criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, como del actual Tribunal Supremo de Justicia. 2.4.2. Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia. 2.4.3. Criterio de la doctrina.

Y el Capítulo IV, dedicado a la acción de amparo como vía para controlar las decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación de asambleas establecido en el artículo 290 del Código de Comercio, lo cual constituye el eje central de esta investigación, y el aporte que con ella se quiere realizar con el desarrollo del presente trabajo de investigación al derecho mercantil, en especial en el campo de las sociedades anónimas. Se trata: 1. Requisitos para la procedencia del amparo contra decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación del artículo 290 del Código de Comercio. 2. Supuestos en el que procede. 3. Legitimados: Activo y pasivo. 4. Lapso para interponerlo. 5. Efectos de la decisión constitucional.

El tema objeto de la investigación, fue fecundado por un lado, por haber tenido desde la praxis, la tarea defender intereses de accionistas en empresas mercantiles, lo cual dio origen al estudio y análisis de estas materias con el objeto de lograr la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses; y por el otro, por haber tenido la oportunidad que me brindó la Universidad de Los Andes, de ser alumno en el postgrado de Derecho Mercantil, de los profesores: Dr. Antonio García Montoya y Dr. Levis Ignacio Zerpa.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. Planeamiento del problema.

Las decisiones tomadas por las asambleas de accionistas en el mundo societario, a pesar de la autonomía que le reviste, ha tenido que ser materia de control, por ello, algunas legislaciones han regulado sus decisiones, concretamente en nuestro país, en materia especial mercantil, por la acción de impugnación consagrada en el artículo 290 del Código de Comercio. Dicha norma establece una acción que sólo debe ser incoada por los accionistas, cuando los acuerdos o decisiones societarias, sean contrarias a la Ley o a los estatutos sociales y, que consiste, en cualquier accionista puede solicitarle al Juez de Comercio, que oídos los Administradores, se suspendan los efectos de la asamblea de accionistas impugnada, convoque a una nueva asamblea de accionistas, quienes en definitiva ratificarán o no la asamblea cuestionada de violación a la Ley o a los estatutos, convirtiéndose en definitiva este procedimiento, en medio propicio para convalidar abusos y atropellos contra los otros accionistas disidentes.

La existencia de esta regulación, cerró por años la posibilidad de otra forma de control de estas decisiones societarias, concretamente desde la decisión de la Corte Federal y de Casación del 13 de octubre de 1925, hasta que la hoy extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, en decisión

del 21 de enero de 1975 (Fuente original 1975, Biblioteca Dr. Carlos Trejo Padilla Corte Suprema de Justicia) abandonó este criterio, declarando que además de esta acción especial de oposición (que no constituye un juicio contencioso), puede el accionista intentar la acción ordinaria de nulidad absoluta, contra las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas por ser violatorias a la Ley o a los estatutos sociales.

Por lo que el problema se plantea dirigido a despejar tres puntos concretos:

- 1) La necesidad de controlar los abusos realizados por medio del procedimiento de impugnación establecido en el artículo 290 del Código de Comercio, en forma rápida y efectiva.
- 2) La nulidad de asambleas sociales, por el procedimiento ordinario, si bien puede ser un medio de control o impugnación de las decisiones tomadas en la asamblea de accionistas, no es el medio tutelado para controlar las decisiones tomadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación consagrado en el artículo 290 del Código de Comercio.
- 3) Por lo que hay que determinar si el amparo constitucional, concretamente el amparo contra decisiones judiciales, constituye una vía existente y vigente para controlar las decisiones vulnerables de derechos constitucionales de los accionistas minoritarios o no, tomadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación establecido en el artículo 290 del Código de Comercio.

2. Objetivos de la investigación

2.1. Objetivo general

Estudiar y analizar la acción de amparo contra decisiones judiciales como medio que controle el abuso o arbitrariedades realizadas por medio del procedimiento de impugnación del artículo 290 del Código de Comercio.

2.2. Objetivos específicos

- Estudiar la acción de amparo constitucional, en especial el amparo contra decisiones judiciales.
- Estudiar y analizar la acción de impugnación de asambleas contemplada en el artículo 290 del Código de Comercio.
- Verificar los criterios jurisprudenciales y doctrinarios en relación con el procedimiento de impugnación establecido en el artículo 290 del Código de Comercio.
- Estudio y análisis de la acción ordinaria de nulidad del mundo civil, como vía de control contra las decisiones de la asamblea de accionistas.
- Estudiar con el análisis respectivo los criterios jurisprudenciales y doctrinarios sobre la procedencia de la acción de nulidad por el procedimiento ordinario.

3. Justificación e importancia

Si bien las sociedades mercantiles o compañías mercantiles, son como bien lo ha dicho la doctrina y nuestra jurisprudencia, de eminente carácter privado, y por ello, se dice que las decisiones que tomen sus órganos representativos, en especial su órgano máximo, como lo es, la Asamblea de Accionistas, son decisiones que revisten carácter privado, no es menos cierto, que estas instituciones mercantiles, tienen como su nombre lo indica un fin económico, que no solo envuelve en forma exclusiva a sus accionistas, sino a un Estado o Nación, ya que ellas, influyen notablemente en la economía de un país.

Las empresas o sociedades mercantiles, generan fuentes directas e indirectas de trabajo, a través de la propia inversión privada o de inversiones gubernamentales, por medio de préstamos otorgados a estas sociedades mercantiles. De aquí, que la inversión privada es importante para el desarrollo económico de un país, la captación de capital privado por parte de un estado o nación, es pilar fundamental para el desarrollo integral de la economía de una nación.

Se ha visto con gran preocupación en la praxis de nuestra profesión, como la utilización inadecuada del procedimiento de impugnación contemplada en el artículo 290 del C.Com., ha servido de medio para que personas ajenas o no al ente social o sociedad mercantil, tomen las riendas de éstas, quitándosela a sus verdaderos accionistas y, trayendo en la mayoría de los casos, un caos social, produciéndose paralizaciones de estas empresas, siendo por ello un obstáculo para que dichas

empresa cumplan con su giro económico, pudiendo traer como consecuencia, que éstas sean liquidadas, por imposibilidad de cumplir su objeto social.

Por lo que al proponer la acción de amparo constitucional, como una vía rápida y eficaz para controlar aquellas decisiones surgidas como consecuencia del procedimiento de impugnación consagrado en el artículo 290 del C. Com., estudiar su factibilidad, viabilidad, características, así como también, el estudio profundo de la acción de impugnación consagrada en el artículo antes indicado y la acción ordinaria de nulidad del mundo civil, no solo tiene importancia, desde el punto de vista del avance o no que pueda representar a nuestra ciencia jurídica, sino además poder contribuir a una solución a problemas prácticos que de hecho se presentan en nuestro país y, que ayudaría a evitar posibles ataques o influencias negativas en la economía de la Nación.

De otro lado, la materialización de la presente investigación, constituirá una herramienta o pieza de gran utilidad, para abogados, estudiantes, docentes, jueces y público en general, habida consideración que, la misma está orientada a profundizar el estudio y alcance de la acción de amparo como forma de control de las decisiones tomadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación establecido en el artículo 290 del C. Com., con fundamentos en los principios de derecho vinculante con el tema y la interpretación lógica jurídica.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN DE AMPARO

1. Antecedentes

En el transcurrir político, legislativo y constitucional de nuestra República, desde 1811 hasta 1947, en sus distintas constituciones, leyes y decretos, se orientaron a garantizar de cierta forma, los derechos de los venezolanos, pero careciendo todos de un procedimiento expedito, breve y sumario, por un lado, y por el otro, siempre esta protección estuvo circunscrita a un solo derecho individual, como lo es, la libertad personal.

La Constitución Federal de Venezuela de 1881, en el artículo 165, establecía:

“La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con moderación y respeto debido, en ningún caso podrá impedirse, ni limitarse. Todos por el contrario, deberá hallar un remedio pronto y seguro con arreglo de las leyes, de las injurias y daños que sufriendo en su persona, en sus propiedades, en su honor y estimación”. (Oropeza, citado por Agudo, 1979, 9-10)

La primera Constitución del Estado de Venezuela, que estableció las condiciones necesarias para poder privar la libertad, fue la de 1819, al efecto su artículo 5º establecía: “Para que un ciudadano pueda ser preso se necesita: Primero: Una orden de arresto firmada por un Juez o por otra autoridad a quien la ley dé este poder. Segundo: Que la orden exprese los motivos para la prisión. Tercero: Que se intime y se le deje una copia de ella”. (Agudo, 1979,10)

Ahora bien, en este texto constitucional, los derechos individuales consagrados o protegidos se referían únicamente a la privación de la libertad personal, a los requisitos mínimos que deberían seguirse para ordenar un arresto o prisión (Art. 198 y 199) a las sanciones aplicables a los funcionarios que arbitrariamente violentaran estas garantías (Art.201).

En 1850, fue promulgado en Código Orgánico de Tribunales y Juzgados, el cual en el Artículo 10, preceptuaba:

“Cuando cualquier funcionario público estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona o hubiere dictado decreto de prisión, el interesado o cualquiera a su nombre puede ocurrir a la Corte Superior respectiva por vía de amparo y protección y ésta mandando suspender el procedimiento, pedirá la actuación y en vista, si lo encuentra de justicia podrá levantar la providencia opresiva”. (Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, 1994, 788)

Nótese que por primera vez se utiliza el termino “amparo”, pero siempre dirigido a la garantía de la libertad personal. Esta expresión, fue recogida por la Ley Orgánica de la Corte de Casación de 1888, pero apareciendo las características de brevedad, concretamente, en el ordinal 8º del artículo 11, que era del siguiente tenor:

“Conocer y decidir por vía de amparo y protección de las providencias de detención que dicten los altos funcionarios y empleados de los Estados de la Federación, ya sean del orden judicial o del político, siempre que no existan en el respectivo Estado, Superior inmediato ante quien ocurrir solicitando el amparo. En este recurso la Corte de Casación examinando las Actas y dentro del término más breve posible revocará o confirmará el auto de detención, y este fallo causará ejecutoria”. (Leyes y Reglamentos de los Estados Unidos de Venezuela, 1944, 36)

Es a partir de la promulgación de la Constitución Nacional de la República de Venezuela de 1961, en su artículo 49, cuando por vez primera se introduce el Amparo Constitucional, con el objeto de proteger y garantizar todos los derechos individuales de todo habitante de la República, asegurándole no sólo a toda persona natural, sino a las jurídicas, bien de carácter privado o público, la protección de los derechos consagrados en la constitución y hasta aquellos no consagrados en el texto constitucional. Como es de observar, no se circunscribe únicamente a la libertad de las personas, conocido como, hábeas corpus.

Pero a pesar de establecer el texto constitucional, este derecho, el mismo, tuvo por un largo tiempo limitado, casi desde su misma promulgación, de aquí, que hasta en la exposición de motivos, se expresara: “ En cuanto al amparo, se establece solamente el principio general, para que la ley lo reglamente, pero a fin de no dejar en supuesto su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias, el derecho de habeas hábeas, reglamentado de manera provisional.” (Citado por Agudo, 1979,34). Obsérvese que esta exposición de motivos, se contradice totalmente con el artículo 50 de la CND, que establecía:

“Art. 50.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

Esto dio lugar, desde nuestro entender, al por qué, aún antes de la promulgación de la Ley que regulara la materia, se introdujeran por antes nuestros distintos Tribunales acciones de amparo constitucionales, que algunas veces fueron negadas y

otras, acordadas, pero no obstante, sirvieron sin lugar a dudas para canalizar, las diferentes directrices del amparo constitucional.

En 1987, se promulgó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, considerada por Brewer, como “la Ley más importante que se ha dictado en el país, después de la propia Constitucional de 1961” (p.12). Este texto legal, vendría a reglamentar el amparo constitucional establecido en el Artículo 49 de la Constitución Nacional de 1961. Al efecto en su artículo 1, establecía:

“Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica o la situación que más se asemeja a ella.

La garantía de la libertad personal que regula el habeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley”.

Después en 1999, se promulgó y sancionó la nueva carta fundamental, denominada, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual recoge la institución del amparo, pero además introduciendo algunos aspectos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La institución de amparo, está regulada en el artículo 27, que preceptúa:

“Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y a la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación

jurídica infringida o la que más se asemeja a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto...”.

2. Naturaleza

2.1 En nuestro derecho

Bajo la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, se suscitó una problemática acerca de la naturaleza del amparo, o como era concedido éste, si como un derecho, o una acción, como una garantía, como jurisdicción, como forma distinta de justicia?

Para Brewer (1991, 15)

“Conforme al texto constitucional, en consecuencia, puede admitirse que el amparo se consagró como *un derecho* de los habitantes del país, de exigir ante todos los Tribunales, según su competencia, y de acuerdo a lo que la ley establece, la protección y el aseguramiento del goce y ejercicio de todos los derechos y garantías que la Constitución establece, o que sean inherentes a la persona humana, frente a cualquier perturbación, provenga ésta de entes públicos o de particulares, mediante un procedimiento que debe ser breve y sumario, y permitir al Juez restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

El mismo autor (1991, 25) continua diciendo que es “un derecho a una vía judicial para proteger absolutamente todos los derechos y garantías constitucionales, y por su puesto, por tanto, no sólo a los derechos individuales, sino también a los derechos sociales, a los derechos económicos y los derechos políticos que anuncia la Constitución”. La fundamentación de esta posición, consiste que en el texto constitucional no se le consideró como una acción o recurso, sino como un derecho,

que por ello, cambio el criterio sentado por la extinta Corte Suprema de Justicia en 1983, respecto a la tesis sustentada en 1970 por este Tribunal, dándole cabida a la procedencia del amparo constitucional, aún faltando ley que lo reglamentara, de aquí, considerado como un derecho, y no como acción o recurso, no tenía porqué tener reglamentación, teniendo plena eficacia el artículo 50 de CND, vigente para ese entonces, que establecía que la falta de Ley reglamentaria de los derechos constitucionales enunciados en el texto, no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Otros autores, lo consideraron como una acción, para Sansó (1988, 68) en un primer análisis, consideró que el legislador lo entendió como un género que comprendía dos especies: “la acción autónoma de amparo cuyo efecto es restablecedor y en consecuencia, definitivo, y la de la suspensión de los actos administrativos que procede cuando se le ejerce conjuntamente con otras acciones, en cuyo caso su efecto es cautelar, preventivo, ya que sus duraciones es hasta que sea dictada la sentencia en el juicio al cual se acumula”.

Por su parte Melle citado por Torres (1996, 17-18) considera “lejos de ser el amparo *un derecho fundamental* de las personas es sólo una *acción* para obtener del Estado el restablecimiento de la situación considerada como infringida”.

En una idea más madura, Sansó (1994, 30), al referirse a esta institución, la brillante autora, lo concibe como: “una garantía constitucional, entendiendo tal concepto en el sentido de que con el mismo se alude al medio a través del cual se hace efectivo los derechos, las restantes garantías, las facultades y las potestades que la Constitución consagra”. Defiere de la tesis Brewer Carias, siendo su fundamental

crítica, que el único aparte del artículo 49 de la Constitución Nacional, preceptúa un procedimiento propio, concretamente caracterizado por la brevedad y la sumariedad, y que la decisión judicial, tiene un carácter especial, el cual es el de restablecer de inmediato la situación jurídica conculcada.

Para Linares (1993, 16) la sumariedad y brevedad, son caracteres que diferencian al amparo de otros recursos, como el de casación, contencioso administrativo y el de inconstitucionalidad, por ello sí “la propia ley Fundamental haya pautado un proceso breve y sumario para el amparo, abona la tesis de que estamos en presencia de una jurisdicción; marcar reglas de procedimiento es marcar uno de los signos definitivos de toda jurisdicción”. El autor comenta que por establecerse un procedimiento en el aparte único del artículo 49, confirma en definitiva, que hay una jurisdicción de amparo prevista en la Constitución. Se diserta de esta opinión, por considerar que se está confundiendo competencia con jurisdicción, tema éste suficientemente discutido y aclarado por la doctrina procesal más actualizada. Volver a ella, como pretende el autor, sería retroceder en el avance de la ciencia procesal.

También el amparo, fue concebido como una manera *sui generis* de justicia, al respecto han considerado que “no es una institución más dentro del sistema jurídico, sino un enfoque distinto del derecho, una vía diferente para realizar el acto de Justicia” (Bruzual, citado por Sansó, 1988, 67).

A nuestro entender, estos diversos enfoques, sobre todo la discusión sobre si es un derecho o una acción, ha perdido vigencia en la actualidad, con la promulgación y

sanción de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pasemos de seguida a citar la norma que establece el amparo:

“Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público breve, gratuito y no sujeto a formalidad y la autoridad judicial competente tendrá protestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia o cualquier otro asunto...”.

El por qué decimos que ha perdido vigencia, radica en que, como podemos apreciar de la norma constitucional, el constituyente, hizo una mixtura del “derecho” y la “acción”; en el encabezamiento lo recogió como estaba concebido en la derogada Constitución de 1961, es decir, como un derecho, y en el único aparte de la norma constitucional vigente, a la vez, lo concibe como “una acción”.

2.2 En el derecho comparado

En otras legislaciones el Amparo es concebido desde otra óptica o enfoque, o manera de brindar justicia, por ejemplo, en Colombia fue concebido como una acción de tutela, al efecto, Camargo (1996, 42) comenta:

“Así concebida, la tutela se presenta como un mecanismo ágil y eficiente, al alcance de cualquier persona, en todo momento y lugar, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales cuando ellos sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias”.

3. Definición

Podemos definir el amparo constitucional como aquella acción que puede ejercer toda persona, natural o jurídica, esta última de carácter privado o pública, para la protección de sus derechos y garantías constitucionales conculcados, logrando, mediante un procedimiento que se caracteriza por la oralidad, brevedad, publicidad, gratuidad y no formalidad, se restituya en forma expedita y eficaz, la situación jurídica vulnerada o amenazada de violencia.

La importancia de esta definición que nos permitimos esbozar, es que incluye los entes morales de carácter público como *legitimatio* activos, quienes también pueden ser objeto de agravios y garantías de rango constitucional, punto este discutido tanto en doctrina como en nuestros Tribunales, y que la Dra. Hildergard Rondón de Sansó, denomina como *amparo organizativo* acción ésta que ha sido admitida por la Sala Política Administrativa, caso Jueces del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público contra hoy extinto Consejo de la Judicatura, admitido mediante sentencia de esa Sala de fecha 13-07-93, y posteriormente declarado parcialmente con lugar según sentencia de fecha 02-12-93.

4. Clases de amparo en nuestra legislación

Pueden ser varias las calificaciones que pueden dársele al Amparo tal y como está concebido en nuestro derecho positivo, pero tomaremos como guía para su clasificación, el sujeto que comete o amenaza con cometer el agravio o lesión constitucional, quien será el sujeto pasivo de la relación procesal constitucional, de

aquí, que lo clasificaremos en dos grupos a saber, amparo contra particulares y amparo contra los poderes públicos.

4.1 Contra los particulares

Es aquella acción de amparo dirigida contra cualquier ciudadano, persona natural o jurídica, grupos u organizaciones privadas, cuando éstos realicen hechos, actos u omisiones que vulneren o amenacen con violar los derechos amparados por la Ley y la Constitución. Es importante destacar que aquí el *legitimatio pasivo*, es cualquier persona y, que con respeto a las personas jurídicas, puede ser una empresa, un conjunto de empresas -consorcios-, pueden ser un grupo de personas que reunidas cometan el agravio. Este amparo lo encontramos en la parte *in fin* del encabezamiento del Artículo 2 de la Ley Orgánica del Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece: “Art. 2. ... También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, o violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley”.

4.2. Amparo contra los poderes públicos

Es aquella acción dirigida a proteger los derechos conculcados por cualquier tipo de actuación realizada por entes de carácter público y de derecho público, pudiendo ser de carácter legislativo, ejecutivo y judicial, por ello, tenemos que pueden subclasificarse en:

4.2.1 Amparo contra norma

Esta acción de amparo luce sin lugar a dudas, como una de las innovaciones de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y viene a complementar y a perfeccionar el control de la constitucionalidad, que hasta antes de la promulgación de este texto legal, se consideraba como mixto, o que se lograba de dos formas: el primero, concentrado y que se ejercía por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, conocido como acción popular, conforme al cual la Corte tenía potestad de anular “*erga omnes*”, la ley impugnada. Ahora es competente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; el segundo, conocido como control difuso de la Constitución, conforme al cual y de acuerdo al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, puede cualquier Juez de la República, al decidir un proceso, dilucidar la constitucionalidad de determinada ley o norma y desaplicarla, en el caso concreto, con efecto sólo entre las partes que intervinieron en la litis; y, el tercero, que tiene su origen con la promulgación de la ley, que permite el control de la constitucionalidad de leyes a los jueces constitucionales o de amparo, cuando dirimen sobre una acción de amparo ejercida contra la ley o norma, que colinda con la constitución y que viole en forma directa e inmediata o amenace con ello, un derecho fundamental.

Esta acción tiene su tutela jurídica en el artículo 3 de la LOADGC que establece:

“Art. 3º También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violencia deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará

a la Corte Suprema de Justicia (actual Tribunal Supremo de Justicia) acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia (actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional), si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”

4.2.2 Amparo contra actos administrativos y conductas omisivas de la constitución.

La ley consagra en su artículo 5, esta clase de acción de amparo, que permite el ejercicio de la acción constitucional, contra cualquier tipo de actuación de los entes administrativos, bien sea de actos administrativos, bien contra conductas omisivas de la Administración que violen o amenacen vulnerar un derecho o garantía constitucional, siempre y cuando no exista un medio breve y eficaz acorde con la protección constitucional. El texto legal prevé que se puede ejercer la acción de amparo contra actos o conductas omisivas de la Administración, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, y que el mismo procederá independientemente de que haya transcurrido los lapsos de caducidad previstos en la ley, y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

Por lo que contempla dos tipos de acciones, la acción autónoma de amparo contra actos administrativos, y la segunda, que se ejercerse conjuntamente con la acción ordinaria de nulidad de actos administrativos, caso en el cual el amparo tiene efectos cautelares y provisionales, manteniéndose los mismos, lo que dure el proceso

principal contentivo de la acción contencioso administrativo de nulidad, vale decir, hasta que se dicte la decisión de ese proceso.

4.2.3 Amparo contra sentencia y demás actos judiciales

Nos encontramos aquí con el ahora tan batallado amparo contra sentencia o providencia judicial, criticado por unos y bien venido por otros, pero que sin lugar a dudas constituye un verdadero remedio para garantizar a cualquier persona, por el atropello injusto, como consecuencia de una decisión judicial, tomada muchas veces, por error del Juez, por mal criterio producto del desconocimiento o ignorancia, y en otras por arbitrariedad y mala intención del Juez. Dentro de esta modalidad, encontramos el amparo contra sentencia propiamente dicho y el amparo sobrevenido.

El amparo contra sentencia, se puede entender como **aquella acción tendiente a restituir la situación jurídica conculcada, por una sentencia, providencia u actuación de un Tribunal, cuando éste actúe fuera de su competencia;** está consagrado en el artículo 4 de la ley orgánica.

El amparo sobrevenido, hay que diferenciar como era concebido esta modalidad de amparo constitucional no sólo bajo la vigencia de Constitución de la República de Venezuela de 1961, sino por la doctrina de extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, quien actuaba como Tribunal Constitucional. Tenemos que tener en cuenta, que el amparo sobrevenido en ese momento, se entendía no como una acción autónoma de amparo, sino simplemente como una medida cautelar que debía solicitarse junto con una acción ordinaria que pretendía

atacar un acto o actuación judicial que violara directamente un derecho o garantía constitucional, por ejemplo, se debía intentar como vía principal la nulidad del acto (no decisión definitiva) y como medida cautelar conforme al ordinal 5° del artículo 6 de la ley en comento, el amparo sobrevenido, para tratar de suspender los efectos del acto irrito. Por tanto este amparo, era siempre accesorio a otra vía ordinaria de ataque contra el acto judicial.

Los requisitos para su admisibilidad, desde sentencia de Sala de Casación Civil de 09-10-97, que estableció los nuevos requisitos de admisibilidad de esta modalidad amparo, derogando los anteriores, es decir, los del 04-07 de 1995, y el del 29-05-1996, eran:

- a) Debería coexistir con otros medios procesales, puesto que éste amparo tiene propósitos cautelares, esto es, la suspensión temporal de los efectos del acto cuestionado mientras se decide sobre la legitimidad de aquél;
- b) Su interposición ha de verificarse por ante el Tribunal al que corresponda conocer del medio procesal ejercido con tales fines, siendo entonces el mismo Tribunal que cometió el presunto agravio;
- c) La solicitud debería fundamentarse en la violación directa de un derecho o garantía constitucional, o en la amenaza de que ella se produzca;
- d) El agraviado debería comprobar, que la violación constitucional difícilmente podrá ser reparada por la sentencia que juzgue sobre la legitimidad del acto.

Además de estos requisitos, debía cumplir con los requisitos pautados en el artículo 6 de la ley, y según criterio de la misma Sala, con ponencia del Dr. Alirio Abreu Burelli, otro brillo que debía cumplir este amparo, es contra quién se dirigía el amparo sobrevenido, es decir, el *legitimatio ad causa pasivo*, éste sólo puede ser el Tribunal que dictó el auto o medida que viole un derecho o garantía constitucional.

Ahora bien, el amparo sobrevenido, con la vigencia del actual texto constitucional (CRBV) y de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional del actual Tribunal Supremo de Justicia, desde sentencia del 20 de enero de 2000, caso -Mata Millán- ponente Dr. Jesús Eduardo Cabrera, prohíbe que esta modalidad de amparo, si su pretensión está dirigida a obtener la reparación de un daño o amenaza de daño proveniente de una actuación del Juez, sea interpuesto por ante el mismo juez que cometió el supuesto agravio constitucional, al efecto estableció:

“Consecuencia de la doctrina expuesta es que el llamado amparo sobrevenido que se intente ante el mismo juez que dictó el fallo o acto procesal, considera esta Sala que es inconveniente, porque no hay razón alguna para que el juez que dictó un fallo, donde ha debido ser cuidadoso en la aplicación de la Constitución, revoque su decisión, y en consecuencia trate de reparar un error, creando la mayor inseguridad jurídica y rompiendo así el principio, garante de tal seguridad jurídica, que establece que dictada una sentencia sujeta a apelación, ella no puede ser reformada o revocada por el juez que la dictó, excepto para hacer las aclaraciones dentro del plazo legal y a petición de parte. Tal principio recogido en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil está ligado a la seguridad jurídica que debe imperar en el estado de derecho, donde es de suponer que las sentencias emanan de jueces idóneos en el manejo de la Constitución, y que por lo tanto no pueden estar modificándolas bajo petición de que subsane sus errores. Las violaciones a la Constitución que cometan los jueces serán conocidas por lo jueces de la apelación...” (Govea & Bernardoni, 2000, 6)

Pues bien, observamos como la Sala Constitucional, parece haber acabado con problema que generó discrepancia en la doctrina, y hasta en algunas decisiones de la extinta Corte Suprema de Justicia, y que lo hizo aplicando el principio general del derecho, que aún cuando no lo dice expresamente, se refiere al principio *non bis in idem* consagrado en nuestra legislación en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

Pero esta decisión va un poco más allá, y clarifica a su vez, que cuando dentro de un proceso en curso, se realiza un hecho conculcador de derechos constitucionales pero provenientes ya no del juez, sino de las partes o de otro funcionario judicial del tribunal que conozca del asunto, incluyendo los auxiliares de justicia o de terceros, el amparo podrá interponerse por ante el mismo juez que conoce de la causa, debiéndose sustanciar y decidir en cuaderno separado.

5. Del amparo contra decisión judicial

5.1. Definición

Bello y Jiménez (2000, 149) definen el amparo contra decisión Judicial como:

“aquel recurso de carácter extraordinario, breve, expedito y eficaz, que tiene como objeto atacar la nulidad de la resolución, sentencia o acto que lesione un derecho o garantía constitucional, cuando sea dictada por un Juez, actuando fuera de su competencia en sentido constitucional, esto es, con abuso de autoridad, usurpación de funciones o extralimitación de funciones, con el objeto de restablecer la situación jurídica infringida o lo que más se le asemeje siempre que no exista vías ordinarias para atacar el acto, o que aún existiendo éstas no sean expeditas o eficaces, breves o idóneas”.

Sin embargo, en coherencia con el desarrollo del presente trabajo, lo podemos definir como aquella acción que puede ejercer toda persona, natural o jurídica, esta última de carácter privado o pública, para la protección de sus derechos y garantías constitucionales conculcados, por una sentencia, providencia u actuación de un Tribunal, cuando éste actúe fuera de su competencia, entendida ésta desde el punto de vista de la función pública, más no procesal. Logrando mediante un procedimiento que se caracteriza por la oralidad, brevedad, publicidad, gratuidad y no formalidad, la restitución en forma expedita y eficaz de la situación jurídica vulnerada o amenazada de violencia.

Este tipo de amparo está tutelado en el ordenamiento jurídico positivo en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo texto es:

“Artículo 4°. Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de sus competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione su derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.”

Nótese que la norma establece no sólo la posibilidad de intentarse este tipo de acción constitucional, sino que indica de forma clara, cual es el tribunal competente para conocerlo y decidirlo, preceptuando, que lo será el tribunal que en grado de jurisdicción sea superior al tribunal, al que se le atribuya el agravio o actuación violatoria de derechos constitucionales. La admisibilidad está regida por los requisitos establecidos en el artículo 6° de LOGDGC, en sus ocho numerales, y

actualmente hay que adicionarle los establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

5.2 Requisitos para su procedencia, criterios jurisprudenciales al respecto

Los requisitos para la procedencia de la acción de amparo contra decisiones o actuaciones judiciales, fue motivo de un gran desarrollo jurisprudencial, que debe necesariamente dividirse en dos etapas, antes de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrollada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, quien actuaba como Tribunal Constitucional y, una segunda etapa, post promulgación del nuevo texto constitucional, desarrollado por la actual Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Bajo la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia, se requería para la procedencia de la acción de amparo constitucional contra decisión judicial, los siguientes extremos:

- a) Que el tribunal haya actuado fuera de su competencia, pero entendida ésta no desde el punto de vista procesal, es decir, por las reglas que rigen la competencia por la materia, cuantía, territorio y otras, sino por el contrario, se refiere a la competencia de la función pública o constitucional, al efecto, la Sala Civil, actuando como Tribunal Constitucional, con ponencia del Magistrado Dr. José Luís Bonnemaïson, en la cual, consolidando el criterio pacífico de la Sala, declaró:

“...Esta norma consagra la figura del amparo contra decisiones judiciales, respeto de la cual la Corte ha consolidado doctrina acerca de su alcance y sentido. En este orden de ideas se ha establecido que,

el supuesto del artículo 4º de la Ley Orgánica Sobre Amparo, no se trata de un problema de competencia de estricto orden procesal referido al valor, el territorio o la materia, sino que es un asunto acerca del aspecto constitucional de la función pública, definido en los artículos 117, 118 y 119 de la Constitución, cuya violación da lugar a la usurpación de funciones o el abuso de poder, sea que un órgano del Poder Público realice funciones correspondientes a otro órgano, sea que el órgano se extralimite en ejercicio de sus atribuciones o realice actuaciones para la lo cual no está autorizado...” (Pierre, 1998-1, 95)

- b) Que no exista otros medios procesales por medio de las cuales se logre el restablecimiento de la situación jurídica conculcada. Es decir, que el amparo no puede utilizarse para subvertir el proceso, de allí, que si existe en nuestro ordenamiento jurídico positivo un recurso para atacar el acto judicial violatorio del o los derechos constitucionales, no es procedente la acción de amparo constitucional. Y esto es así, por el carácter excepcional que reviste este especialísimo recurso constitucional de amparo. Al efecto la sentencia citada, establece:

“...Así mismo, la doctrina y la jurisprudencia han puesto énfasis en que el mecanismo de amparo está condicionado a la inexistencia de otros medios procesales que permitan el restablecimiento de la situación jurídica que se alega infringida, o de la situación que más se asemeje, tal como lo dispone el artículo 5º de la ley orgánica de la materia. De aquí surge el carácter excepcional y residual del amparo, en virtud del cual, si para la reparación del agravio o para impedir su acaecimiento, el agraviado no dispone de vías o recursos procedimentales, o si estos son inoperantes o inidóneos para la protección del derecho o garantía constitucional, el juez en acatamiento a lo establecido en el artículo 1º de la ley mencionada – que recoge el mandato contenido en el artículo 49 de la Constitución-. Debe acordar mediante el procedimiento judicial de amparo, la protección inmediata de los derechos y garantías que se alegan conculcados.”. (95)

Como podemos detectar de la lectura de la sentencia, es obvio que el amparo por su carácter excepcional, solo procedería *prima facie*, si no existía un medio de ataque o recurso ordinario, pero hay que tener en cuenta, que aun existiendo los medios o recursos, es procedente la acción de amparo contra la actuación judicial conculcadora de derechos constitucionales, sí éstos no son idóneos o no son operantes para la protección del derecho constitucional lesionado o amenazado de agravio, por ejemplo, si una actuación inconstitucional de un juez está sujeta a apelación, pero este recurso ordinario es incapaz de suspender los efectos de la sentencia írrita, aun existiendo la vía ordinaria, es plenamente procedente la acción constitucional de amparo. Notamos con preocupación en el devenir del litigio, como los jueces hacen un uso indebido y abusivo de este carácter excepcional de amparo, negando la procedencia del amparo contra actuaciones judiciales, bajo la excusa de existencia de recursos ordinario, con el sólo ánimo de evitar le interpongan recursos contra decisiones de sus colegas jueces, en acuerdos ilegales y pactos celebrados por ellos.

- c) Que la actuación judicial constituya un acto lesivo a la conciencia jurídica, que infrinja de forma flagrante los derechos individuales del afectado, los cuales son irrenunciables.
- d) Cuando el fallo atacado en amparo, vulnere el principio de la seguridad jurídica de tal forma que provea contra el principio de la cosa juzgada; y,
- e) Procede contra un fallo o actuación judicial que sea producto de un proceso en el cual no se garantizó las debidas oportunidades de defensa, o irrespetando de cualquier forma la garantía al debido proceso.

Estos eran los requisitos exigidos y desarrollados por la doctrina de la hoy extinta Corte Suprema de Justicia, bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1961, hoy derogada, para la procedencia de la acción de amparo constitucional contra actuaciones judiciales, es de aclarar, que los mismos no tenían carácter concurrente, por lo que existiendo cualesquiera de ellos, el mismo era procedente.

Bajo la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, los requisitos para la procedencia de la acción de amparo constitucional contra actuaciones judiciales, si bien es cierto no han variado sustancialmente, los mismos pareciera su gala, ser más limitada y direccionada a la doctrina de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, lo cual se observa haciendo un recorrido a algunas decisiones sobre la materia, a saber:

a) En sentencia del 06 de febrero de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. José Delgado Ocando, al respecto estableció:

“... El artículo 4 de la Ley Orgánica in commento, preceptúa que “[...] procede la acción de Amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional”. La doctrina del Tribunal en la materia viene planteando que la palabra “competencia” - como un requisito indicado en el transcrito artículo 4 - no tiene el sentido procesal estricto, por cuanto no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o usurpación o extralimitación de funciones, y en consecuencia, opera cuando esa actuación lesione o vulnere derechos o garantías constitucionales.

En efecto, el juez, aun actuando dentro de su competencia, “[...] entendida ésta en el sentido procesal estricto, puede hacer uso indebido de las facultades que le están atribuidas para fines totalmente distintos al que se le confirió o actuar haciendo uso indebido de ese poder, independientemente del fin logrado, al dictar

una resolución o sentencia que lesione un derecho constitucional”
(Vid. sentencia N° 370 de la Sala Político–Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de diciembre de 1989, caso *El Crack C.A.*). ...”. (www.tsj.gob.ve)

- b) Sentencia del 16 de marzo de 2012, Ponente: Magistrada, Dra. Luisa Estella Morales:

“ No obstante lo anterior, debe advertir la Sala que los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra decisiones judiciales se encuentran consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, al respecto, la jurisprudencia reiterada de esta Sala ha interpretado que para que proceda la misma es necesario que el juez de quien emanó el acto presuntamente lesivo haya incurrido en una grave usurpación de funciones o abuso de poder, que tal proceder ocasione la violación de un derecho constitucional y, finalmente, que se hayan agotado todos los mecanismos procesales existentes, o que los mismos resulten inidóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado.” (www.tsj-gob.ve)

- c) Sentencia del 14 de febrero de 2012, ponente: Magistrada Dra. Gladys María Gutiérrez Alvarado:

“ Ahora bien, es criterio reiterado de esta Sala que, para la procedencia del amparo contra actos jurisdiccionales, deben concurrir las siguientes circunstancias: a) que el Juez, de quien emanó el acto supuestamente lesivo, incurra en usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial); b) que tal poder ocasione violación a un derecho constitucional, lo que implica que no es impugnabile mediante amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal; y c) que los mecanismos procesales existentes resulten inidóneos para la restitución del derecho o garantía lesionada o amenazada de violación.”. (www. tsj. gob.ve)

Notamos aquí, como esa gama de requisitos desarrollada por la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Extinta Corte Suprema de Justicia, quien era el Tribunal

Constitucional para la época, se redujo, prácticamente a tres, la actuación judicial fuera de su competencia de la función pública, que se viole con la actuación derechos constitucionales y no hayan vías procesales idóneas para el restablecimiento de la situación jurídica conculcada o amenazada de violación.

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO III
DE LAS FORMAS DE IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA
ASAMBLEA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Del Procedimiento de impugnación de asamblea de sociedades mercantiles contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio.

Nuestro ordenamiento jurídico mercantil o comercial tutela la posibilidad de objeción, refutación o reclamo que tienen los accionistas contra las decisiones tomadas en una asamblea de la sociedad anónima en contra de sus estatutos o de la Ley, logrando en caso de verificación de los supuestos fácticos abstractamente contenidos en la norma, -artículo 290 del Código de Comercio-, que el Juez Mercantil, suspenda los efectos de la asamblea contentiva de la decisión írrita y convoque a una nueva asamblea a fin de decidir sobre el asunto.

El artículo 290 del Código de Comercio establece esta acción de oposición:

“Artículo 290.- A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo a los administradores, si encuentran que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque a una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión.

Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea, con la mayoría y de la manera establecida en el artículo 289 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282 en que se procederá como él dispone”-

Con mucha propiedad y certeza, Zerpa (1989,55) afirma: "es un medio específico para oponerse a las decisiones de las asambleas de la sociedad anónimas que sean manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley; por este medio puede lograrse la suspensión de la decisión, mientras la asamblea especialmente convocada hace su reconsideración".

El objeto de esta acción, especial o *sui generis*, no es lograr la nulidad de asamblea, sino suspender la ejecución o efectos de la misma de manera temporal, mientras que una nueva asamblea decida sobre el asunto y que, por lo general siempre termina ratificando la decisión írrita, ya que se impone el acuerdo de la mayoría accionaria, en contra de minoría disidente. Esta última consecuencia, desde nuestro modo de ver en la praxis jurídica, constituye la forma de legalizar el abuso del derecho de las mayorías frente a las minorías en la sociedades anónimas y que, constituyó la única innovación realizada por legislador venezolano, ya que, debemos tener en cuenta que la mencionada norma (artículo 290 C.Com) fue inspirada por el artículo 163 del Código de Comercio Italiano de 1882, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 163.- Las deliberaciones tomadas por la asamblea general dentro de los límites del acto constitutivo, del estatuto o de la ley, son obligatorias para todos los socios, aun cuando no hayan intervenido o sea disidentes, salvo las disposiciones del artículo 158.

A las deliberaciones manifiestamente contrarias al acto constitutivo, el estatuto o a la Ley, puede hacerse oposición por todo socio, y el presidente del tribunal de comercio, oídos los administradores y los síndicos, puede suspender sus ejecución mediante providencia a notificarse a los administradores." (Rocco, citado por Zerpa 1989, 62)

Como es de observar, el segundo aparte del artículo en comento, corresponde con nuestro artículo 290 del C. Com., pero el legislador venezolano le agregó, lo de

la convocatoria de otra asamblea quien decidirá sobre el asunto. Desde mi punto de vista, con esta agregación, se incluyó la posibilidad legal de abuso de la mayoría de caras a las minorías societarias, quienes en definitivas serán aplastadas por las primeras. Aspecto que no tenía el legislador italiano de 1882.

Por ello, Fuenmayor (1994,91) comenta:

“El artículo 290 del Código de Comercio otorga al accionista un derecho de revisión, pero no de nulidad, de lo decidido por una Asamblea General de Accionistas normalmente establecida. Dicha revisión es de carácter privado, pues ésta es realizada por los mismos accionistas en una Asamblea posterior convocada por él. La resolución del Juez acordando o negando la convocatoria es inapelable, pues la providencia del Juez es dictada en sede de jurisdicción potestativa especial sin obligación de ajustarse en forma estricta al derecho sino a su prudente arbitrio”.

1.1. Sus características

El procedimiento de impugnación establecido en el artículo 290 del C.Com, tiene características propias o *sui generis*, las cuales se desarrollaron en correcta interpretación a lo largo de la evolución jurisprudencial sobre la materia lo cual se desarrollará en otro punto de este capítulo. Pero es necesario conocer por lo menos algunas de estas decisiones, para poder abordar sus características:

Según la doctrina de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 08 de abril de 1999, reiterando el criterio tomado por esta Sala desde sentencia del 21 de enero de 1975, caso: TEMPLEX C.A., estableció:

“A las luz de esta doctrina de la Sala de Casación Civil, que una vez más se reitera, el procedimiento de oposición contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio no tiene en rigor un carácter contencioso, sino meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa, y, por tal razón, tales procedimientos no gozan de la naturaleza de una sentencia susceptible de ser recurrida en casación y así se decide”. (Pierre, 1999-4, 293)

Como podemos apreciar, según la doctrina de la Sala de Casación Civil este procedimiento tiene las siguientes características:

1. Es un procedimiento no contencioso.
2. Es precautelativo.
3. De naturaleza administrativa.
4. Y su sentencia, por no ser a su decir, de naturaleza judicial, no es recurrible en casación.

Según la doctrina de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de mayo de 1981, caso: FRICAPECA, estableció:

“...De la exposición anterior aparece que el artículo 290 del Código de Comercio consagra una acción judicial que se resuelve en procedimiento sumario y que en la decisión el Juez resuelve un conflicto de interés privados, o sea el que pone la mayoría de los socios a la minoría, impugnante de la decisión adoptada en el asamblea. Dentro de los límites de su campo de aplicación se trata de una decisión judicial definitiva que cumple su objeto al declarar la existencia de los vicios denunciados y ordenar la convocatoria de una nueva asamblea para decidir sobre el asunto...

...decisión ésta última que puede ser objeto de apelación ante el órgano judicial superior.

La naturaleza sumaria del procedimiento según el cual se decide término éste expresamente utilizado por el legislador en el segundo aparte del artículo 290 no lo priva del carácter jurisdiccional, destinado como está a resolver un conflicto de intereses privados. Por tanto, el fallo del órgano judicial que decide la oposición, es de naturaleza absolutamente jurisdiccional,...". (Repertorio Forense, 1981-59, 398-399)

Con fundamento a la doctrina parcialmente transcrita, este procedimiento reviste las siguientes características:

- 1.- Es un procedimiento sumario, es decir, breve o rápido;
- 2.- El procedimiento es judicial;
- 3.- Su sentencia es naturaleza netamente judicial, no administrativa, resuelve un conflicto de intereses privados, por ello, apelable.

En opinión de quien escribe, es lamentable, que estas doctrinas ahora tan de vieja data, la de la Sala de Casación Civil de 1975 y la de la Sala Político Administrativa de 1980, no se hayan fusionado y corrigiéndose entre sí los desaciertos que contienen. Por ello, en mi opinión las características de este procedimiento son: Es un procedimiento judicial, sumario, no contencioso, donde las facultades del juez solo están tuteladas, para comprobar las denuncias y suspender, mediante sentencia judicial, los efectos de la decisión social, convocando de forma judicial a una nueva asamblea, de allí, su carácter precautelativo.

1.2. Legitimados. Activo y pasivo

Legitimado activo

Si la legitimación *ad causa* activa, es la relación lógica entre quien ejerce la acción y la persona a la que la ley le faculta para ejercerla, tenemos que el legitimado activo de conformidad con lo establecido en el artículo 290 del C. Com., será cualquier socio, no requiriéndose una legitimación calificada, como sí sucede en otros procedimientos establecidos en el Código de Comercio, por ejemplo, el consagrado en el artículo 291 *eiusdem*.

No importa que el socio no haya estado presente en la asamblea donde se tomó la decisión a impugnar, o que haya sido disidente o que haya votado a favor, ya que, su voto no genera efectos contractuales. Por ello, Zerpa (1989, 66) comenta: "respecto a los socios ausentes así como los presentes en la asamblea que no votaron a favor de la decisión impugnada, no debe haber la menor duda sobre el derecho que tienen de oponerse a las decisiones que estimen contrarias a los estatutos o a la Ley".

El efecto no contractual de la votación del socio, es desarrollado por Núñez, citado por Zerpa (1989, 66):

"con su voto favorable el accionista no asume ningún vínculo contractual. Es de principio en las sociedades anónimas, que las decisiones tomadas por sus asambleas no pueden aplicarse las reglas para la formación, interpretación y efectos de los contratos; los socios concurren con su voto a formar la declaración unilateral y única de la compañía, y el proceso de dar vida jurídica a esa declaración se agotan y consumen los votos individuales de los socios, cuyos pareceres ya favorables o disidentes a la deliberación, no guardan con relación con ella el más leve asomo de vinculación contractual".

Recordemos, como se comentara en el punto 1 de este Capítulo, que el postulado del artículo 290 en comento, tiene su origen o fue traído del artículo 163 del Código de Comercio Italiano de 1882, de aquí que en el derecho comparado, se le dé esta misma conclusión. Vivante (1932, II, 275) comenta: "Este derecho de oposición corresponde a cada socio que posea esta cualidad al tiempo en que ejercite la acción, aunque desempeñe el cargo de Administrador o de Síndico y aunque hubiese votado el acuerdo impugnado, ya que con su voto no contrajo ningún vínculo contractual".

¿Podrá ejercer válidamente esta acción de impugnación quien no era socio para el momento de la toma de decisión societaria en la asamblea de accionistas?, al efecto, compartimos el criterio de Zerpa (1986, 96) cuando expresa:

"En nuestra opinión, quien adquiere la acción, cualquiera que sea la forma en que esto ocurre, la recibe con todos los derechos que a ella le son propios y uno de ellos es el de impugnar las decisiones tomadas por la asamblea, que sean manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley. Téngase en cuenta que este derecho a oposición se considera ínsito a la condición de socio."

Este criterio concuerda con el de Vivante, cuando comenta la norma italiana de la cual fue tomada el artículo 290 del C.Com, ya que el maestro italiano manifiesta que puede ser ejercida por cualquier persona que tenga la condición de socio al momento en que se ejercite la acción, no al momento en que se celebró la asamblea donde se tomó la decisión írrita. Claro está, que esta condición de socio,

debe adquirirla, dentro del plazo establecido en el primer aparte del artículo 290 *eiusdem*, es decir dentro de los quince días siguientes a la celebración de la asamblea en cuestión, ya que este lapso es de caducidad.

Legitimado pasivo

Si la legitimación *ad causa* pasiva, es aquel puro juicio lógico de identidad entre quién está dirigida la acción y aquel a quien la ley le acuerda se ejercite en su contra. Tenemos que la norma es clara, se trata de una impugnación de una decisión de una asamblea, por tanto de una decisión del ente societario, es decir, de la sociedad, por ello, el legitimado pasivo, es la sociedad mercantil de que se trate, ya que la asamblea no tiene personalidad jurídica; los socios que hayan votado a su favor, no tienen responsabilidad alguna, pues se trata de un voto y, existe por principio elemental de derechos de sociedades anónimas, la separación de la personalidad jurídica de los socios con la sociedad misma, quien tiene personalidad jurídica propia e independiente de sus accionistas. De allí, que si partimos que hasta el socio que haya votado a favor puede ejercer esta acción de impugnación, es impermissible concluir que no debe ser ejercida contra los socios que hayan votado a su favor.

Al efecto, Zerpa (70) comenta:

“El recurso de impugnación que estudiamos está dirigido contra la sociedad, como persona jurídica que ella es. No se trata de ir contra los socios, ni tampoco contra la asamblea que tomó la decisión.

Los otros socios no son parte en el recurso, ellos no pueden convenir en el objeto del mismo, tampoco pueden contradecirlo. Recordemos que el recurso tiene por objeto: suspender la ejecución de la decisión impugnada y ordenar que se convoque la asamblea para hacer la reconsideración respectiva”.

En la práctica se ve con preocupación, que este tipo de recursos se ejerce contra los administradores, quienes pueden ser socios o no de la empresa, por tanto, no participen en las decisiones de asamblea de accionistas, por ello, la norma exige se escuche a los administradores, ya que éstos son los representantes de las empresas mercantiles. En otras oportunidades, se ejerce contra los socios que votaron a su favor, y lo más grave aún, también es ejercida por personas que no son accionistas, por ejemplo, sucede en caso de muerte del accionista, donde sus herederos demandan, sin tener la cualidad de socios, conforme al artículo 296 del C. Com., que establece la forma de transmisión de la propiedad de las acciones *mortis causa*, es decir, exige se cumplan con requisitos propios societarios, que la mayoría de las veces no los cumplen. Y lo más lamentable es, que en estos casos, hasta los jueces aceptan esta acción fuera del lapso de caducidad que establece el artículo 290 *eiusdem*.

1.3. Naturaleza

1.3.1. Criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia

La Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de enero de 1975, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Trejo Padilla, caso: TEMPLEX C.A., sentencia ésta que marca un antes y un después, ya que abandonó la tesis de esa magistratura, concretamente desde la decisión de la Corte Federal y de Casación del 13 de octubre de 1925, que negaba la posibilidad de ejercer la acción de

nulidad del mundo civil, so pretexto de que el artículo 290 del C.Com., establecía una acción de nulidad, tesis que abandonó y permitió la procedencia de intentar la nulidad de las decisiones de asambleas mediante acción ordinaria, cuyo procedimiento se desarrollará en numeral 2 de este Capítulo. Esta sentencia estableció la naturaleza y características según la Sala de Casación Civil, de la acción de impugnación del artículo 290, al efecto:

“Quedan por analizar las denuncias de los artículo 290 del Código de Comercio; 234 del Código de Procedimiento Civil, en conexión con los artículos 1.019 y 1.110 del Código de Comercio; y 233 del mismo Código de Procedimiento Civil y 4 del Código Civil. la suerte de estas denuncias está supeditada a la interpretación que se sostenga del artículo 290 del Código de Comercio, materia en la cual discrepan los criterios de sentenciadores y de la recurrida, pues mientras en ésta los sentenciadores sostienen que la vía de la oposición, prevista en el mencionado artículo 290, es la única que tienen los accionistas para reclamar contra decisiones viciadas de las asambleas en las compañías anónimas, el recurrente sostiene que existe además la acción ordinaria de anulación.-

El artículo 290 del Código de Comercio es del tenor siguiente:

“A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque a una nueva asamblea para decidir sobre el asunto”.-

“Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y con la manera establecida en los artículo 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone”.-

La primera observación que surge del análisis del texto transcrito es que el procedimiento previsto no constituye en realidad un juicio, en el cual el órgano jurisdiccional, como es característico si lo fuera, tuviera autoridad para resolver mediante sentencia el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que se trata de un simple recurso de oposición concedido al socio, para que pueda obtener la suspensión de la decisión de la asamblea que considere manifiestamente ilegal o contraria a los estatutos.-

Prevé el precepto en estudio que ordenada la suspensión de la decisión impugnada, el tribunal deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, de mejor calificación por su quórum y por su voto, a fin de que

decida sobre el asunto planteado, bien en el sentido de dejar sin efecto la resolución viciada, o bien en el sentido de confirmarla, caso éste último en el cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podría ser alegado posteriormente por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social.-

Lo expuesto revela, en criterio de este Corte, que el indicado procedimiento de oposición no tiene en rigor un carácter contencioso, sino meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa como lo señalan algunos expositores, y por tal razón no puede hablarse en estos casos de que haya cosa juzgada sobre la validez de la actuación cuestionada, ya que el juez no dicta decisión alguna en ese sentido, pues se limita a suspender la ejecución y ordenar que convoque una segunda asamblea, cuya resolución tampoco tiene la autoridad de cosa juzgada por no emanar obviamente de un órgano judicial.-...". (Fuente original 1975, Biblioteca Dr. Carlos Trejo Padilla Corte Suprema de Justicia, 17-19)

Como podemos apreciar de esta importantísima decisión, es que según el criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, el procedimiento de impugnación al que se refiere el artículo 290 del C.Com., su naturaleza no es judicial, sino es de naturaleza administrativa, no contencioso en estricto sensu, y por ello, es precautelativo.-

La Sala de Casación Civil del actual Tribunal Supremo de Justicia, mantiene y reitera este mismo criterio, al efecto podemos apreciar el criterio de esta Sala, en sentencia del 14 de marzo de 2000:

"A la luz de esta doctrina de la Sala de Casación Civil, que una vez más se reitera, el procedimiento de oposición contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio no tiene en rigor un carácter contencioso, sino, meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa, y, por tal razón, tales procedimientos no gozan de la naturaleza de una sentencia

susceptible de ser recurrida en casación y así se decide". (Pierre, 2000-3, 386-387)

1.3.2. Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de mayo de 1981, con ponencia del Magistrado, Dr. René De Sola, caso: FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES PERIJA C.A. (FRICAPECA), dictó a nuestro entender, importante decisión sobre el procedimiento impugnación a que se contrae el artículo 290 del C.Com., estableciendo, según criterio de esta Sala, cual es la naturaleza de esta acción de impugnación. Al efecto el fallo es del tenor siguiente:

"En escrito presentado el 5 de mayo corriente, el ciudadano NUMA PEÑA VARGAS, actuando con el carácter de Administrador de la compañía anónima FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES DE PERIJA C.A. (FRICAPECA) y asistido por los abogados doctores PETIT DA COSTA e IVAN ORDOÑEZ MARÍN, manifestó demandar "la nulidad por ilegalidad de la Resolución Administrativa dictada el 27 de noviembre de 1980, por el Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, con ocasión del mencionado procedimiento de naturaleza administrativa mediante el cual tramitó y decidió oposición de los ciudadanos Héctor Trujillo Romero y Numa Romero de la Vega a las decisiones tomadas por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad mercantil FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES DE PERIJA C.A. (FRICAPECA), celebrada el día 8 de octubre de 1980.

La decisión a que se refiere el actor fue dictada por el Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia en aplicación del artículo 290 del Código de Comercio, y acerca de la misma sostiene el actor que se trata de un acto de naturaleza administrativa, y, como tal, "sujeto a los efectos y consecuencia de un acto jurisdiccional propiamente dicho, sino de naturaleza administrativa", contra el cual procede el recurso de anulación por ilegalidad por ante este Supremo Tribunal de la República. En apoyo de su alegato invoca jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de esta misma Corte Suprema

de Justicia y el argumento doctrinario de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda dictar una decisión de contenido administrativo.

Dada la importancia de los referidos planteamientos, esta Sala asume directamente la decisión acerca de la admisibilidad de la demanda intentada, previa consideraciones siguientes:

No puede negar esta Sala la tesis por ella misma sostenida en diverso fallos de que no son los órganos de la administración pública los únicos que pueden dictar un acto administrativo. También un órgano jurisdiccional es capaz de producir un acto administrativo, por ejemplo, entre otros casos, cuando nombra o remueve sus funcionarios administrativos.

El problema en consecuencia, radica en establecer cuál es la verdadera naturaleza de la decisión dictada por un tribunal en ejercicio de la facultad que le acuerda el artículo 290 del Código de Comercio.

Para la debida interpretación de la mencionada norma legal, es conveniente recordar que el Código de Comercio venezolano consagra la más absoluta libertad en cuanto a la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima. La inmensa mayoría de las disposiciones de dicho texto legal son simplemente supletorias de la voluntad de las partes, quienes en el acta constitutiva y en los estatutos pueden establecer el régimen más conveniente para sus intereses. Así lo anuncia ya la norma general sobre sociedades mercantiles contenida en el último aparte del artículo 200, en la que se establece que dichas entidades se rigen en primer lugar por los convenios de las partes, luego por las disposiciones del propio Código de Comercio y por último por las del Código Civil. Esta tendencia está ampliamente confirmada en muchas disposiciones específicas sobre sociedades anónimas, en las cuales al mismo tiempo que se establece una regla, se le asigna vigencia sólo si o cuando los estatutos no dispongan otra cosa. (V.gr: artículos 273 y 260 ejusdem)

Conforme a este criterio de que es a los socios a los que le corresponde primordialmente determinar lo que más convenga a sus intereses, se elaboró la norma contenida en el artículo 290, que tiene sus características propias y distintas a los textos que le sirvieron de inspiración.

Cabe señalar tres elementos fundamentales que caracterizan la norma venezolana: el primero calcado de la legislación italiana, circunscribe el procedimiento de oposición a las decisiones manifiestamente contraria a los estatutos o la Ley; el segundo; establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción quince días a contar de la fecha de la decisión tomada en la asamblea, y el tercero, le otorga fuerza obligatoria a la decisión impugnada si fuese confirmada por otra asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281 ejusdem. Cada uno de estos elementos merece consideración especial.

Como se trata de un procedimiento sumarísimo en que la oposición de intereses se configura sobre la base del escrito de oposición, por una parte, y por la otra, por la manifestación de los administradores de la sociedad, quiso el legislador que la materia pudiera resolver sin necesidad de recurrir a

elementos probatorios adicionales. El adverbio manifiestamente señala que los vicios imputados deben aparecer de una manera clara y evidente de la propia decisión, tal como de ella se da cuenta en el acta respectiva de asamblea.

Como incertidumbre acerca de la firmeza de una decisión tomada por una asamblea puede crear graves perjuicios económicos a la sociedad y aun los intereses de los socios opositores, se estableció un brevísimo plazo de caducidad. En esta forma, no habiéndose hecho oportunamente oposición a las decisiones a que se contrae la referida norma, aquellas, quedarían firmes y no podrán ser objeto de ulterior impugnación por parte de ninguno de los socios.

El último elemento referente a la fuerza obligatoria que le imprime a la decisión su confirmación por otra asamblea, es precisamente el que viene a delimitar la naturaleza de los vicios a que se contrae este peculiar procedimiento de impugnación. Para su debida interpretación hay que tomar en cuenta el sistema de amplia libertad que a la autonomía de la voluntad otorga el régimen de las sociedades consagrado en nuestro Código de Comercio; al mismo tiempo, la norma general contenida en el artículo 8º de nuestro Código Civil, según la cual no puede renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Sería absurdo pensar que el legislador hubiera ignorado esta norma fundamental, de carácter imperativo, y permitido a los socios de una compañía anónima convalidar una decisión afectada de nulidad absoluta por ser violatoria de normas imperativas sustanciadoras del orden público o las buenas costumbres.

Son, por tanto, decisiones exclusivamente contrarias a los estatutos a normas legales de carácter supletorio las que pueden ser objeto de convalidación por parte de una asamblea. Al establecerlo así, el legislador fue consecuente con el sistema de amplia cabida a la autonomía de la voluntad que estableció respecto a las sociedades anónimas. Pensó acertadamente que tratándose de normas legales simplemente supletorias, no habría razón para contrariar la decisión de una asamblea que por mayoría haya decidido suspender sus efectos en vista del interés del ente social. Por ello exigió, la misma mayoría e igual composición de la asamblea que los artículos 280 y 281 requieren para la reforma de los estatutos. En definitiva, solo consagró una forma peculiar de reformar los estatutos de una sociedad en todo aquello que no contravenga el orden público o las buenas costumbres.

Por lo que respecta a las decisiones viciadas de nulidad absoluta, aunque fueran confirmadas en la forma indicada en el último aparte del referido artículo 290, ninguna fuerza obligatoria tendrían para los socios, impugnantes, a quienes le quedaría siempre abierto el camino de la acción ordinaria de nulidad consagrada en el derecho común.

De la disposición anterior aparece que el artículo 290 del Código de Comercio consagra una acción judicial que se resuelve en un procedimiento sumario y en que la decisión del Juez resuelve un conflicto de intereses privados, o sea el que pone la mayoría de los socios a la minoría, impugnante de la decisión

adoptada en la asamblea. Dentro de los límites de su campo de aplicación, se trata de una decisión judicial definitiva que cumple su objeto de declarar la existencia de los vicios denunciados y ordenar la convocatoria de una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

Igualmente resuelve un conflicto de intereses siempre dentro del marco de la nulidad relativa cuando desecha la oposición por considerar que no existen los vicios, denunciados, decisión ésta última que puede ser objeto de recurso de apelación ante el órgano judicial superior.

La naturaleza sumaria del procedimiento según el cual la acción término éste expresamente utilizado por el legislador en el segundo aparte del artículo 290 no lo priva de su carácter jurisdiccional, destinado como está a resolver un conflicto de intereses privados. Por tanto, el fallo del órgano judicial que decide la oposición, es de naturaleza absolutamente jurisdiccional, y contra el mismo resulta improcedente el recurso de nulidad que para los actos administrativos pudiera iniciarse por ante la jurisdicción contencioso administrativa". (Repertorio Forense, 1981-59, 396-399)

De la sentencia parcialmente transcrita, tenemos que para la Sala Político Administrativa de la hoy extinta Corte Suprema de Justicia, la naturaleza del procedimiento de impugnación del artículo 290 del C.Com., es judicial, no administrativo; que el carácter sumario de este procedimiento (rápido no formal), no lo priva de su carácter jurisdiccional o judicial y que el fallo que decide la oposición, es de naturaleza absolutamente jurisdiccional o judicial, ya que resuelve un conflicto de intereses privados, es decir, el que le impone la mayoría de los socios a la minoría.

Compartimos esta tesis, consideramos correcta la conclusión abordada en ella en cuanto a la naturaleza de esta acción de impugnación consagrada en el artículo 290 tantas veces comentado.

En esta se hace una clara explicación acerca de los actos administrativos que puede dictar los órganos judiciales-tribunales, verby gracia, la decisión o acto administrativo que dicte dentro de un procedimiento disciplinario o no, seguido

contra un funcionario o empleado de un tribunal, de una decisión que dicte el órgano judicial por mandato de una Ley, que resuelve un asunto planteado por particulares, aún cuando el mismo adolezca de contradicción o contención.

Ya que, pensar esto, sería tanto como concluir erróneamente, que aquellas figuras establecidas en la ley, bien sustantiva o adjetiva, que establezcan procedimientos judiciales, carentes de contención, son procedimientos administrativos y sus decisiones, son de naturaleza administrativa, como, por ejemplo, para citar uno, los procedimientos de jurisdicción voluntaria establecidos en el Código de Procedimiento Civil, Libro Cuarto, Parte Segunda, artículos 895 al 902. Ellos son procedimientos judiciales carentes de contención, donde se escuchan no sólo a los solicitantes, sino a las personas que éstos indiquen o el tribunal lo considere necesario, sus decisiones son apelables, pero no producen efecto de cosa juzgada y no son recurribles en casación.

Por ello, insistimos que es lamentable, que estas doctrinas tan importantes para el avance de la ciencia jurídica, ahora, tan de vieja data, la de la Sala de Casación Civil de 1975 y la de la Sala Político Administrativa de 1980, no se hayan fusionado y corrigiéndose entre sí los desaciertos que contienen.

Siendo, en mi opinión, un procedimiento naturaleza judicial, no contencioso, donde las facultades del juez solo están tuteladas, para comprobar las denuncias, suspender, mediante sentencia judicial, los efectos de decisión social y convocar de forma judicial a una nueva asamblea, de allí, su carácter precautelativo.

1.4. Importancia del control de las decisiones tomadas en el procedimiento de impugnación de asambleas del artículo 290 del Código de Comercio

Si bien las sociedades o compañías mercantiles, son como bien lo ha dicho la doctrina y nuestra jurisprudencia, de eminente carácter privado, y por ello, se dicen que las decisiones que tomen sus órganos representativos, es especial, su órgano máximo, como lo es la asamblea de accionistas, son decisiones que revisten carácter privado, no es menos cierto, que estas instituciones mercantiles, tienen, como su nombre lo indica, un fin económico, que no solo envuelve en forma exclusiva a sus accionistas, sino a un estado o nación, ya que ellas, influyen notablemente en la economía de un país.

Las empresas o sociedades mercantiles generan fuentes directas e indirectas de trabajo, a través de la propia inversión privada o de inversiones gubernamentales, por medio de préstamos otorgados a estas sociedades mercantiles. De aquí, que la inversión privada es importante para el desarrollo económico de un país, la captación de capital privado por parte de un estado o nación, es un pilar fundamental para el desarrollo integral de la economía de un país.

Hemos visto con gran preocupación, en nuestra condición de abogados en ejercicio, como la utilización inadecuada del procedimiento de impugnación contemplado en el artículo 290 del C.Com., ha servido de medio para que personas ajenas o no al ente social o sociedad mercantil, penetren a ellas; en otros casos, tomen las riendas de éstas quitándoselas a sus verdaderos accionistas. De igual manera, como consecuencia del efecto agregado por legislador venezolano a la norma

inspiradora italiana (artículo 163 del Código de Comercio Italiano de 1882), que consiste en que una vez suspendida los efectos de la asamblea impugnada, se convoca a una segunda asamblea, quien es en definitiva, la que decide sobre ello, confirmando por lo general la misma irrita asamblea, convirtiéndose en campo fecundo para el abuso de las mayoría accionaria en perjuicio de las minorías, dándole una apariencia legal a este tipo de abusos. Trayendo, en la mayoría de los casos, un caos social, que produce paralizaciones en el giro económico de estas empresas, siendo por ello, un obstáculo para que estas sociedades cumplan con su giro económico, pudiendo traer como consecuencia, que las mismas sean liquidadas, por imposibilidad de cumplir su objeto social.

Por lo que es impermitible el control de la decisiones tomas por el Juez Mercantil en este procedimiento especial de impugnación, debido a que hay que garantizar la buena marcha de las compañías de comercio, con miras al principio de un buen gobierno, debido a su gran influencia en la economía de la nación, de aquí, que lo que le pase negativamente a éstas, marcará sin lugar equívocos, negativamente el desarrollo económico integral de un país, y esto es materia de orden público, traspasando el plano eminentemente privado, que en *prima facie* reviste el campo de la sociedades mercantiles.

2. De la acción de nulidad ordinaria para impugnar las decisiones de la asamblea de las sociedades mercantiles.

Sin lugar a dudas, el cambio de criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de enero de 1975, caso:

TEMPLEX C.A., constituyó un gran avance para el desarrollo de la ciencia jurídicas y, en especial, para el derecho de sociedades en nuestro país. Marcando un antes y un después, ya que se abandonó el criterio cerrado, no analítico, casi mecánico existente en la doctrina de nuestro Máximo Tribunal desde el 13 de octubre de 1925, y por ende, de los la mayoría de los tribunales de instancia en nuestro país. Permitiendo, por primera vez, una verdadera protección, pero tardía y por tanto no eficaz, tal como se explicará en el próximo Capítulo, de las minorías contra los abusos impuesto por la mayoría accionaria en las sociedades anónimas.

Es de aclarar, que esta decisión, pudo haber sido influida por el criterio de algunos tratadistas, que abogaban por la procedencia de la acción ordinaria de nulidad del mundo civil, y criticaban enérgicamente la doctrina sentada en nuestro Máximo Tribunal desde octubre de 1925, entre los cuales estaban: Goldschmidt, Carlos Alberto Delgado Ocando, Jorge Enrique Núñez y Carlos Acedo Mendoza, lo cual se desarrollará en este mismo Capítulo, en el punto 2.4.3.

2.1. Normas que la regulan.

Debemos recordar, que tanto la doctrina, como la jurisprudencia son contestes en afirmar que la acción de nulidad, es la del mundo civil o derecho común, por tanto, las normas aplicables son; el artículo 1.155 del CCV, ya que el objeto de la decisión de la asamblea debe ser lícito; el artículo 1.157 *eiusdem*, que establece que la causa es ilícita, cuando es contraria a la Ley, o a las buenas costumbres o al orden público. Por ello, si una decisión societaria es contraria a los estatutos, que en materia mercantil, y en especial en materia societaria, es fuente primaria de derecho, o a la

Ley, su causa es ilícita, al igual que su objeto, por tanto adolece de requisitos para su validez. También es aplicable los artículos 1.346 y siguientes del CCV, contentivos de las acciones de nulidad, por ello, la acción de nulidad contra una decisión de asamblea accionistas, solo podrá pedirse o intentarse dentro del lapso de caducidad de cinco años contados a partir de la celebración de la decisión tomada en la asamblea de accionistas viciada de nulidad, o a partir de de ratificación por la segunda asamblea, en caso de que se hubiese impugnado primariamente, por el procedimiento especialísimo contemplado en el artículo 290 del C. Com., y esto es así, ya que la decisión del Tribunal de Comercio no produce efecto de cosa juzgada.

Además es aplicable el artículo 1.109 del C.Com, y por ello, los artículos 338 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, habida consideración que esta acción debe tramitarse por el procedimiento ordinario.

2.2. Su procedimiento

Esta acción de nulidad, debe tramitarse por el procedimiento ordinario, todo conforme al artículo 1.109 del C.Com., en armonía con el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, al efecto las normas establecen:

“Artículo 1.109.- El Tribunal de 1ª Instancia sustanciará las causas y ejecutará las sentencias de conformidad con la reglas del Código de Procedimiento Civil”.

“Artículo 338.- Las controversias que se susciten entre las partes en reclamación de algún derecho, se ventilará por el procedimiento ordinario, si no tiene pautado un procedimiento especial”.

De la revisión que se hace de los procedimientos establecidos en el Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, contentivo de los denominados “procedimientos especiales”, tenemos que la acción de nulidad a que se contrae el artículo 1.346 del Código Civil, no tiene establecido un procedimiento especial, por ello, en aplicación del artículo 338 *eiusdem*, el cual constituye una norma rectora, debe tramitarse por el procedimiento ordinario. De allí, que se comienza con demanda escrita que debe cumplir con las exigencias del artículo 340; la contestación de la demanda deberá efectuarse dentro de los veinte días siguientes a la citación de la empresa, mediante su representación legal; está sujeto al lapso ordinario de pruebas y la sentencia deberá publicarse dentro del plazo establecido en el artículo 515. Su decisión tiene apelación y es recurrible en casación, si cumple con la cuantía exigida para ello.

2.3. Legitimados: Activo y pasivo

Legitimación Activa

Pudiera entenderse que el legitimado ad causa activo, pudiera ser cualquier persona que tenga interés procesal en solicitar la nulidad de la decisión societaria afectada de vicios, es decir, por ilicitud, por ser contraria a los estatutos o la ley, en fin por cualquier persona que tenga interés conforme al artículo 16 del CPC.

Al efecto Zerpa (1986,143- 144) sobre este punto opina:

“A diferencia del derecho de oposición, limitado a los socios, la acción de nulidad puede ser intentada por cualquier persona interesada. Esto quiere decir que puede accionar la nulidad de las decisiones de la asamblea: los socios, los acreedores de ésta y, de manera general, cualquier otro interesado en la acción. La única limitación es la genérica prevista en el artículo 14 del CPC;...”. (actual artículo 16 del Código de Procedimiento Civil)

Discrepo del respetable maestro, no puede ser ejercida por cualquier persona, como por ejemplo, por personas ajenas al ente social, como acreedores o trabajadores. Si bien los acreedores pueden ejercer acciones judiciales, como la solicitud de quiebra, esta norma no lo faculta para intentar la acción de nulidad de una decisión de asamblea de accionistas.

Para darle cabida a esta tesis, podría pensarse, si una decisión decide desconocer todas las obligaciones asumidas por la empresa, ¿ésta decisión societaria tendrá posibilidad jurídica para servir de excepción al pago?, lógicamente que no, la misma no está tutelada en nuestro ordenamiento para excepcionarse.

Por ello, insistimos que los legitimados son los socios, son ellos lo que con su voto positivo o negativo forman la voluntad del ente social. Con respecto a los administradores, hay que observarlo con detenimiento, ya que si partimos que la demanda debe dirigirse contra la sociedad, ¿quién la representa en juicio?, los administradores, entonces ellos, incoan la demanda de nulidad y ellos mismos deben defender la empresa contra la misma demanda incoada en su contra. Recordemos, que nuestra legislación a diferencia de la argentina, artículo 253 de la Ley 19.550,

prevé la posibilidad de nombramiento por parte de los socios que votaron a favor de asamblea, de un administrador ah hoc, es más si no puede formarse la mayoría exigida por esa ley, el Juez está facultado para nombrar como representante a tres accionistas (Citado por Zerpa, 1986, 144).

De allí, que insisto, en nuestra legislación esto sería imposible, ya que se crearía un caos procesal, por ejemplo, debe celebrarse una asamblea de accionistas, conforme a nuestra ley comercial, además del tiempo, ya que tiene que cumplirse con los quórum de formación y quórum de aprobación, esta asamblea al nombrar un nuevo administrador o representantes, deja sin lugar a equívocos, sin efecto a los otros administradores que incoaron la acción de nulidad, ya que pierden sobrevenidamente la cualidad de administradores de la empresa, y por tanto, sobrevenidamente experimenta una pérdida de interés. Por ello insistimos que los legitimados ad causa activa, son los socios, cualquier socio.

La única forma, en que pudiera tener posibilidad sin caer el campo de inseguridad jurídica, es que los estatutos sociales previeran la figura de una administración especial o ah hoc, sólo en casos de que se requiera representación de la empresa, contra acciones que ejerzan los administradores, ya que así, éstos administradores no perderían su condición de administradores, tesis ésta que debe ser objeto de maduración y estudio con distintas instituciones del derecho procesal, civil y mercantil.

2.4. Procedencia

2.4.1 Criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia

En doctrina imperante desde el 5 de diciembre de 1975, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Trejo Padilla, caso: TEMPLEX C.A., estableció:

“Quedan por analizar las denuncias de los artículo 290 del Código de Comercio; 234 del Código de Procedimiento Civil, en conexión con los artículos 1.019 y 1.110 del Código de Comercio; y 233 del mismo Código de Procedimiento Civil y 4 del Código Civil. La suerte de estas denuncias está supeditada a la interpretación que se sostenga del artículo 290 del Código de Comercio, materia en la cual discrepan los criterios de sentenciadores y de la recurrida, pues mientras en ésta los sentenciadores sostienen que la vía de la oposición, prevista en el mencionado artículo 290, es la única que tienen los accionistas para reclamar contra decisiones viciadas de las asambleas en las compañías anónimas, el recurrente sostiene que existe además la acción ordinaria de anulación.-

El artículo 290 del Código de Comercio es del tenor siguiente:

“A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque a una nueva asamblea para decidir sobre el asunto”.-

“Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y con la manera establecida en los artículo 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone”.-

La primera observación que surge del análisis del texto transcrito es que el procedimiento previsto no constituye en realidad un juicio, en el cual el órgano jurisdiccional, como es característico si lo fuera, tuviera autoridad para resolver mediante sentencia el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que se trata de un simple recurso de oposición concedido al socio, para que pueda obtener la suspensión de la decisión de la asamblea que considere manifiestamente ilegal o contraria a los estatutos.-

Prevé el precepto en estudio que ordenada la suspensión de la decisión impugnada, el tribunal deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, de mejor calificación por su quórum y por su voto, a fin de que decida sobre el asunto planteado, bien en el sentido de dejar sin efecto la resolución viciada, o bien en el sentido de confirmarla, caso éste último en el

cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podría ser alegado posteriormente por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social.-

Lo expuesto revela, en criterio de este Corte, que el indicado procedimiento de oposición no tiene en rigor un carácter contencioso, sino meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa como lo señalan algunos expositores, y por tal razón no puede hablarse en estos casos de que haya cosa juzgada sobre la validez de la actuación cuestionada, ya que el juez no dicta decisión alguna en ese sentido, pues se limita a suspender la ejecución y ordenar que convoque una segunda asamblea, cuya resolución tampoco tiene la autoridad de cosa juzgada por no emanar obviamente de un órgano judicial.-

Por otra parte es de observar que la facultad de confirmar el acto impugnado, que el mencionado artículo confiere a la segunda asamblea, no puede referirse sino a decisiones viciadas de nulidad relativa que afectan únicamente el interés privado de los socios, ya que esta clase de vicios es la que puede ser subsanada mediante los efectos de la confirmación.-

Pero cuando se trate de decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, su

confirmación sería completamente ineficaz, en razón de que en estos casos la ley no persigue la protección de intereses simplemente privados, sino que tienen a preservar la observancia de normas imperativas o prohibitivas cuyo fin es amparar el interés de toda la colectividad. Por ello, las decisiones afectadas de nulidad absoluta no pueden ser subsanadas por confirmación, de acuerdo con los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el interés privado nunca podría sobreponerse al interés supremo del Estado o de la sociedad. De nulidad absoluta, es la materia que nos ocupa, puede hablarse, por ejemplo: cuando la decisión de la asamblea infringe una norma de orden público; cuando atenta contra las buenas costumbres; y cuando la decisión ha sido adoptada sin cumplir con los requisitos formales que sean esenciales para su validez.-

Juzga, por consiguiente, esta Sala que cuando se trate de decisiones de asamblea viciadas de nulidad absoluta, el interesado, además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del Código de Comercio, puede intentar también la acción ordinaria de nulidad para que se declare en juicio contencioso la validez del acto. También podría ser ejercida por el socio esa misma acción, cuando se trate de nulidad relativa de una decisión cuya suspensión no se hubiera ordenado y tampoco hubiera sido confirmada por la segunda asamblea en referencia, dentro del procedimiento sumario previsto en el artículo 290 del Código de Comercio.

En el caso concreto, los jueces que dictaron las recurrida, sin haber establecido previamente en su fallo que, a su juicio, lo pretendido por el actor es la nulidad de las decisiones de asambleas afectadas de nulidad relativa y oportunamente confirmadas por la voluntad de la sociedad, supuesto único en

el cual, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte, es cuando el socio carece de la acción ordinaria de nulidad, llegaron a la conclusión de que el demandante sólo podía hacer uso de la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio y le estaba vedado, por lo consiguiente, el ejercicio de la acción ordinaria.

Con este modo de decidir, la recurrida hizo una errónea interpretación del texto legal en referencia, al atribuirle un alcance general que no tiene, e incurrió, consiguientemente, en falsa aplicación del mismo, porque, como antes se expuso, no era procedente negar la acción ordinaria sino en el supuesto -no establecido en la sentencia- de que se trataba de actuaciones de una asamblea viciada de nulidad relativa que hubiera sido confirmada por la sociedad.-

Con este pronunciamiento, la Corte no prejuzga sobre alcance y naturaleza de los vicios que pudieran afectar las decisiones impugnadas por el actor en la situación de especie, pues ello es una cuestión de hecho que no es permitido establecer bajo el alcance de las denuncias formuladas, sino que se ha limitado a censurar la errónea interpretación y la falsa aplicación del mencionado artículo legal.-

En consecuencia, fue infringido en la recurrida, por errada interpretación y falsa aplicación, el artículo 290 del Código de Comercio, y por vía de efecto, los artículos 234 del Código de Procedimiento Civil, 4 del Código Civil y 1.105 y 1.110 del citado Código mercantil (cit).-

También considera esta Corte que fue infringido por la recurrida, por mala aplicación el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, porque aún en el supuesto de que el demandante hubiera equivocado la pretensión que ha debido deducir, lo procedente, como lo ha establecido la Sala en anterior sentencia, no era la reposición de la causa para obligarlo a seguir la vía que la recurrida consideraba correcta, sino la desestimación de la pretensión en su oportunidad por no estar autorizada por la ley.-

Con la jurisprudencia que ahora se consagra, se abandona la sentada por casación en sentencia de fecha 13 de octubre de 1.925, en la cual se adoptó el criterio de que el socio, en todo caso, sólo disponía del derecho a hacer oposición contra las decisiones viciadas de las asambleas, según lo previsto en el artículo 290 del Código de Comercio. Ha considerado esta Corte que la interpretación que se ha hecho en el presente fallo, concilia el valor que otorga la ley a la autonomía de la voluntad privada, con el respeto que en todo ordenamiento jurídico debe imperar por los principios inmanentes que lo informan y sustenta.-

Podría decirse que la doctrina sustentada en este fallo acerca de la correcta interpretación del artículo 290 del Código de Comercio habrá de crear trastornos en la vida de las compañías anónimas porque pueden hacer proliferar las acciones de nulidad contra las decisiones de las asambleas de esas sociedades mercantiles. Tal apreciación es, sin duda, exageradas; y puede aplicarse a todo género de controversia entre partes. La Sala, por el contrario, estima que esta nueva jurisprudencia a de contribuir a hacer respetar la

situación del accionista minoritario y evitar decisiones de asambleas viciadas de nulidad absoluta, que la mayoría se cuidaría de hacerlo por temor al juicio ordinario. En la actualidad, dentro de la errada interpretación del artículo 290 del Código de Comercio, el abuso cometido en la primera asamblea quedaría intangible por la ratificación por la nueva asamblea, convocada en virtud de dicho artículo y en la cual quedaría aprobada la decisión, no obstante estar viciada de nulidad absoluta, lo que es manifiestamente contrario a los principios que rigen la nulidad de actos jurídicos, como se dijo anteriormente solo le quedaría al accionista el raquítico recurso de retirarse de la Compañía en los casos previstos en el artículo 282 del Código de Comercio...". (Fuente original 1975, Biblioteca Dr. Carlos Trejo Padilla Corte Suprema de Justicia, 17-24)

2.4.2 Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

Criterio de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de mayo de 1981, con ponencia del Magistrado, Dr. René De Sola, caso: FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES PERIJA C.A. (FRICAPECA), estableció:

"En escrito presentado el 5 de mayo corriente, el ciudadano NUMA PEÑA VARGAS, actuando con el carácter de Administrador de la compañía anónima FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES DE PERIJA C.A. (FRICAPECA) y asistido por los abogados doctores PETIT DA COSTA e IVAN ORDOÑEZ MARÍN, manifestó demandar "la nulidad por ilegalidad de la Resolución Administrativa dictada el 27 de noviembre de 1980, por el Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, con ocasión del mencionado procedimiento de naturaleza administrativa mediante el cual tramitó y decidió oposición de los ciudadanos Héctor Trujillo Romero y Numa Romero de la Vega a las decisiones tomadas por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad mercantil FRIGORIFICO INDUSTRIAL DE CARNES DE PERIJA C.A. (FRICAPECA), celebrada el día 8 de octubre de 1980.

La decisión a que se refiere el actor fue dictada por el Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia en aplicación del artículo 290 del Código de Comercio, y acerca

de la misma sostiene el actor que se trata de un acto de naturaleza administrativa, y, como tal, "sujeto a los efectos y consecuencia de un acto jurisdiccional propiamente dicho, sino de naturaleza administrativa", contra el cual procede el recurso de anulación por ilegalidad por ante este Supremo Tribunal de la República. En apoyo de su alegato invoca jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de esta misma Corte Suprema de Justicia y el argumento doctrinario de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda dictar una decisión de contenido administrativo.

Dada la importancia de los referidos planteamientos, esta Sala asume directamente la decisión acerca de la admisibilidad de la demanda intentada, previa consideraciones siguientes:

No puede negar esta Sala la tesis por ella misma sostenida en diverso fallos de que no son los órganos de la administración pública los únicos que pueden dictar un acto administrativo. También un órgano jurisdiccional es capaz de producir un acto administrativo, por ejemplo, entre otros casos, cuando nombra o remueve sus funcionarios administrativos.

El problema en consecuencia, radica en establecer cuál es la verdadera naturaleza de la decisión dictada por un tribunal en ejercicio de la facultad que le acuerda el artículo 290 del Código de Comercio.

Para la debida interpretación de la mencionada norma legal, es conveniente recordar que el Código de Comercio venezolano consagra la más absoluta libertad en cuanto a la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima. La inmensa mayoría de las disposiciones de dicho texto legal son simplemente supletorias de la voluntad de las partes, quienes en el acta constitutiva y en los estatutos pueden establecer el régimen más conveniente para sus intereses. Así lo anuncia ya la norma general sobre sociedades mercantiles contenida en el último aparte del artículo 200, en la que se establece que dichas entidades se rigen en primer lugar por los convenios de las partes, luego por las disposiciones del propio Código de Comercio y por último por las del Código Civil. Esta tendencia está ampliamente confirmada en muchas disposiciones específicas sobre sociedades anónimas, en las cuales al mismo tiempo que se establece una regla, se le asigna vigencia sólo si o cuando los estatutos no dispongan otra cosa. (V.gr: artículos 273 y 260 ejusdem)

Conforme a este criterio de que es a los socios a los que le corresponde primordialmente determinar lo que más convenga a sus intereses, se elaboró la norma contenida en el artículo 290, que tiene sus características propias y distintas a los textos que le sirvieron de inspiración.

Cabe señalar tres elementos fundamentales que caracterizan la norma venezolana: el primero calcado de la legislación italiana, circunscribe el procedimiento de oposición a las decisiones manifiestamente contraria a los estatutos o la Ley; el segundo; establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción quince días a contar de la fecha de la decisión tomada en la asamblea, y el tercero, le otorga fuerza obligatoria a la decisión impugnada si fuese confirmada por otra asamblea con la mayoría y de la manera

establecida en los artículos 280 y 281 ejusdem. Cada uno de estos elementos merece consideración especial.

Como se trata de un procedimiento sumarísimo en que la oposición de intereses se configura sobre la base del escrito de oposición, por una parte, y por la otra, por la manifestación de los administradores de la sociedad, quiso el legislador que la materia pudiera resolver sin necesidad de recurrir a elementos probatorios adicionales. El adverbio manifestamente señala que los vicios imputados deben aparecer de una manera clara y evidente de la propia decisión, tal como de ella se da cuenta en el acta respectiva de asamblea.

Como incertidumbre acerca de la firmeza de una decisión tomada por una asamblea puede crear graves perjuicios económicos a la sociedad y aun los intereses de los socios opositores, se estableció un brevísimo plazo de caducidad. En esta forma, no habiéndose hecho oportunamente oposición a las decisiones a que se contrae la referida norma, aquellas, quedarían firmes y no podrán ser objeto de ulterior impugnación por parte de ninguno de los socios.

El último elemento referente a la fuerza obligatoria que le imprime a la decisión su confirmación por otra asamblea, es precisamente el que viene a delimitar la naturaleza de los vicios a que se contrae este peculiar procedimiento de impugnación. Para su debida interpretación hay que tomar en cuenta el sistema de amplia libertad que a la autonomía de la voluntad otorga el régimen de las sociedades consagrado en nuestro Código de Comercio; al mismo tiempo, la norma general contenida en el artículo 8° de nuestro Código Civil, según la cual no puede renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Sería absurdo pensar que el legislador hubiera ignorado esta norma fundamental, de carácter imperativo, y permitido a los socios de una compañía anónima convalidar una decisión afectada de nulidad absoluta por ser violatoria de normas imperativas sustanciadoras del orden público o las buenas costumbres.

Son, por tanto, decisiones exclusivamente contrarias a los estatutos a normas legales de carácter supletorio las que pueden ser objeto de convalidación por parte de una asamblea. Al establecerlo así, el legislador fue consecuente con el sistema de amplia cabida a la autonomía de la voluntad que estableció respecto a las sociedades anónimas. Pensó acertadamente que tratándose de normas legales simplemente supletorias, no habría razón para contrariar la decisión de una asamblea que por mayoría haya decidido suspender sus efectos en vista del interés del ente social. Por ello exigió, la misma mayoría e igual composición de la asamblea que los artículos 280 y 281 requieren para la reforma de los estatutos. En definitiva, solo consagró una forma peculiar de reformar los estatutos de una sociedad en todo aquello que no contravenga el orden público o las buenas costumbres.

Por lo que respecta a las decisiones viciadas de nulidad absoluta, aunque fueran confirmadas en la forma indicada en el último aparte del referido artículo 290, ninguna fuerza obligatoria tendrían para los socios, impugnantes,

a quienes le quedaría siempre abierto el camino de la acción ordinaria de nulidad consagrada en el derecho común.

De la disposición anterior aparece que el artículo 290 del Código de Comercio consagra una acción judicial que se resuelve en un procedimiento sumario y en que la decisión del Juez resuelve un conflicto de intereses privados, o sea el que pone la mayoría de los socios a la minoría, impugnante de la decisión adoptada en la asamblea. Dentro de los límites de su campo de aplicación, se trata de una decisión judicial definitiva que cumple su objeto de declarar la existencia de los vicios denunciados y ordenar la convocatoria de una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

Igualmente resuelve un conflicto de intereses siempre dentro del marco de la nulidad relativa cuando desecha la oposición por considerar que no existen los vicios, denunciados, decisión ésta última que puede ser objeto de recurso de apelación ante el órgano judicial superior.

La naturaleza sumaria del procedimiento según el cual la acción término éste expresamente utilizado por el legislador en el segundo aparte del artículo 290 no lo priva de su carácter jurisdiccional, destinado como está a resolver un conflicto de intereses privados. Por tanto, el fallo del órgano judicial que decide la oposición, es de naturaleza absolutamente jurisdiccional, y contra el mismo resulta improcedente el recurso de nulidad que para los actos administrativos pudiera iniciarse por ante la jurisdicción contencioso administrativa".(Repertorio Forense, 1981-59, 396-399)

Ya no entrando a discutir sobre el punto discrepante que tienen sobre la naturaleza de la acción de impugnación a que se refiere el artículo 290 del C.Com., lo cual se hizo en este trabajo, estas dos doctrinas son contestes en establecer la procedencia de la acción ordinaria de nulidad del derecho común o derecho civil, para controlar las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas de las compañías anónimas; pero además, coinciden en que solo procede esta acción ordinaria de nulidad, cuando la decisión societaria está infeccionada de vicios de nulidad absoluta, y normas de orden público.

2.4.3 Criterio de la doctrina

Para Goldschmit (2001. 153-154) "deben distinguirse las decisiones absolutamente nulas y las demás decisiones contrarias a la ley o los estatutos. Contra las decisiones absolutamente nulas procede una acción declarativa de nulidad que podrá intentar todo interesado".

En este mismo orden de ideas, Morles (1998, 1219) comenta: "el accionista puede intentar, en caso de nulidad absoluta, en materia de sociedades, "la infracción de normas imperativas, más que infracción de normas de orden público".

Hung (1993, 167) comenta: "En los casos de nulidad absoluta, el interesado, además de oposición a que se refiere el artículo 290 del C. Com, puede intentar la acción ordinaria de nulidad para que se declare en juicio contencioso la invalidez del acto".

Núñez (1976) citado por Morles (1998, 1220) prefiere ver en la declaratoria de nulidad absoluta, en materia de sociedades, "la infracción de normas imperativas, más que infracciones de normas de orden público".

Como podemos apreciar la mayoría de la doctrina venezolana, apoya la tesis de la procedencia de la acción ordinaria de nulidad, pero siempre y cuando se trate de vicios de nulidad absoluta. Aún cuando hay autores, que opinan que debe proceder también en caso de vicios de nulidad relativa. Al respecto Acedo (1985, 353) comenta: "la Corte no tenía por qué entrar a distinguir entre nulidades absolutas o

relativas; en todos los casos debe quedar abierta la acción de nulidad de las decisiones de las asambleas viciadas”.

Para Pierre (1991, 421):

“aceptar la tesis de improcedencia de la acción ordinaria de nulidad por abuso de derecho, permitiría a la mayoría imponer a la minoría decisiones no sólo manifiestamente contrarias a los estatutos sociales o a la ley, sino incluso contraria al mismo fin perseguido por el interés social y consagraría el absurdo de concederle el carácter de definitivamente firme a una decisión que destruye la esencia misma del contrato de sociedad”.

La procedencia de esta acción no debe estar circunscrita solo a vicios de nulidad absoluta, sino por abuso de derecho, y otras formas de nulidad relativa, como lo comenta Acedo Mendoza, antes citado, y tiene su fundamento en la misma doctrina de la Sala de Casación Civil del 21 de enero de 1975, cuando estableció:

“... También podría ser ejercida por el socio esa misma acción, cuando se trate de nulidad relativa de una decisión cuya suspensión no se hubiera ordenado y tampoco hubiera sido confirmada por la segunda asamblea en referencia, dentro del procedimiento sumario previsto en el artículo 290 del Código de Comercio”.

Qué sentido tienen que se acuda o no a este procedimiento, para que sea procedente por causas de nulidad relativa. Se comparte por tal procedencia de la acción ordinaria sea cual sea el tipo de vicio, ya que los mismos siempre o son contrarios a los estatutos o a la ley, es decir, está infeccionado de ilicitud a tenor segundo aparte del artículo 1.157 del Código Civil. Pero en conclusión, su procedencia ahora, según la doctrina de la Sala de Casación Civil de nuestro Máximo Tribunal, es por causas de nulidad absoluta.

CAPÍTULO IV
LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PARA CONTROLAR LAS
DECISIONES TOMADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN
DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El mundo del comercio, y en especial, el mundo de las sociedades, es dinámico, el cumplimiento de su giro económico se movía rápidamente ya en tiempos del siglo pasado. Por ello, ya el legislador mercantil en el mundo tenía la tendencia a establecer procedimientos judiciales que su desenvolverse era más rápido que el derecho común u ordinario civil, en nuestra legislación que data del siglo pasado, concretamente de 1958, se encuentran normas que así lo demuestran, por ejemplo, el encabezamiento del artículo 1.099 del C.Com., establece que la citación del demandado podrá acordarse de un día para otro y aun de una hora para otra; de igual forma, este matiz de celeridad, está establecido en el segundo aparte de este artículo para dictar medidas cautelares. También se denota en los lapsos que concede para la apelación de las sentencias en materia mercantil, siendo de dos para las interlocutorias y no de tres como ocurre en materia civil. Ahora, más aún, se podría decir que el giro económico de las empresas mercantiles, se mueve y se cumple a velocidades sorprendentes. Estamos en el mundo electrónico, donde las mayorías de transacciones mercantiles se hacen por vía electrónica.

Por ello es, que a nuestra manera de ver, no hubo la proliferación de demandas de nulidad ordinaria en materia societaria, es decir, de nulidad decisiones de asambleas de accionistas por vía ordinaria, unas veces, por desconocimiento tanto

de profesionales del derecho del criterio vigente desde 1975, y otras, por el desconocimiento en que incurren muchos jueces sobre este avance jurisprudencial. Pero sin lugar a equívocos, se refiere a la forma tardía, no eficaz y no idónea del largo procedimiento ordinario, que puede durar hasta más de diez años. Lo que trae como consecuencia, que el justiciable –accionista-, se vea asfixiado económicamente, y en otras puede traer paralizaciones del giro económico de estas empresas, trayendo como consecuencia, en algunos casos, que éstas empresas sean ejecutadas judicialmente por sus acreedores, experimentando una pérdida del valor de sus acciones, o pudiendo caer también en plano de la liquidación, por imposibilidad de cumplir con su giro económico, aspecto este negativo para la economía del país.

Ya comentamos que las sociedades o compañías mercantiles, son como bien lo ha dicho la doctrina y nuestra jurisprudencia, de eminente carácter privado, y por ello, se dicen que las decisiones que tomen sus órganos representativos, es especial, su órgano máximo, como lo es la asamblea de accionistas, son decisiones que revisten carácter privado, pero no es menos cierto, que estas instituciones mercantiles, tienen, como su nombre lo indica, un fin económico, que no solo envuelve en forma exclusiva a sus accionistas, sino a un estado o nación, ya que ellas, influyen notablemente en la economía de un país.

De allí, la importancia de un modo de control que se adapte a la celeridad que requiere esta materia, y que de una manera idónea y eficaz, repare la situación jurídica conculcada, restableciendo los derechos de los accionistas, en la mayoría minoritarios, quienes con estas decisiones se le vulneran derechos de rango constitucional.

Estudiadas como han sido la acción de impugnación contemplada en el artículo 290 del C.Com., y la acción de nulidad ordinaria del mundo civil, tenemos que la decisión que dicta el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación del artículo 290 del C.Com., es de carácter judicial su naturaleza, pero la misma, por el carácter no contencioso, no puede ser recurrible en casación, tal como de manera acorde lo ha establecido tanto la doctrina, como la jurisprudencia. Por ello, no teniendo recurso de casación, es plenamente procedente la acción de amparo constitucional contra la decisión del Juez Mercantil tomada en el procedimiento establecido en el artículo 290 del C.Com.

1. Requisitos para la procedencia de amparo contra las decisiones tomadas el procedimiento de impugnación del artículo 290 del Código de Comercio

Por cuanto se trata de amparo contra actuación judicial o sentencia, debe llenar los requisitos exigidos actualmente por la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por ello:

- a) Que la actuación judicial se realizase fuera de su competencia, entendida ésta desde el punto de vista de la función pública o constitucional. Por ello se actué fuera de su competencia, con abuso de poder o extralimitación de sus funciones; y,
- b) Que con la actuación judicial se conculquen derechos constitucionales.

Tal como se puede observar de sentencia del 06 de febrero de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. José Delgado Ocando, al respecto estableció:

“... El artículo 4 de la Ley Orgánica *in commento*, preceptúa que “[...] *procede la acción de Amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional*”. La doctrina del Tribunal en la materia viene planteando que la palabra “**competencia**” - como un requisito indicado en el transcrito artículo 4 - no tiene el sentido procesal estricto, por cuanto no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o usurpación o extralimitación de funciones, y en consecuencia, opera cuando esa actuación lesione o vulnere derechos o garantías constitucionales.

En efecto, el juez, aun actuando dentro de su competencia, “[...] entendida ésta en el sentido procesal estricto, puede hacer uso indebido de las facultades que le están atribuidas para fines totalmente distintos al que se le confirió o actuar haciendo uso indebido de ese poder, independientemente del fin logrado, al dictar una resolución o sentencia que lesione un derecho constitucional” (Vid. sentencia N° 370 de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de diciembre de 1989, caso *El Crack C.A.*). ...”. (www.tsj.gob.ve)

Estos requisitos son concurrentes, deben estar presentes para la procedencia de este tipo de acción de amparo.

2. Supuesto en el que procede

Debido al carácter casuístico no puede delimitarse esta acción al establecimiento de una especie de lista o tés de supuestos fácticos en lo que procedería de manera taxativa, por ello, este tipo de acción constitucional será procedente en todos aquellos casos en los que el Juez Mercantil dentro del procedimiento de impugnación

consagrado en el artículo 290, con su decisión o actuación judicial viole o amenace violar derechos constitucionales a los accionistas de las sociedades anónimas.

Es importante tener en cuenta, que bajo la nueva corriente del pensamiento constitucional y societario, las normas del derecho de sociedades que involucran a los socios minoritarios, su interpretación, debe hacerse de una manera que represente protección de los derechos de las minorías societarias o socios minoritarios, punto éste de vital importancia para la mejor comprensión del tema aquí desarrollado, y por supuesto, abre o vislumbra un mejor panorama para la procedencia de esta acción de amparo constitucional, por ello, citaremos parcialmente la sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 20 de julio de 2006, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrerías, caso Bloque de Armas C.A.

www.bdigital.ula.ve

“... ”

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

I

Con miras a brindar una solución al caso **sub examine**, es preciso determinar –de modo previo a cualquier otro punto- la naturaleza de la pretensión contenida en el libelo. Con este fin, la Sala observa que la demandante de autos –en su condición de accionista de una sociedad mercantil que encabeza un grupo económico- denunció infringido el artículo 28 constitucional por parte de éste y de las empresas vinculadas a él, al impedirle acceso suficiente a la información contable de dicha organización.

La invocada disposición constitucional, sobre la cual pretende fundarse la pretensión deducida en esta causa, dispone:

«Artículo 28. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para

comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

La norma recién transcrita, fue objeto de un exhaustivo análisis por parte de la Sala, contenido en el fallo n° 332/2001 (caso: *Insaca, C.A.*), en cuyo texto se indicó:

«[E]l artículo 28 de la vigente Constitución, crea varios derechos a favor de las personas, no siendo los efectos de todos restablecer situaciones jurídicas lesionadas, sino mas bien condenar o crear una situación jurídica como resultado de su ejercicio, por lo que quien los ejerce judicialmente (accionante), en principio no estaría incoando amparos constitucionales. De allí, que con relación a dicha norma se hace necesario individualizar los derechos en ella contemplados, y determinar cuando en base a ellos, se puede originar un amparo y cuándo no.

[...]

El artículo 28 de la vigente Constitución otorga en principio a las personas un doble derecho: 1) El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma; 2) Al acceso, por parte de aquél cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada. Ambos derechos los pueden ejercer tanto las personas naturales como las jurídicas, sean éstas últimas, antes de derecho público o privado.

El segundo de los derechos enunciados, está vinculado no sólo al artículo 60 de la actual Constitución [derecho al honor y a la reputación], sino también a otros de la misma Carta, y es el que nuestra Carta Fundamental otorga a las personas para acceder a la información que sobre su persona o bienes registre otra, por lo que se trata de informaciones o datos nominativos, referidos a personas identificadas o identificables. Este derecho, a pesar de su vinculación con el artículo 60 citado, es más amplio, ya que al no distinguir el artículo 28 –que lo concede- entre personas naturales y jurídicas, lo tiene toda persona domiciliada en el país.

No se trata de un derecho absoluto, ya que la ley puede restringirlo ('con las excepciones que establezca la ley'), tal como lo previene el artículo 28 de la Constitución de 1999, y es un derecho conformado -a su vez- por otros derechos. A este conjunto de derechos la doctrina los llama impropriamente el habeas data (tráigase el dato), se ejerza uno o varios de dichos derechos, siendo que con algunos de ellos no hay 'entrega de dato' alguno, por lo que resulta inapropiado denominarlos a todos habeas data, ya que de ello no se trata únicamente. Sin embargo, a pesar de lo impropio de la denominación, en este fallo con el nombre de habeas data se reconocen los derechos del artículo 28 constitucional.

Del citado artículo 28, se evidencia que las personas tienen claramente dos derechos estrechamente unidos:

1) De acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes, consten en registros oficiales o privados (informáticos o no), a menos que la ley les niegue el acceso, lo que puede resultar de prohibiciones expresas derivadas de la protección de determinados secretos de la vida privada, de la seguridad del país, de derechos de autor, etc.

2) A conocer la finalidad y uso que da el compilador a esos datos e informaciones.

Pero ambos derechos serían nugatorios, si la persona carece de un derecho previo a conocer sobre la existencia de tales registros, sobre quienes los llevan y en general sobre quienes lo guardan, derecho que está vedado cuando la ley prevé ordenadores de información secretos, como los de los periodistas, reconocido por el artículo 28 citado, en cuanto a sus fuentes de información, o los de otros profesionales o actividades que determine la ley.

Este último derecho (conocer), se encuentra involucrado en los demás señalados expresamente en el aludido artículo 28, ya que de no existir, esos otros derechos resultarían restringidos. Toda persona tiene derecho a conocer si otra lleva registros en soportes físicos (no mentales) que se refieren a su persona, y a tal fin puede solicitar de alguien extrajudicialmente, por vía no contenciosa, que le informe si lleva sistemas de registro de información y si en ellos están recopilados datos del peticionante, teniendo por lo tanto derecho a la respuesta (positiva o negativa), por parte del requerido, por lo que también surge un derecho de respuesta. Se trata de averiguar quién lleva los registros, los cuales a veces pueden estar utilizados por personas distintas de quien los confeccionó, pero que los adquirió legítima o ilegítimamente. De no existir tal derecho, quienes se entrometan en los sistemas de otro -por ejemplo- adquiriendo de éstos lo guardado, quedarían fuera de la cobertura de la norma, ya que la recopilación siempre permanecería oculta.

[...]

El derecho a conocer si alguien lleva registros sobre los demás, y que es previo al derecho de acceso a dichas recopilaciones, para enterarse de qué existe en ellas relativo al interesado o a sus bienes, no aparece expresamente señalado en el artículo 28, pero -como ya se dijo en este fallo- él puede ejercerse previamente al de acceso, como fórmula necesaria para ejercer éste, a menos que con certeza el interesado conozca y pueda hacer constar la existencia de tales registros llevados por alguna persona, caso en que podrá acudir directamente al de acceso, utilizando la vía judicial, tal como lo reconoce la Exposición de Motivos de la vigente Constitución.

[...]

El derecho de acceso, diverso al ya mencionado de conocer, funcionará, cuando quien lo ejerce constata la existencia del registro y de qué persona lo confecciona, lo tiene bajo su guarda, o lo utiliza. Esta existencia viene dada

por una situación fáctica que debe ser probada, y que conlleva una vez ejercido el derecho judicialmente, que se expida una orden judicial de respuesta a la petición de acceso (con lo que el derecho a la respuesta obra tanto judicial como extrajudicialmente); y de exhibición de los archivos computarizados o recopilaciones similares, en caso de que el recopilador se negare ilegítimamente a responder o a cumplir, o lo hiciera en forma tal que dejara sin aplicación efectiva el derecho al acceso.

Como resultado del derecho de acceso, el titular del mismo tiene derecho a recibir respuesta del compilador, de lo que sobre él se guarda, o de constatarlo, si coactivamente se exhibe al registro; y de conocer el uso y finalidad que está haciendo quien registra, guarda o utiliza la información en cualquier sentido. Si se acude a la vía judicial, se está ante una demanda contradictoria, que tiene que ventilarse por un proceso que permita al requerido contestarla, ya que éste puede tener derechos que impiden el acceso, como lo sería el que no se trata de un registro sujeto al “habeas data”, o a oponerse a la forma como se solicita, que podría atacar contra sus derechos de propiedad sobre la información o datos (que son palabras sinónimas) almacenada, o sobre otros derechos de igual rango que el habeas data.

[...]

Este grupo de derechos, que emanan del artículo 28 constitucional, pueden ejercerse por la vía judicial, pero ellos no responden en principio a amparos constitucionales. El primero de ellos (derecho a conocer) es de naturaleza netamente inquisitiva, ajeno a la estructura que para el proceso de amparo señala el artículo 18 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. El amparo no es un proceso de pesquisa, y ello se deduce de las exigencias que debe cumplir el escrito de amparo, contenidas en el citado artículo 18, que exige se afirmen unos hechos como ciertos. Los derechos del artículo 28 constitucional, se ejercen mediante acciones autónomas, y ellos no se ejecutan como una modalidad del amparo, como lo sostienen Víctor Pedro Sagües (Acción de Amparo. Astrea), o Augusto Morello (Constitución y Proceso. Abeledo Perrot Buenos Aires) para el derecho argentino, así como lo hacen otros autores (Habeas Data, por Alicia Pierini, Valentin Lorences y María Inés Tornabene. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999). Sin embargo, como luego lo señala este fallo, hay oportunidades en que pueden ejercerse mediante el amparo.

[...]

Muchas acciones cuyo objeto es la declaratoria de derechos constitucionales, no pueden tramitarse bajo los principios del proceso civil, entre otras razones, porque la cosa juzgada que en ellos se produce es diferente a la que origina la sentencia civil, y porque en muchas oportunidades los fallos de la

jurisdicción constitucional para ser eficaces no pueden quedar sujetos a los formalismos o a la estructura de la sentencia que se dicta en el proceso civil.

La protección de un derecho constitucional requiere de soluciones inmediatas y a veces amplias. Ello se hace patente en el proceso de amparo constitucional, cuyo fin es que la situación jurídica infringida por la violación constitucional se evite o se restablezca de inmediato. De allí que no es extraño un fallo de amparo con un dispositivo alternativo o condicional, destinado a que se restablezca la situación infringida o en su defecto la que más se asemeje a ella, tal como ocurrió en sentencia del 15 de febrero de 2001 (caso: María Zamora Ron).

El artículo 28 bajo comentario, otorga en sentido amplio el derecho a acceder a la información y al conocimiento del fin, pero se trata de derechos que han de ser ejercidos previamente (incluso extrajudicialmente y tal vez hasta por vía administrativa en algunos casos) ante el recopilador real o supuesto, por lo que la lesión al titular de los derechos nace de ese ejercicio extrajudicial fallido. Si se le niega extrajudicialmente el ejercicio, porque no se le da acceso a la información, se le da errónea, o no se explica legalmente para qué se registra, se le infringe su situación jurídica que nace directamente de la Constitución.

Ante tal negativa, la víctima puede optar entre un juicio ordinario, para hacer valer su derecho negado, acumulando pretensiones; o un amparo a los mismos fines si se dan los supuestos para ello, para que se le restablezca la situación de acceder o conocer realmente, ante la necesidad de precaver la situación jurídica de una lesión irreparable.

[...]

Para que el amparo proceda, es necesario que exista en el accionante una situación jurídica infringida por la violación de un derecho constitucional, que debe y puede ser restablecida inmediatamente. Dicha situación jurídica y el derecho que la genera, no se discuten dentro del proceso de amparo, cuyo meollo es la violación del derecho constitucional, pero la situación jurídica debe partir de un derecho claramente reconocible dentro de la esfera del accionante. Quien intenta un amparo con base al artículo 28 constitucional, debe fundar la demanda en la existencia cierta de un sistema de información que lleva una persona, dentro del cual existen datos e informaciones referentes al accionante (datos e informaciones en plural, es decir, varios que permitan delinear en alguna materia un perfil de la persona, o de sus bienes). La discusión sobre la existencia de los registros (privados u oficiales) y su contenido con respecto al accionante, no puede ser motivo del amparo, ya que éste no persigue objetivos investigativos, de pesquisa, sino restablecedor en base a la afirmación cierta de una situación jurídica y la transgresión denunciada de un derecho constitucional que lesiona tal situación. Luego, una acción de naturaleza pesquisatoria, que tal vez pudiere ser creada en una ley

que expanda el artículo 28 de la vigente Constitución, escapa del ámbito del amparo, y éste no es procedente cuando de ella se trate. Podría el legislador instaurar un proceso pesquisatorio, pero él sería distinto al del actual amparo.

Diferente es la situación, cuando de manera cierta, por lo regular por mandato legal, existe el registro, y los datos o informaciones personales deben constar en él, y se niegan al interesado (hecho negativo del cual está eximido de prueba el accionante). Tal es el caso del Registro Electoral, por ejemplo, como lo reconoció esta Sala en los casos: "Veedores de la UCAB" y William Orlando Ojeda Osorio (fallos del 23 y 31 de agosto de 2000, respectivamente). Lo hasta ahora expuesto, denota que no siempre el habeas data puede subsumirse dentro de un amparo constitucional, pero la vía del amparo no está cerrada para los distintos derechos que nacen del artículo 28 de la vigente Constitución, por lo que pasa la Sala a examinarlos en ese sentido.

Establecida la existencia del registro, de la información que él contiene, el Tribunal puede condenar a quien lleva los registros a que los exhiba al accionante, con la finalidad de que éste se entere del contenido del registro en lo que a él concierne, ya que con relación a los datos e informaciones personales de quien recopila, o de los atinentes a otras personas, el accionante carece de cualquier derecho de enterarse, a menos que se trate de informaciones -producto de documentos- que contienen datos atinentes a él y a su vez, a comunidades o grupos de personas, lo que también previene el artículo 28 comentado. En supuestos como éstos, mediante el amparo, se puede ejercer el derecho a acceder ante la petición de acceso extrajudicial negado ilegítimamente, y que se concreta judicialmente mediante una exhibición, si es que una lesión de la situación jurídica del accionante se va a consolidar irremediablemente por la negativa del acceso, debiendo la sentencia que se pronuncie en el amparo, establecer una fórmula para que se aplique el dispositivo y se logre el postulado de la justicia eficaz. Pudiendo ser el dispositivo alternativo y hasta condicional para lograr una justicia eficaz en materia constitucional. Esta es una característica de los fallos que amporen [...]». (Subrayados y corchetes agregados en este fallo).

II

Como se podrá observar, la doctrina recogida en el fallo recién transcrito, partiendo de la diversidad de derechos consagrados en el artículo 28 del Texto Fundamental, determinó que los mecanismos de tutela para cada uno de ellos merecían ser diferenciados. En efecto, sobre la base de la naturaleza del amparo constitucional, como acción de restablecimiento que no modifica ni constituye situación jurídica alguna y cuya estructura procedimental no es inquisitiva, se estudió de forma precisa la idoneidad de éste para proteger exclusivamente el derecho de acceso a la información.

Por otra parte, se dio cabida en nuestro sistema procesal a una acción autónoma, en puridad de rigor denominada *hábeas data* que -en contraposición con los señalados caracteres del amparo- debe ser encauzada a través de un procedimiento de pesquisa y cuya condena sí posee un claro carácter constitutivo. Tal es el caso de las acciones destinadas a obtener la actualización, rectificación o destrucción de datos atinentes al accionante.

En el caso de autos, la parte actora –en su condición de accionista minoritario de una entidad mercantil, desprovista de mecanismos de control sobre la administración de la misma- pretende la realización de una auditoria global del denominado Bloque de Armas, con una doble finalidad: en primer lugar, obtener la información financiera relevante a los fines de determinar el valor de su participación accionaria en el mismo y, por vía de consecuencia, evitar la denunciada dilapidación de los bienes societarios que se habría producido en su perjuicio.

Lo anterior, da cuenta de que la pretensión objeto de estos autos no está dirigida a obtener la actualización, rectificación o destrucción de datos que constituye el objeto del **hábeas data**, por lo que resulta obvio que la parte presuntamente agraviada atribuyó una errada calificación jurídica en la presente demanda.

Sin embargo, lo anterior no implica en modo alguno que –con base en el contenido de la tutela judicial efectiva- la pretensión deducida de los autos no pueda ser debidamente tramitada, pues ya la Sala en diversas oportunidades ha reconducido tales yerros apreciativos analizando los verdaderos alcances de la pretensión deducida del libelo y, a tal fin, debe determinarse si ella posee cobertura constitucional.

III

En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

Los derechos de los accionistas minoritarios y la manera de ejercerse, a juicio de esta Sala, no atentan contra el derecho a asociarse con fines lícitos, que prescribe el artículo 52 constitucional, ya que el Estado, por medio de sus Poderes –entre éstos, el Judicial- está obligado a facilitar ese derecho y a tal fin la interpretación constitucional actúa como una herramienta al garantizarle a quienes se asocian el cumplimiento de los valores que impone el ordenamiento jurídico.

La comprensión de la empresa societaria como una entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo de sus socios, queda plasmada en una

amplia tendencia -ya casi global- que señala que su responsabilidad trasciende también en aquellas personas involucradas en el negocio: trabajadores, proveedores, clientes, competidores, etcétera.

Bajo este nuevo esquema, la empresa pasa a ser concebida como un importante motorizador de la economía con un impacto social fundamental y de allí que los Estados hayan comenzado a regular un conjunto de instituciones que permitan imponer –también dentro del ámbito societario- conductas éticas que resguarden los intereses de todos los que forman parte de ese amplio espectro de afectados -directa o indirectamente- por el desarrollo del negocio.

Es así como, a raíz de escándalos financieros globales como los conocidos casos de *Enron* y *Worldcom* –por referir a los más conocidos en el pasado reciente- han cobrado un nuevo empuje las mejores prácticas postuladas por el denominado «*Buen Gobierno Corporativo*», como un sistema que permita velar la satisfacción cabal de los fines sociales (en la amplia dimensión ya referida), permitiendo que las empresas obtengan altos índices de eficiencia y rendimiento al establecer pautas de transparencia que permitan a los interesados conocer la manera en que los directivos las gestionan y poner a su disposición mecanismos para resolver los conflictos de intereses que pudieran generarse para que –en definitiva- se propenda a un equilibrio «*hacia adentro*» de la empresa, que redundará en una positiva proyección de la actividad empresarial «*hacia fuera*».

En este entorno, apunta la Sala, la protección de los accionistas minoritarios cobra particular importancia y en ella colocan un énfasis especial las mejores prácticas referidas, pues se destinan fundamentalmente a impedir que quienes se hagan del control de la compañía lo utilicen –no en beneficio de la sociedad- sino en la satisfacción de sus propios intereses, a expensas de los minoritarios u otros integrantes del circuito económico (*cfr.* WIGODSKI, Teodoro y Franco ZÚÑIGA. *Gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de Opas* [En línea] Revista de Ingeniería de Sistemas, Departamento de Ingeniería industrial, Universidad de Chile, Volumen XVII, n° 1, Julio 2003 [Citado: 20 de junio de 2006] Disponible en www.dii.uchile.cl).

Por sólo mencionar el ámbito iberoamericano, países como Colombia, Chile, España, México, Panamá y Perú, han dado cuenta de estos principios a través de recientes reformas a sus leyes mercantiles, incorporando esta clase de mecanismos destinados –por una parte- a brindar independencia a sus directivos y a sus respectivas instancias de inspección (auditoría) respecto de los accionistas de las empresas que gestionan y –por la otra- permitir el acceso a la información relevante acerca de la gestión que éstos desarrollan, a todos los accionistas sin discriminación, entendiendo que el mayor conocimiento que éstos posean al respecto, garantiza su cabal participación en las instancias deliberantes de las empresas y, por tanto, el pleno ejercicio del derecho al voto en el seno de las mismas (Vid. MUÑOZ PAREDES, José María. *El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia* [en

línea]. Diario La Ley nº 6078, Año XXV, 03.09.2004, Ref.º D-174, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com; y QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia. *Protección del Accionista Minoritario como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la Globalización* [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVII, nº 109, enero-abril 2004 [Citado: 20 de junio 2006] Disponible en www.ejournal.unam.mx).

En el caso de España, la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, incorporó las directrices impartidas por la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, fundamentalmente dirigidas a proteger al accionista minoritario, permitiéndole –entre otras cosas- a un mínimo del cinco por ciento (5 %) de los accionistas solicitar al Registrador Mercantil, con cargo a la sociedad, el nombramiento de un Auditor de Cuentas para determinado ejercicio o la revocación del que fuere designado por la Junta General. Asimismo, se concede a los minoritarios –con una exigencia mínima del porcentaje indicado- la posibilidad de ejercitar, en protección de los intereses de la sociedad, la acción de responsabilidad en contra de sus administradores y, en general, se les brinda suficiente legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y solicitar su correspondiente suspensión cautelar (Vid. BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Décima edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2000.pp. 264-271).

La protección del accionista minoritario ha sido reforzada a tal punto que el ordenamiento penal español, dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, cataloga como un hecho típico la adopción de acuerdos sociales abusivos, criminalizando la actitud defraudatoria de quienes prevaliéndose de su condición mayoritaria dentro de los órganos de la empresa y con ánimo de lucro propio o ajeno, adopten acuerdos en perjuicio de los demás socios (URRAZA ABAD, Jesús. *La adopción de «acuerdos abusivos» como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil* [en línea]. Diario La Ley, 1996, Ref. º D-290, Tomo 5, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com).

Otro ejemplo interesante se da en el caso colombiano, en el que la reforma efectuada a su Código de Comercio en 1995 incorporó un régimen especial de supervisión y vigilancia sobre las sociedades controladas, entendiendo por éstas aquellas en las que el poder de decisión de la Asamblea está sometido –directa o indirectamente- a la voluntad de una sociedad matriz controlante, de un grupo empresarial o incluso de una o varias personas naturales. Al amparo de este estatuto, se ha querido trascender la ficción de «*democracia societaria*» que permitiría a los grupos de control imponer sus decisiones en perjuicio de los minoritarios, protegiendo ostensiblemente los derechos de éstos (Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE

COLOMBIA, en Sala Plena. Sentencia n° C-707, de 6 de julio de 2005 [en línea, citado: 20 junio 2006] Disponible en www.ramajudicial.gov.co).

IV

En nuestro sistema, dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio, los accionistas minoritarios, en materia de compañías anónimas, tienen los siguientes derechos:

- 1) Ser convocado y actuar en las Asambleas (artículo 275 del Código de Comercio).
- 2) Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva Asamblea decida el punto (artículo 290 eiusdem).
- 3) Los socios que representen la quinta parte del capital social, pueden denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los Comisarios (artículo 291 del Código de Comercio); y
- 4) Denunciar a los Comisarios los hechos de los administradores que crean censurables. Si la denuncia ha sido efectuada por socios que representan una décima parte del capital social y los Comisarios consideran fundada y urgente la denuncia, deben convocar inmediatamente a una Asamblea para que decida sobre lo reclamado.

De estos derechos, los accionistas minoritarios no pueden ejercer algunos, si no alcanzan a representar una décima o quinta parte del capital social lo que ya supone una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad. Pero además, para ejercer estos derechos y otros, como el de participar de las Asambleas que aprueban o no el balance, resulta indispensable que los accionistas tengan conocimiento de las operaciones societarias para así poder aprobar o improbar el balance y conocer el rumbo de los negocios de la compañía.

Los Comisarios tienen un ilimitado derecho de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, y así pueden examinar libros, correspondencia y en general todos los documentos de la compañía (artículo 309 Código de Comercio).

Es ese poder de inspección y vigilancia el que permite a los Comisarios confeccionar el informe que presentarán a la Asamblea, sobre los resultados del balance y la administración, así como las observaciones y las proposiciones respecto de la aprobación del balance (artículo 305 eiusdem).

Pero resulta que para los accionistas, las explicaciones de los Comisarios pueden no bastarle, ya que ellos tienen el derecho de conocer el resultado de la inspección comisarial, lo que significa que tienen interés en conocer cada uno

de los negocios de la sociedad, para examinarlos y concluir que el negocio dio lo expresado, que la administración es sana, etcétera.

Este derecho a conocer para preservar su inversión lo tiene coartado el accionista minoritario, si el administrador o los Comisarios no le facilitan información particularizada sobre los negocios sociales que excedan de lo reflejado en el balance, cuyos soportes desconoce el socio.

Se trata de una materia donde alguien se asocia de buena fe, con base a un régimen jurídico establecido en el Código de Comercio y en el contrato particular entre los socios, pero que no por ello, quien se asocia va a estar condenado a no obtener de su propiedad (acciones) los frutos que le corresponden, debido al abuso de derecho de quienes administran, quienes prácticamente le «*confiscan*» los bienes.

Las normas del Código de Comercio, a su vez, parecen tratar de evitar los abusos de derechos de los minoritarios que entorpezcan la marcha de la sociedad, y por ello señalan vías particulares y porcentajes accionarios para reclamar o solicitar respuestas.

En aplicación de la garantía constitucional al uso, goce y disfrute de los bienes, el cual se ve enervado cuando el propietario de un bien (acción o cuota de participación) se ve impedido de informarse sobre las circunstancias que rodean al bien, esta Sala considera, que en la sociedades anónimas así como en todas aquellas donde existan minorías, los socios tienen dos momentos básicos para controlar sus bienes y averiguar qué proventos pueden obtener de ellos.

Un primer momento surge antes de la celebración de la Asamblea a que se refiere el ordinal 1º del artículo 275 (artículos 261, 284, 304, 305 y 306 del Código de Comercio).

Un mes antes de la celebración de la Asamblea, los Comisarios, que son autoridades de control y vigilancia a favor de los socios, presentan a los administradores el balance que será sometido a aprobación de la Asamblea, con los documentos justificativos.

Dicho balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas y debe estar acompañado de un informe de los Comisarios que explique los resultados; y quince días antes de la celebración de la Asamblea que lo examinará (balance e informe) deben ser depositados en las oficinas de la compañía a la orden de quien acredite su cualidad de socio (artículo 284 del Código de Comercio).

Si ese balance debe demostrar con evidencia (certeza manifiesta) y exactitud (fidelidad) el estado del giro anual, los socios deben tener un derecho de información que se concreta en conocer la contabilidad de la sociedad, para verificar esa certeza y fidelidad, para así a sí no sólo poder votar en la

Asamblea, sino ejercer los derechos que le otorgan los artículos 290, 291 y 310 del Código de Comercio, si fuere el caso.

Los socios, independientemente del número de acciones que tienen, pueden examinar los libros, soportes y antecedentes del balance en unión de expertos contables, como garantía de que puedan entender cabalmente el balance, y a juicio de esta Sala, este derecho que le garantiza su propiedad, no se limita al examen o análisis de los documentos que acompañen los Comisarios al balance, sino a la propia contabilidad, ya que ella es la verdadera justificación del balance. Resulta perjudicial para los socios minoritarios, que solo puedan acceder a lo informado por los Comisarios, quienes son nombrados por los socios mayoritarios, que gobiernan la sociedad.

No escapa a la Sala que tal proceder, de efectuarse durante todo el ejercicio económico, o cada vez que el accionista lo deseara, resulta por una parte riesgoso, ya que secretos mercantiles o individuales podrían quedar vulnerados, mientras que -por otra parte- puede entorpecer el funcionamiento de la sociedad -al menos en su parte contable, así ella sea llevada por medios electrónicos- sobre todo al cruzar soportes con asientos.

De allí que la Sala, a pesar de que reconoce un derecho a la información que tienen los socios y que garantiza el cabal derecho al voto en las Asambleas, en lo referente a la aprobación o improbación de las cuentas u otros acuerdos que en ellas se sometan a su consideración, entiende que el mismo sólo puede ser utilizado dentro de los quince días anteriores a la Asamblea, cuando el balance está a su disposición, y que como garantía, si se les negare el derecho a examinar o el lapso fuera insuficiente, los socios podrán acudir al amparo constitucional, a fin de que se les respete la propiedad sobre sus bienes. Claro está que los administradores podrían prorrogar el término de quince días establecido en el artículo 306 del Código de Comercio, que prevé sólo el depósito para el examen de los socios, del balance general y el informe de los Comisarios, que debe constar en la sede social.

A juicio de esta Sala, se infringirían derechos constitucionales del socio, si sólo tuviere acceso a esos dos instrumentos y, por lo tanto, la norma debe desaplicarse si se interpreta que el derecho de información que tiene el socio se limita a esos dos documentos.

Igualmente resultaría lesivo a los socios que se incumpliera el lapso establecido en el artículo 306 comentado, y se presentaran los documentos el mismo día de la convocatoria.

También se plantea la Sala, si el derecho a la información abarca el derecho de auditar las cuentas y a obtener copia de todos los soportes de la contabilidad; y por los motivos antes señalados, considera que la extensión de tal derecho atentarían contra la marcha de las sociedades; y pondría en peligro secretos mercantiles o industriales, y hasta el llamado «*know how*» que forma parte del patrimonio social.

El segundo momento de control, lo tiene los accionistas durante el desarrollo de la Asamblea, en la cual podrían debatir el informe del comisario, y aunque el artículo 287 del Código de Comercio no lo exprese, podrán los socios en ella interrogar a los Comisarios y a los administradores.

Pero los problemas de conocimiento de los minoritarios se agravan cuando se trata de grupos o unidades económicas, con compañías matrices y filiales que forman una red, y que no forman parte del mercado de capitales, por lo que no están vigiladas por el Estado Venezolano (Comisión Nacional de Valores).

En supuestos como éste, a veces existe la necesidad de conocer las razones que tuvieron los Comisarios y sus alcances, ya que generalmente no existen balances consolidados y cada compañía actúa por separado en cuanto a la presentación de sus estados financieros.

Establecer el valor de las acciones se puede hacer imposible para quien no conoce el alcance del grupo, y no puede realizar ni estudiar las informaciones de los negocios de la red de empresas. Ante esta realidad, el accionista minoritario tiene un nuevo dilema, distinto al de conocer y discutir el balance objeto de aprobación o improbación, cual es saber cuál es el valor real de sus acciones, y hasta la sinceridad del balance.

Conforme el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración, los Comisarios de las personas jurídicas sólo pueden ser de profesión Administradores, Economistas o Contadores Públicos.

Se trata de profesionales especializados, capaces de dictaminar como expertos ante autoridades judiciales o administrativas; lo que da a su informe una presunción de veracidad (conforme lo establece el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública y el mismo de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración), y tales personas –si son los comisarios de la sociedad matriz o cabeza del grupo- podrían determinar el valor de mercado de unas acciones o cuotas de participación (en las sociedades mercantiles no abiertas al mercado de capitales) como parte de su función que es en beneficio de todos los accionistas, quedando sujetos a su responsabilidad profesional si no fundasen su dictamen en realidades.

Entiende la Sala, que la denuncia que el artículo 310 del Código de Comercio establece en cabeza de los accionistas ante los Comisarios sobre hechos de los administradores que crean censurables, no puede quedarse en la constancia de que los Comisarios han recibido la denuncia y lo hagan saber a la Asamblea, sino que ante la denuncia de cualquier accionista –así represente menos del décimo del capital social- debe investigar y contestar al denunciante y si los Comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de estos accionistas, deben convocar a la Asamblea que decidiría sobre tal punto.

Si los Comisarios desatendieran a los accionistas o no cumplieran sus labores de inspección y vigilancia, que son continuas, dichos accionistas –así no representen una quinta parte del capital social exigido por el artículo 291 del

Código de Comercio, podrán acceder al procedimiento pautado en dicha norma para que unos Comisarios **ad-hoc**, nombrados por el juez de comercio, inspeccionen los libros e identifiquen las operaciones realizadas por la sociedad a fin de cumplir con las garantías del derecho de propiedad, en este caso de las acciones o cuotas, prevenido en el Constitución (uso goce y disfrute de los bienes).

Corresponde al juez de comercio, a la vez, tomar las medidas necesarias para que la persona jurídica no sea perjudicada por esa inspección.

Por otra parte, los Comisarios pueden establecer el precio de las acciones o cuotas de participación: valor libros, y ante la petición de cualquier accionista en ese sentido, resultan los órganos aptos para hacer tal determinación, la cual va acompañada de las razones para su dictamen. Estas razones pueden servir a los accionistas para conocer el valor de mercado de sus bienes.

Sólo interpretando de esta forma las normas, a favor de cualquier accionista, los diversos artículos del Código de Comercio se adecuarían al vigente texto constitucional.

V

Conforme lo expuesto hasta ahora, el derecho de información de todos los socios está íntimamente vinculado a su derecho a la propiedad y por ello no caben dudas en cuanto a que el acceso a tal información tiene sustrato constitucional.

Como arriba se refiriera, la presunta agraviada intentó la presente acción con el objeto de que se obligue a la administración del denominado Bloque de Armas el acceso integral y oportuno a la información financiera relevante de la empresa de la que forma parte la accionante, a los fines de determinar el valor de su participación accionaria en el mismo. Así las cosas, como quiera que la infracción delatada podría constituir una afrenta al derecho de acceso a la información atinente a los bienes (acciones) de la ciudadana Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes, la pretensión objeto de estos autos debe ser reputada como un amparo constitucional, y no un habeas data, y corresponderá al juez de instancia analizar si la situación narrada se enmarca o no en los derechos que le otorga la Constitución a los propietarios de acciones de compañías anónimas, conforme a lo interpretado en este fallo.

Con el fin de determinar la competencia para conocer del amparo objeto de estos autos, se observa que fue intentado en contra de diversas entidades mercantiles (particulares) integrantes de un grupo económico, por lo que atendiendo los criterios contenidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, corresponde su conocimiento a un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLINA** el conocimiento del presente asunto en un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En consecuencia, remítanse inmediatamente las actuaciones a la Oficina Receptora de Expedientes correspondiente, para su distribución.

En atención a la interpretación contenida en la parte motiva de este fallo, publíquese el texto íntegro de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, en cuyo sumario deberá expresarse:

«Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que interpreta el contenido de los artículos 261,284, 287, 290, 291,305, 306, 310, 311 del Código de Comercio, en lo que respecta a la protección de los accionistas minoritarios de la sociedades anónimas de capital cerrado».
(www.tsj.gob.ve)

www.bdigital.ula.ve

Como puede apreciarse, esta sentencia es de vital importancia, debido a la amplitud de interpretación que contiene, dirigida a la protección de las minorías societarias. Ella coincide, con el criterio del carácter extra privado, o más allá de la esfera privada de las empresas mercantiles, y por tanto su influencia con la economía del país, al comentar:

“ En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

Los derechos de los accionistas minoritarios y la manera de ejercerse, a juicio de esta Sala, no atentan contra el derecho a asociarse con fines lícitos, que prescribe el artículo 52 constitucional, ya que el Estado, por medio de sus Poderes –entre éstos, el Judicial- está obligado a facilitar ese derecho y a tal fin la interpretación constitucional actúa como una herramienta al garantizarle

a quienes se asocian el cumplimiento de los valores que impone el ordenamiento jurídico.

La comprensión de la empresa societaria como una entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo de sus socios, queda plasmada en una amplia tendencia -ya casi global- que señala que su responsabilidad trasciende también en aquellas personas involucradas en el negocio: trabajadores, proveedores, clientes, competidores, etcétera.

Bajo este nuevo esquema, la empresa pasa a ser concebida como un importante motorizador de la economía con un impacto social fundamental y de allí que los Estados hayan comenzado a regular un conjunto de instituciones que permitan imponer –también dentro del ámbito societario- conductas éticas que resguarden los intereses de todos los que forman parte de ese amplio espectro de afectados -directa o indirectamente- por el desarrollo del negocio”. (13)

Considera que desde el punto constitucional, el socio tienen un derecho de propiedad, y que éste no sólo está limitado a la adquisición de acciones societarias, sino a disponer de ellas el libre ejercicio de su uso, disfrute y goce de estas, entre las cuales está, el de obtener beneficios o frutos que produzcan las acciones, siendo este el modo amplio como debe entenderse el derecho a propiedad societario o de las acciones, al efecto estableció:

“ Las normas del Código de Comercio, a su vez, parecen tratar de evitar los abusos de derechos de los minoritarios que entorpezcan la marcha de la sociedad, y por ello señalan vías particulares y porcentajes accionarios para reclamar o solicitar respuestas.

En aplicación de la garantía constitucional al uso, goce y disfrute de los bienes, el cual se ve enervado cuando el propietario de un bien (acción o cuota de participación) se ve impedido de informarse sobre las circunstancias que rodean al bien, esta Sala considera, que en la sociedades anónimas así como en todas aquellas donde existan minorías, los socios tienen dos momentos básicos para controlar sus bienes y averiguar qué proventos pueden obtener de ellos”. (17)

“Se trata de una materia donde alguien se asocia de buena fe, con base a un régimen jurídico establecido en el Código de Comercio y en el contrato particular entre los socios, pero que no por ello, quien se asocia va a estar condenado a no obtener de su propiedad (acciones) los frutos que le corresponden, debido al abuso de derecho de quienes administran, quienes prácticamente le «*confiscan*» los bienes.

Las normas del Código de Comercio, a su vez, parecen tratar de evitar los abusos de derechos de los minoritarios que entorpezcan la marcha de la sociedad, y por ello señalan vías particulares y porcentajes accionarios para reclamar o solicitar respuestas.

En aplicación de la garantía constitucional al uso, goce y disfrute de los bienes, el cual se ve enervado cuando el propietario de un bien (acción o cuota de participación) se ve impedido de informarse sobre las circunstancias que rodean al bien, esta Sala considera, que en la sociedades anónimas así como en todas aquellas donde existan minorías, los socios tienen dos momentos básicos para controlar sus bienes y averiguar qué proventos pueden obtener de ellos”. (21)

www.bdigital.ula.ve

De ahí, que recordando uno de los supuesto que a modo de ejemplo se nombraron, y que se refiere con la paralización por decisión de los socios mayoritarios, del giro económico de la empresa, ya que pudiera traer como consecuencia que ésta –la sociedad- pueda ser ejecutada judicialmente por sus acreedores, y que produciría una disminución en el valor de las acciones de los socios, con el objeto de que los mayoritarios las obtengan a precio irrisorio, es procedente la acción de amparo constitucional, tal como se puede deducir de análisis amplio de la sentencia:

“ Establecer el valor de las acciones se puede hacer imposible para quien no conoce el alcance del grupo, y no puede realizar ni estudiar las informaciones de los negocios de la red de empresas. Ante esta realidad, el accionista minoritario tiene un nuevo dilema, distinto al de conocer y discutir el balance objeto de aprobación o improbación, cual es saber cuál es el valor real de sus acciones, y hasta la sinceridad del balance”. (25-26)

De alta importancia, el tratamiento dado por la Sala Constitucional, a todos los procedimientos establecidos en el Código de Comercio, y por lo cuales pudiese vulnerarse derechos de los socios minoritarios o del buen gobierno societario, y por ello, la procedencia del amparo constitucional, entre los cuales está el artículo 290 y, que ordenó publicar esta interpretación constitucional referente a los artículos allí mencionado, en Gaceta Oficial de la República, por ello, de obligatorio cumplimiento por los jueces de la república de conformidad con el aparte in fin del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al efecto la Sala en la sentencia en comento ordenó:

“ En atención a la interpretación contenida en la parte motiva de este fallo, publíquese el texto íntegro de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, en cuyo sumario deberá expresarse:

«Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que interpreta el contenido de los artículos 261,284, 287, 290, 291,305, 306, 310, 311 del Código de Comercio, en lo que respecta a la protección de los accionistas minoritarios de la sociedades anónimas de capital cerrado». (26)

3. Legitimación: Activa y Pasiva

Legitimación Activa

El legitimado activo, lo será todo socio que esté o se sienta vulnerado en sus derechos constitucionales por esta decisión judicial proferida en el procedimiento a que refiere el artículo 290 del C.Com. También puede ser legitimado activo, los administradores, ya que el legitimado pasivo, ya no lo es la empresa o sociedad anónima, por ello, en

este caso si pueden ser accionantes tanto los socios, como los administradores de la sociedad.

Legitimado pasivo

El legitimado pasivo lo es sin lugar a equívocos el Tribunal que dictó el fallo o actuación judicial que vulnere o amenace con vulnerar los derechos constitucionales. Por ello, se indicó que podía ser intentado por los administradores ya que la sociedad no es demandada, se ataca es una actuación judicial dictada en el procedimiento establecido en el artículo 290 del C.Com. Por práctica la Sala Constitucional, una vez admitido el amparo, ordena notificar a terceros interesados, pudiendo notificar a los demás accionistas y a la empresa mercantil, pero ellos no son parte pasiva, sino terceros interesados. Así lo ha establecido la Sala Constitucional en casos, que si bien no son decisiones del procedimiento de impugnación contenido el artículo 290, son de materia societaria en protección a derechos socios minoritarios, por ejemplo, sentencia No. 804. Del 03-06-2011, Caso: Inversiones El Carrizal C.A :

“Pasa ahora esta Sala a examinar los requisitos de la admisión de la misma, y en tal sentido, observa:

La presente acción de amparo constitucional tiene por objeto la sentencia que en alzada, dictó el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, el 31 de enero de 2011, al estimar el apoderado judicial de los accionantes que la misma es violatoria de los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de sus mandantes, cuando al momento de dictar su decisión, en lugar de resolver sobre lo planteado en el recurso de apelación, declara la inadmisibilidad de la acción, con base en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, estimando que no se hizo la corrección de la

solicitud que fue requerida por el *a quo*, siendo que éste si la estimó subsanada y tramitó la acción, como se desprende de la decisión dictada el 8 de octubre de 2010, y celebrada la audiencia dictó sentencia de fondo.

Al respecto, observa la Sala que, en el presente caso, el escrito de solicitud de la presente acción de amparo cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Así mismo, no existe ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 6 *eiusdem*, así como tampoco las establecidas en el artículo 133 de la Ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y se ha acompañado con la presente acción, copia certificada de la decisión objeto de la acción de amparo interpuesta, del escrito de la acción de amparo primigenia, de las decisiones dictadas por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, y recaudos en los que apoya sus alegatos, todo lo cual conlleva a su admisibilidad, y así se declara. ...

VII DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara:

1. **ADMITE** la acción de amparo constitucional incoada por el abogado JOSÉ JAVIER GARCÍA VERGARA, inscrito en el Inpreabogado bajo el n°: 39.297, actuando en su carácter de apoderado judicial de los ciudadanos **JORGE JAMILE EL ZELAH GUERRERO** y **JESÚS MARÍA GARCÍA LOBO**, titulares de las cédulas de identidad nros: 8.049.244 y 7.436.762, respectivamente, presentó ante esta Sala escrito contentivo de acción de amparo constitucional contra la sentencia que dictó el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, en fecha 31 de enero de 2011.

2. **ORDENA** la notificación del juez del prenombrado Juzgado Superior, una vez que conste en autos dicha notificación, la Secretaría de esta Sala fijara dentro del lapso de cuatro (4) días siguientes a ella, la oportunidad en que se llevará a cabo la audiencia oral, conforme lo estableció, con carácter vinculante, esta Sala en sentencia N° 2.197 del 23 de noviembre de 2007. Igualmente se ordena remitir copias tanto de la presente decisión, así como del escrito contentivo de la acción adjunto a la notificación antes ordenada.

3. **ORDENA** al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Tribunal que conoce de la demanda que por vía ejecutiva fue incoada contra la empresa INVERSIONES EL CARRIZAL C.A., notificar a los ciudadanos Giorgio Astolfo y Odoardo Vezzani Nasciutti, a fin de que concurran a la audiencia constitucional en la oportunidad que sea fijada al efecto. Dicho Juzgado debe dar cuenta de lo antes ordenado de inmediato a esta Sala.

4. **ACUERDA** la medida cautelar solicitada hasta que se dicte la sentencia de mérito y, en consecuencia, **ORDENA** al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida Mercantil suspenda -en el estado en que se encuentre- el proceso que por vía ejecutiva fue incoado por ESCALANTE MOTORS C.A. y ESCALANTE MOTORS MÉRIDA, C.A. contra INVERSIONES EL CARRIZAL C.A.

Igualmente, notifíquese al representante del Ministerio Público de la apertura del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”. (www. tsj. gov.ve, 7-19)

www.bdigital.ula.ve

4. Lapso para interponerlo

El lapso para interponer la acción de amparo contra la decisión judicial dictada por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación a que se refiere el artículo 290 del C. Com., es de seis meses siguientes a que se haya dictado la sentencia, si fue proferida dentro del lapso de ley, o después de la notificación de la sentencia, si salió fuera del lapso legal, todo conforme al segundo aparte del ordinal 4º del artículo 6º de la LOADGC.

5. Efectos de la decisión Constitucional.

Por tratarse de tipo de amparo constitucional, conocido como amparo contra actuaciones judiciales, los efectos de la sentencia constitucional, será declarativa, y

dentro de estas declarativa de nulidad del fallo judicial recurrido, ya que lo revoca, tal como lo ha establecido en forma pacífica la doctrina de nuestro Máximo Tribunal de la República, por ejemplo sentencia No. 212, del 09-11-2007, con ponencia del magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz:

“ Ahora bien, observa esta Sala que, en la oportunidad de la emisión de nuevo pronunciamiento respecto a la admisibilidad de la pretensión de amparo constitucional, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida declaró la inadmisibilidad de la misma, con afincamiento en las siguientes consideraciones:

(...) el recurrente en la presente acción de amparo, disponía de otro medio procesal ordinario preexistente que resultaba la vía idónea, eficaz y acorde con la protección constitucional solicitada para la restitución de la situación jurídica supuestamente infringida, vale decir, el recurso extraordinario de invalidación consagrado en el Título IX, Libro Primero de la Ley Adjetiva Procesal; y no constando en autos que el referido recurso haya sido previamente ejercido, los alegatos planteados por el representante de la accionante resultan insuficientes para desvirtuar la idoneidad del recurso de invalidación y obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida por presuntas violaciones a los derechos al debido proceso y a la defensa, derivados de una citación defectuosa o fraudulenta o de la falta absoluta de ella, por lo cual, la presente acción de amparo constitucional resulta inadmisibile, de conformidad con el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Y así se declara.

De lo anterior se evidencia que, a través del pronunciamiento que antecede, el *a quo* constitucional desconoció manifiestamente el fallo que, el 31 de enero de 2007, esta Sala expidió, dentro de esta causa, en el cual, como anteriormente se registró, ordenó que el juez del Juzgado Superior se pronunciara nuevamente respecto a la admisibilidad de la pretensión de tutela constitucional, con excepción del cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues el punto fue objeto de revisión y análisis por esta Sala en esa oportunidad. Se trata, entonces, de una conducta contumaz que, además, implica un desacato a una decisión de un superior jurisdiccional que, por añadidura, es el Máximo Tribunal de la República, y que choca con el derecho a la tutela judicial eficaz que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual, conforme a la decisión n.º 280 que dictó esta Sala el 23 de febrero

de 2007, se ordena la remisión de copia certificada de la presente decisión a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para que dé cumplimiento a lo que fue señalado en el referido veredicto y proceda a abrir causa disciplinaria contra el juez del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, que dictó el fallo objeto de recurso en esta instancia. Igualmente, se ordena officiar al Fiscal General de la República para inicie la respectiva investigación con relación al desacato de la orden de esta Sala Constitucional por parte del referido juez del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida. Así se declara.

Por las razones que anteceden esta Sala declara con lugar la apelación que interpuso el ciudadano José Javier García Vergara contra el fallo que expidió el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, el 22 de marzo de 2007, mediante el cual declaró inadmisibles las pretensiones de amparo constitucional que incoó contra actuaciones y decisiones del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esa misma Circunscripción Judicial en el juicio que, para declaración de unión concubinaria y partición de comunidad concubinaria, le sigue la ciudadana Rosa Margarita Sánchez Araque. En consecuencia, revoca la sentencia que fue impugnada y ordena la reposición de la presente causa al estado en que se juzgue sobre la admisión de la demanda de amparo de la cual se conoce en el presente proceso, con expresa instrucción al juez *a quo* de que, en ningún caso, podrá fundar la inadmisión de la demanda que fue propuesta en el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como respecto de la medida innominada que fue solicitada por la parte actora, en un lapso perentorio de dos (2) días de despacho computables desde la recepción del expediente. Así se declara.

VI DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

CON LUGAR la apelación interpuesta por el ciudadano **JOSÉ OSWALDO FLORES ARAQUE** contra el fallo que expidió el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida el 22 de marzo de 2007, mediante el cual declaró inadmisibles las pretensiones de amparo constitucional que incoó contra actuaciones y decisiones del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esa misma Circunscripción Judicial en el juicio que, para declaración de unión concubinaria y partición de

comunidad concubitaria, le sigue la ciudadana Rosa Margarita Sánchez Araque.

REVOCA la sentencia que fue impugnada mediante el presente recurso de apelación y ordena la **REPOSICIÓN** de la presente causa al estado en que se juzgue sobre la admisión de la demanda de amparo de la cual se conoce en el presente proceso, con expresa instrucción al juez *a quo* de que, en ningún caso, podrá fundar la inadmisión de la demanda que fue propuesta en el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; así como respecto de la medida innominada que fue solicitada por la parte actora, en un lapso perentorio de dos (2) días de despacho computables desde la recepción del expediente.

ORDENA la remisión de copia certificada de la presente decisión a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para que dé cumplimiento a lo que fue señalado en decisión de esta Sala n.º 280 de 23 de febrero de 2007 y proceda a abrir causa disciplinaria contra el juez del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, que dictó el fallo recurrido en esta instancia.

ORDENA la remisión de copia certificada de la presente decisión al Fiscal General de la República, para que inicie la respectiva investigación con respecto al desacato de la orden de esta Sala por parte del juez del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, que dictó el fallo que fue recurrido en esta instancia". (www.tsj.gob.ve, 14-18)

CONCLUSIONES

1º. Estudiado y analizado como ha sido la acción de amparo contra decisiones judiciales, tenemos que este tipo de recurso constitucional es una vía idónea y eficaz para controlar las decisiones dictadas por el Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación a que se contrae el artículo 290 del C. Com., cuando éste con su decisión actuando fuera de su competencia, entendida ésta desde el punto de la función pública o constitucional, viole o amenace con violar derechos constitucionales a los accionistas de las sociedades anónimas, restableciendo la situación jurídica conculcada.

Por lo que es impretermitible concluir, que la acción de amparo constitucional contra decisiones judiciales, es un medio con que cuenta los accionistas y en especial los accionistas minoritarios, para controlar y evitar el abuso o arbitrariedades cometidas por el Juez Mercantil en el procedimiento especial y sui generis de impugnación establecido en el artículo 290 del C.Com., mediante un procedimiento acorde a las características propias de la actividad económica de la empresa, restableciendo la situación jurídica vulnerada a través de un procedimiento que se caracteriza por la oralidad, brevedad, publicidad, gratuidad y no formalidad. Logrando así, por sus características, que el accionista –justiciable- obtenga tutela jurídica efectiva en forma expedita como requiere el mismo dinamismo económico societario, no siendo por ello asfixiado por el lento procedimiento de la nulidad ordinaria del mundo civil, y logrando no sólo satisfacción a los accionistas, sino al mismo Estado, ya que las empresas son entes motorizadores de la economía nacional.

El fallo dictado en este procedimiento de impugnación no tiene recurso ordinario en su contra, ya que no es recurrible en casación, por ello, es procedente la acción de amparo constitucional contra esta decisión judicial.

2°. El amparo constitucional, es un recurso tutelado por el ordenamiento jurídico, y dentro de sus clases o tipos, está establecido en el artículo 4° de LODADGC el conocido amparo contra decisiones o actuaciones judiciales, cuando un juez actué fuera de su competencia, entendida esta desde el punto de vista de la función pública o constitucional, mas no procesal, viole o amenace con violar derechos constitucionales a cualquier persona, natural, jurídica, ésta de carácter público o privado, restableciendo mediante una sentencia constitucional de amparo la situación jurídica conculcada.

3°. La acción de impugnación de asambleas societarias contemplada en el artículo 290 del C.Com, es un procedimiento de naturaleza judicial, sui generis de carácter precautelativo, ya que el fallo judicial, solo se limita a suspender los efectos de la asamblea impugnada y convocar a una nueva o segunda asamblea de accionistas, quien es la que decidirá sobre la validez de asamblea cuestionada de írrita, ratificando en la mayoría de los casos la asamblea infectada de nulidad, atropellando por ende los derechos los accionistas disidentes por lo general socios minoritarios de las compañías anónimas.

4°. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en establecer que la actividad del Juez Mercantil en el procedimiento de impugnación del artículo 290 del

C.Com, es constatar los vicios de la asamblea, suspender los efectos o ejecución de la misma y convocar a otra asamblea de accionistas quien es la que decidirá la suerte de la asamblea viciada de nulidad.

5°. La acción ordinaria de nulidad del mundo civil, es una vía para controlar las decisiones de asamblea de accionistas, cuando éstas estén infeccionadas de nulidad absoluta, no relativa y no es la vía procedente para atacar la decisión tomada por el Juez Mercantil en el procedimiento Judicial de impugnación establecido en el artículo 290 del C. Com., ya que ésta, -la decisión del Juez Mercantil-, no encuadra dentro de los supuestos fácticos abstractamente contenido en el artículo 1.346 del Código Civil, norma por la cual se rige esta acción de nulidad ordinaria, ya que de hacerse, se incurriría en el vicio de infracción de ley, tanto de errónea interpretación de norma jurídica como de falsa aplicación de norma jurídica, concretamente del artículo 1.346 del Código Civil.

6°. Estudiados como han sido tanto el criterio de la doctrina como de la jurisprudencia, la acción ordinaria de nulidad es procedente para lograr la nulidad de la decisión de la asamblea de accionistas siempre y cuando esté infectada de vicios de nulidad absoluta. Las partes en este proceso lo serán él o los socios impugnantes (legitimados activos) y la sociedad mercantil (legitimada pasiva), ya que se ataca un acto de expresión o exteriorización del ente social, como lo es la asamblea de accionistas. No se ataca ninguna decisión judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Acedo, M. (1985). **La sociedad anónima**. Caracas: Ediciones Samuel C.A.
- Alfonso, I. (1991). **Técnicas de investigación bibliográficas**. (5ta.ed.) Caracas: Contextos Editores.
- Bello, H. (2000). **El nuevo amparo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas: Mobil-Libros.
- Brewer, A. (1991). **Ley orgánica de amparo y garantías constitucionales**. Caracas: Editorial Jurídica de Venezolana.
- _____ (2000). **El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Calvo, E. (1990). **Código de Comercio venezolano comentado y concordado**. (4ta ed.) Caracas: Ediciones Libra.
- Camargo, P. (1992). **La acción de tutela**. Santafé de Bogotá: Jurídica Rader Ediciones.
- Diccionario enciclopédico océano color**. (1996). Barcelona: Océano Grupo Editorial, S.A.
- Enciclopedia jurídica opus**. (1994). Tomo IV. Caracas: Ediciones Libra.
- Fuenmayor, J. (1994). **La acción de impugnación de asambleas de las compañías anónimas en el derecho venezolano. Artículo 290 del Código de Comercio**. Revista de Derecho Mercantil. 9-15. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.
- Goldschmidt, R. (2001). **Curso de derecho mercantil**. Caracas: Editorial Texto C.A.
- Hernández, Fernández y Batista (1991). **Metodología de la investigación**. México: Mc Graw-Hill.
- Hung, F. (1992). **Sociedades**. (4ta.ed.) Venezuela: Raúl Clemente Editores C.A.

Maduro, E. (1995). **Curso de obligaciones derecho civil III.** (9ª ed.) Caracas: UCAB-Texto.

Manual para la elaboración de trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista. UCAB.

Morles, A. (1998). **Curso de derecho mercantil.** (4ª ed. Tomo II) Caracas: UCAB-Italgráficas S.A.

Osorio, M. (1974). **Diccionario de ciencia jurídica políticas y sociales.** Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Pierre, O. (1991). **Mementos de derecho.** (2ª ed.) Caracas: Editorial Pierre Tapia S.R.L.

_____ (1999). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** (Tomo 4) Caracas: Edditorial Pierre Tapai S.R.L.

_____ (2000). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.** (Tomo 3) Caracas: Editorial Pierre Tapia S.R.L.

Repertorio forense. (1981) Tomo 59 Caracas: Repertorio Forense S.A.

Sanojo, J. (1962). **Tratado de derecho civil.** Caracas: Ediciones Libra.

Sansó, H. (1988). **Amparo constitucional.** Caracas: Editorial Arte.

_____ (1994). **La acción de amparo contra los poderes públicos.** Caracas: Editorial Arte.

Torres, I. (1996). **Amparo laboral.** Caracas: Italgrafica S.A.

Vivante, C. (1932). **Derecho Mercantil.** (1ª ed. Volumen II) Madrid: Editorial Reus S.A.

Tribunal Supremo de Justicia. decisiones. www.tsj.gob.ve.

Zerpa, L. (1989). **La impugnación de las decisiones de la asamblea en la sociedad anónima.** Caracas: UCV.